

ORGANIZADOR:
FELIPE CARDOSO RODRIGUES VIEIRA



ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS



**ORGANIZADOR:
FELIPE CARDOSO RODRIGUES VIEIRA**



ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS





2023 - Thesis Editora Científica

Copyright © Thesis Editora Científica

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Thesis Editora Científica

Direitos para esta edição cedidos à Thesis Editora Científica pelos autores.

Open access publication by Thesis Editora Científica

Editor Chefe: Felipe Cardoso Rodrigues Vieira

Diagramação, Projeto Gráfico e Design da Capa: Thesis Editora Científica

Revisão: Os autores



Licença Creative Commons

Abordagem Multidisciplinar em Ciências Sociais e Jurídicas da Thesis Editora Científica está licenciada com uma Licença Creative Commons - Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional. (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo da obra e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, não representando a posição oficial da Thesis Editora Científica. É permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares (*blind peer review*), membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

ISBN: 978-65-980904-3-2

DOI: 10.5281/zenodo.8192420

Thesis Editora Científica
Teresina – PI – Brasil
contato@thesiseditora.com.br
www.thesiseditora.com.br



Abordagem Multidisciplinar em Ciências Sociais e Jurídicas

Organizador

Me. Felipe Cardoso Rodrigues Vieira

Conselho Editorial

Adilson Tadeu Basquerote Silva – lattes.cnpq.br/8318350738705473

Ana Paula Cordeiro Chaves – lattes.cnpq.br/4006977507638703

Bruna Aparecida Lisboa – lattes.cnpq.br/1321523568431354

Felipe Cardoso Rodrigues Vieira – lattes.cnpq.br/9585477678289843

João Vitor Andrade – lattes.cnpq.br/1079560019523176

Júlio César Coelho do Nascimento – lattes.cnpq.br/7514376995749628

Luís Carlos Ribeiro Alves – lattes.cnpq.br/9634019972654177

Rodolfo Ritchelle Lima dos Santos – lattes.cnpq.br/8295495634814963

Stanley Keynes Duarte dos Santos – lattes.cnpq.br/3992636884325637

2023 - Thesis Editora Científica

Copyright © Thesis Editora Científica

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Thesis Editora Científica

Direitos para esta edição cedidos à Thesis Editora Científica pelos autores.

Open access publication by Thesis Editora Científica

Editor Chefe: Felipe Cardoso Rodrigues Vieira

Diagramação, Projeto Gráfico e Design da Capa: Thesis Editora Científica

Revisão: Os autores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Abordagem multidisciplinar em ciências sociais e jurídicas [livro eletrônico] / organização Felipe Cardoso Rodrigues Vieira. -- Teresina, PI : Thesis Editora Científica, 2023.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-980904-3-2

1. Artigos - Coletâneas 2. Ciências sociais - Estudo e ensino 3. Direito - Estudo e ensino 4. Formação profissional
I. Vieira, Felipe Cardoso Rodrigues.

23-165600

CDD-300.7

Índices para catálogo sistemático:

1. Ciências sociais : Estudo e ensino 300.7

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Thesis Editora Científica
Teresina – PI – Brasil
contato@thesiseditora.com.br
www.thesiseditora.com.br

PREFÁCIO

Caro leitor,

É com grande satisfação e entusiasmo que apresento a você o livro “Abordagem Multidisciplinar em Ciências Sociais e Jurídicas”. Esta obra, composta por 10 capítulos minuciosamente elaborados por pesquisadores de diferentes áreas das ciências sociais e jurídicas, representa um esforço conjunto da *Thesis Editora Científica* para trazer à luz um conhecimento abrangente e inovador sobre temas cruciais no campo das Ciências Sociais e do Direito.

Cada capítulo aborda uma temática específica e juntos formam uma obra de tópicos diversificados. Essa perspectiva multidisciplinar é fundamental para alcançar uma compreensão mais profunda e integral das complexidades das ciências sociais aplicadas.

As reflexões, descobertas e *insights* compartilhados neste livro proporcionam uma base sólida para profissionais, estudantes, pesquisadores e todos os interessados em ampliar seus horizontes nesse campo em constante transformação. Assim, a presente obra visa contribuir significativamente para o progresso científico.

À *Thesis Editora Científica*, eterna gratidão por fornecer o espaço necessário para a realização desta importante empreitada editorial. Seu compromisso com a excelência acadêmica e a disseminação do conhecimento é uma inspiração para todos envolvidos neste projeto.

Por fim, convido você, leitor, a se aventurar por esta obra e mergulhar no mundo da Abordagem Multidisciplinar em Ciências Sociais e Jurídicas. Certamente, o conhecimento aqui compartilhado iluminará sua jornada acadêmica e profissional, fornecendo as ferramentas necessárias para compreensão e transformação social.

Boa leitura!

Felipe Cardoso Rodrigues Vieira

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 1 – O ESTADO PARA ADAM SMITH E KARL MARX: sobre o controle das paixões humanas e o domínio de classe..... | 9 |
| <i>THE STATE FOR ADAM SMITH AND KARL MARX: on the control of human passions and class dominance.....</i> | 9 |
| CAPÍTULO 2 - IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS: fortalecimento do sistema acusatório adotado no processo penal brasileiro * | 25 |
| <i>IMPLEMENTATION OF THE JUDGE OF GUARANTEES: strengthening the accusatory system adopted in brazilian criminal proceedings.....</i> | 25 |
| CAPÍTULO 3 - ABANDONO AFETIVO NO BRASIL: um estudo a luz da violação do direito da personalidade da pessoa humana, sob a perspectiva jurisprudencial * | 59 |
| <i>AFFECTIVE ABANDONMENT IN BRAZIL: a study in the light of the violation of the right to the personality of the human person, from the jurisprudential perspective</i> | 59 |
| CAPÍTULO 4 - VITIMOLOGIA: por que as mulheres permanecem em relacionamentos violentos? *..... | 104 |
| <i>VICTIMOLOGY: why do women stay in violent relationships?.....</i> | 104 |
| CAPÍTULO 5 - A HANSENÍASE E A BUSCA PELA CIDADANIA: elementos jurídicos e sociais em questão | 138 |
| <i>LEPROSY AND THE QUEST FOR CITIZENSHIP: legal and social elements at stake</i> | 138 |
| CAPÍTULO 6 – O ESTADO NEOLIBERAL E A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: medidas liberalizantes na regulação laboral brasileira | 151 |
| <i>THE NEOLIBERAL STATE AND THE 2017 LABOR REFORM: liberalizing measures in Brazilian labor regulation</i> | 151 |
| CAPÍTULO 7 - INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PANDEMIA: fonte, objetivos, razões e dilemas..... | 167 |
| <i>STATE INTERVENTION IN THE PANDEMIC: source, objectives, reasons and dilemmas ...</i> | 167 |
| CAPÍTULO 8 - OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 | 176 |
| <i>THE LIMITS OF STATE INTERVENTION IN FIGHTING THE COVID-19 PANDEMIC</i> | 176 |
| CAPÍTULO 9 - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO: Direito à saúde, judicialização e principais jurisprudências dos tribunais superiores * | 185 |

| | |
|---|-----|
| SUPPLY OF MEDICINES BY THE STATE: Right to health, judicialization and main jurisprudence of superior courts..... | 185 |
| CAPÍTULO 10 - CYBERCRIMES E AS LEGISLAÇÕES PENAS BRASILEIRAS * | 215 |
| <i>CYBERCRIMES AND BRAZILIAN CRIMINAL LEGISLATION</i> | 215 |

O ESTADO PARA ADAM SMITH E KARL MARX: sobre o controle das paixões humanas e o domínio de classe
THE STATE FOR ADAM SMITH AND KARL MARX: on the control of human passions and class dominance

William Sousa Vilanova ¹
Marilene Borges de Sousa ²
Ana Valéria Matias Cardoso ³

¹ Mestrando em Políticas Públicas. Pós-Graduação em Políticas Públicas – UFPI. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-2775-1827>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7751026783923790>. E-mail: williamsvilanovaeconomia@gmail.com.

² Mestranda em Políticas Públicas. Pós-Graduação em Políticas Públicas – UFPI. Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0001-1444-9497>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/0328772409951049>. E-mail: marilleneborges@hotmail.com.

³ Doutoranda em Políticas Públicas. Pós-Graduação em Políticas Públicas – UFPI. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-0321-5712>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/5487421448856606>. E-mail: anavaleriamatcard2@gmail.com.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade traçar compreensões sobre o pensamento de Smith (2015) e Marx (2011;2012), acerca do papel do Estado diante da conjuntura social capitalista e sua influência nos indivíduos e classes sociais. Serão analisadas como questões basilares as ponderações sobre o pensamento político e econômico e as ideias em contraposição ao liberalismo econômico. Adotou-se como técnica para a construção teórica, a pesquisa bibliográfica, importante para contextualizar o objeto de estudo discutido nesse trabalho.

Palavras-chave: Estado. Smith. Marx. Controle. Classe.

ABSTRACT

This work aims to outline understandings about the thought of Smith (2015) and Marx (2011; 2012), about the role of the State in the face of the capitalist social situation and its influence on individuals and social classes. The considerations on political and economic thought and ideas in opposition to economic liberalism will be analyzed as fundamental questions. Bibliographical research was adopted as a technique for theoretical construction, which is important to contextualize the object of study discussed in this work.

Keywords: State. Smith. Marx. Control. Class.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem o intuito de analisar o pensamento de Adam Smith e de Karl Marx a respeito do papel do Estado numa sociedade capitalista e sua influência nos

indivíduos e classes sociais a partir da obra de Adam Smith *Teoria dos Sentimentos Morais* (2015) e das obras de Karl Marx: *A Guerra Civil na França* (2011) e *Crítica ao Programa de Gotha* (2012). Em que pese o fato de essas obras terem sido escritas em séculos diferentes, cabe destacar que as ponderações de Smith influenciaram o pensamento político e econômico de Karl Marx o qual, a partir delas, desenvolveu suas próprias ideias em contraposição ao liberalismo econômico defendido pelo primeiro.

As ideias de Adam Smith (2015) sofreram uma profunda influência do iluminismo escocês e foram relacionadas ao conhecimento da natureza humana e dos sentimentos morais a partir da compreensão de que o homem é movido pela aprovação do outro. Neste aspecto, o estudioso escocês desenvolveu o princípio da simpatia como elemento fundamental para o convívio social entre os indivíduos, colaborando para um papel diminuto do Estado na conduta das pessoas. Já Marx (2011, 2012) tem suas ideias assentadas no materialismo histórico-dialético que parte de uma noção de totalidade social e que analisa o Estado a partir de condições históricas e materiais.

Dito isso, as perguntas norteadoras deste ensaio são: Qual a fonte principal de regulação da conduta dos indivíduos segundo Adam Smith? Qual o limite de atuação ou intervenção do Estado na sociedade conforme o filósofo escocês? Qual a concepção de Estado para Marx? Qual a função do Estado na fase de transição do capitalismo para o comunismo?

O texto está dividido em quatro seções, inclusas aí a introdução e a conclusão. Na segunda seção, analisam-se os conceitos de simpatia, expectador imparcial, a virtude da justiça e os limites de atuação do Estado que, sob a luz do pensamento de Adam Smith (2015), visava moldar o comportamento dos indivíduos e conter suas paixões. Já a terceira seção trata-se de uma reflexão, sob a ótica teórica de Karl Marx (2011, 2012), sobre a relação entre Estado e sociedade capitalista, considerando que o Estado é um instrumento ou órgão de dominação de uma classe sobre a outra. Ademais, nessa mesma seção analisa-se o papel do Estado na fase de transição do capitalismo para o comunismo.

2. SIMPATIA, REGRAS GERAIS DE CONDUTA E O PAPEL DO ESTADO: UMA ABORDAGEM À LUZ DE ADAM SMITH

Na presente seção, objetiva-se analisar o papel do Estado na sociedade conforme

o pensamento de Adam Smith (2015). A partir dos conceitos de simpatia e de senso do dever, desenvolvidos pelo filósofo e economista escocês, busca-se analisar as motivações das paixões humanas e sua influência no comportamento dos indivíduos, mostrando em que momento o Estado deve intervir na vida social e na economia.

Adam Smith, filósofo e economista escocês, considerado o pai da Economia Moderna, foi um dos mais importantes teóricos do liberalismo econômico -, ideologia que defendia a garantia das liberdades individuais e a limitação da influência do Estado na economia.

Quando o filósofo escocês nasceu (1723-1790), a industrialização e um sistema de mercado voltado para o lucro vinham dominando toda a Europa, refletindo em uma mudança intelectual rumo à racionalidade, ao progresso, liberdade e laicidade, o que se conhece hoje como nome de iluminismo. Foi nesse contexto que Smith escreveu a obra *Teoria dos Sentimentos Morais*, publicada em agosto de 1759 em Londres, fruto do resultado do curso de filosofia moral ministrado por ele na Universidade de Glasgow.

Smith (2015), na *Teoria dos Sentimentos Morais*, traz uma compreensão sobre a questão da contenção das paixões humanas. A compreensão ou inteligibilidade da condição humana e da ordem social, para o autor, passa pela sensibilidade, pela experiência e pela percepção. Não se compreendem os fenômenos humanos e sociais a partir de uma ideia perfeita e completa, mas a partir da observação do homem como ele realmente é, com suas riquezas, limitações e circunstâncias, buscando compreender suas paixões ou os sentidos que o movem.

Este é o ponto de partida da análise de Adam Smith (2015): a natureza humana. Diferentemente dos pensadores contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau) que partem do estado de natureza, Smith (2015) parte do princípio de que o homem é um ser social e que depende da aprovação do outro em relação a sua própria conduta. O autor parte da análise da percepção do outro como elemento central do comportamento humano. As atitudes humanas são estimuladas pelo desejo de aprovação do outro.

Na verdade, todo indivíduo deseja ser estimado, ou seja, assegurar para si os bons sentimentos e a disposição favorável daqueles que o rodeiam. Como observa o filósofo supracitado: “Quando criou o homem para a sociedade, a natureza o dotou de um desejo original de agradar, e de uma aversão primária a ofender seus irmãos. Ensinou-o a sentir prazer com a opinião favorável deste, e a sofrer com a opinião desfavorável” (SMITH, 2015, p. 146).

A partir dessa premissa da necessidade de aprovação do outro, o filósofo escocês desenvolveu sua análise de como *o homem deveria ser*. “A jurisdição do homem interior funda-se inteiramente no desejo de ser louvável e na aversão a ser censurável” (SMITH, 2015, p. 160). A ética de Smith é fundada na *simpatia*. Mas o que é simpatia? Smith traz o seguinte conceito de simpatia: “Piedade e compaixão são palavras que com propriedade denotam solidariedade pelo sofrimento alheio. Simpatia, embora talvez originalmente sua significação fosse a mesma, pode ser usada, sem grande impropriedade, para denotar nossa solidariedade com qualquer paixão” (SMITH, 2015, p. 8).

Deste modo, a simpatia corresponde a uma comunhão de qualquer paixão ou uma concordância de sentimentos. É a capacidade de sentir a dor ou o prazer do outro, ou seja, é a capacidade de sentir dor ou prazer diante da prática da virtude ou do vício. É a partir dessa capacidade que se forma o *senso do dever*. Essa questão da simpatia, tratada por Smith (2015), é um mecanismo de controle da conduta humana.

O princípio pelo qual naturalmente aprovamos ou desaprovamos nossa própria conduta parece em tudo igual ao princípio pelo qual formamos juízos semelhantes a respeito da conduta de outras pessoas. Aprovamos ou desaprovamos a conduta de outro segundo sentimos que, ao fazermos nosso caso, podemos ou não simpatizar inteiramente com os sentimentos e motivos que a nortearam. E, da mesma maneira, aprovamos ou desaprovamos nossa própria conduta segundo sentimos que, quando nos colocamos na situação de outro homem, como se a contemplássemos com seus olhos e de seu ponto de vista, podemos ou não entender os sentimentos ou motivos que a determinaram, simpatizando inteiramente com ela (SMITH, 2015, p. 139).

Para Smith (2015), a simpatia refere-se a um compartilhamento de qualquer sentimento, mas isso não decorre de um contágio de sentimentos; consiste num ato de imaginação. “Começamos, pois, a examinar nossas próprias paixões e conduta, e considerar o que devem parecer aos outros, pensando o que a nós nos pareceriam se estivéssemos em seu lugar” (SMITH, 2015, p. 141).

Como não podemos sentir os sentimentos das outras pessoas com a mesma intensidade que elas, Smith (2015) infere que isso leva-nos à moderação de nossos próprios sentimentos para que as pessoas possam compartilhar deles e possam exibir sua simpatia para conosco, como se houvesse o que o filósofo e economista escocês

chama de “espectador imparcial”. Como destaca o autor: “A fim de que a retidão de nossos próprios juízos relativos à conveniência de nossa conduta sofra desvio, nem sempre é necessário que o espectador real e imparcial esteja muito distanciado” (SMITH, 2015, p. 189).

Para Smith (2015), é através da simpatia que as pessoas se tornam agentes morais. Só nos tornamos autoconscientes através de nossas relações com os outros indivíduos. Ao mesmo tempo em que os observamos, sabemos que somos observados por eles e, nesta medida, somos movidos a buscar aquele prazer genuíno de perceber nas pessoas que nos rodeiam um sentimento de solidariedade para com nossas emoções, da mesma maneira que nos atormentamos quando isso não acontece.

Deste modo, a sociedade constitui, por assim dizer, um espelho através do qual tomamos consciência de nós mesmos como agentes morais, ou seja, a sociedade forneceria a regra para a avaliação das paixões e ações dos sujeitos e também das consequências dessas ações. De acordo com o referido filósofo, a origem da nossa habilidade para controlar nossas paixões repousa nessa capacidade autorreflexiva de enxergar nossa situação através dos olhos dos outros. É a partir dessa capacidade de autorreflexibilidade que Smith desenvolve o conceito de espectador imparcial (SMITH, 2015).

Segundo o supracitado autor, o espectador imparcial é a própria consciência humana. “É a razão, o princípio, a consciência, o habitante do peito, o homem do interior, o grande juiz árbitro de nossa conduta” (SMITH, 2015, p. 106). É por meio do espectador imparcial que procuramos nos ver como as outras pessoas nos veriam para saber se simpatizariam com nossos sentimentos e motivos ou não, de modo a ajustar nosso comportamento. Trata-se, então, do próprio eu de cada indivíduo, observador de si e dos outros, aquele que estabelece um diálogo com sua própria consciência para poder julgar e agir.

Assim, o indivíduo, em contato com sua consciência, manifesta a serenidade e o autodomínio que constituem a dignidade de toda paixão, e que a reduzem àquilo de que os demais podem partilhar. O exercício desse autodomínio se dá através do balanço entre os nossos sentimentos egoístas e o desejo da simpatia dos outros. É a partir dessa análise que Smith apresenta o espectador imparcial como fator importante para a moderação das ações humanas, configurando aquilo que o filósofo escocês chama de homem prudente (SMITH, 2015).

Smith (2015) descreve o homem prudente, também chamado de homem sábio, como aquele que sabe controlar suas paixões. Em suas palavras,

O homem sábio e justo que recebeu toda sua educação de grande escola de autodomínio, de azáfama e dos grandes negócios deste mundo, talvez exposto à violência, e injustiça das facções, às durezas e riscos de guerra, mantém esse controle dos sentimentos passivos em todas as ocasiões; e quer na solidão, quer em sociedade, mostra quase o mesmo semblante, e é afetado quase da mesma maneira. No êxito e na frustração, na prosperidade e na adversidade, diante de amigos ou de inimigos, muitas vezes esteve submetido à necessidade de conservar essa virilidade. Nunca se atreveu esquecer por um instante o juízo que o espectador imparcial faria de seus sentimentos e sua conduta. Jamais se atreveu a permitir que o homem interior se ausentasse um só instante de sua atenção (SMITH, 2015, p. 176 - 177).

Conforme Smith (2015), o homem sábio é aquele que tem o autodomínio. Esse autodomínio norteia a possibilidade de manter a ordem social, prescindindo (em parte) de maior controle do Estado, pois cada indivíduo tem em si um motivo para observar as normas de comportamento adequadas. A partir dessa observação do comportamento adequado, forma-se uma solidariedade entre as pessoas, o que, na visão do autor, constitui o princípio da simpatia. Assim, quando julga o outro ou a si mesmo, o homem tende a precisar menos de Deus ou do Estado para controlar seus instintos, tendo na sua consciência a forma basilar de controle.

Assim, a interferência do Estado se faz necessária para conter as paixões humanas destrutivas, porque a filosofia moral e o preceito religioso não são suficientes para controlá-las. A necessidade intervencionista do Estado vem daqueles que não são capazes de administrar suas condutas a partir do julgamento do “espectador imparcial” que cada um de nós é capaz de ser.

A ação estatal é legítima na proporção em que busca a manutenção do bem-estar, o equilíbrio social entre as vontades individuais e o respeito às regras gerais de conduta, assegurando o senso do dever. “O respeito às regras gerais de conduta é o que se chama propriamente senso de dever, princípio da maior importância na vida humana, e o único pelo qual a maioria da humanidade é capaz de ordenar suas ações” (SMITH, 2015, p. 195).

Smith (2015) compreende que o respeito às regras gerais de conduta está relacionado à virtude da justiça que consiste na imparcialidade que emerge do diálogo com o espectador imparcial. Ela depende, portanto, da capacidade de avaliar os efeitos de nossas ações, colocando-nos no lugar daqueles a quem podemos ofender. A justiça,

por meio de regras gerais, determinaria a conduta de cada indivíduo. Smith infere que as regras da justiça devem ser claras como as regras da gramática para o estabelecimento de um bom convívio social. “As regras da justiça são extremamente precisas, e não admitem exceções, nem modificações, exceto as que podem ser determinadas de modo tão preciso quanto as próprias regras, e que geralmente derivam de fato dos mesmos princípios que essas” (SMITH, 2015, p. 212).

A observância das regras gerais é fundamental para a condição da existência da própria sociedade, sendo que o descumprimento de tais regras deve ser objeto de punição. “Quando as regras gerais que determinam o mérito e demérito de ações passam a ser assim consideradas como leis de um ser onipotente – que vigia nossa conduta e, numa vida futura, recompensará a observância e punirá a infração dessas leis – passam, a adquirir, necessariamente, uma nova sacralidade” (SMITH, 2015, p. 205).

Deste modo, a justiça é requisito basilar para o convívio entre os indivíduos na sociedade, e o Estado tem o papel fundamental de fazer com que cada indivíduo cumpra as regras estabelecidas, punindo quem as viola. Na condição de responsável pela administração da justiça, o Estado deve limitar sua intervenção em garantir a proteção de cada membro da comunidade contra a violência, a defesa da vida, a garantia da execução de contratos executados, a defesa da propriedade adquirida de forma legítima e as condições necessárias para o livre mercado (GIANNETTI, 2007).

Por conseguinte, o papel do Estado, a partir da análise de Smith (2015), consiste em ordenar a conduta e conter as paixões humanas, buscando o equilíbrio social entre as vontades individuais e a garantia do cumprimento das regras gerais de conduta na sociedade (a virtude da justiça) a fim de manter a ordem e a sobrevivência da própria sociedade, protegendo os indivíduos e limitando (punindo) comportamentos prejudiciais.

3. O ESTADO SEGUNDO KARL MARX: UM INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO DE CLASSE

Nesta seção analisam-se brevemente as relações entre Estado e sociedade a partir do pensamento de Karl Marx com base nas obras *A Guerra Civil na França* (2011) e *A Crítica ao Programa de Gotha* (2012). Marx desenvolveu o seu pensamento crítico voltando-se para a realidade humana, procurando discernir o que é real e o que é aparente. Isso também perpassa pela análise que ele faz sobre o Estado e a sociedade civil.

Karl Marx (1818-1883) foi um filósofo, jornalista, economista e revolucionário socialista que nasceu na província alemã do Reno, em 5 de maio de 1818, numa família da pequena burguesia judia próspera que aderiu ao protestantismo e ao racionalismo iluminista. Marx inaugurou um novo referencial teórico sobre as relações entre Estado e sociedade civil. Para ele, Estado e sociedade não são compreendidos como duas esferas separadas, pelo contrário, o Estado está imbricado (entranhado) na sociedade. Conforme escreveu, “O Estado político comporta-se precisamente para com a sociedade de um modo tão espiritualista como o Céu para com a Terra” (MARX, 2009, p. 51).

Uma das principais obras em que Marx trata, embora de forma pontual, a questão do Estado é *A Guerra Civil na França*. Essa obra foi escrita originalmente em 1871, citada como a Terceira Mensagem do Conselho Geral da Associação Internacional dos Trabalhadores (AIT) e difundida como livro na Europa e nos Estados Unidos. Nela, Marx trata sobre a primeira experiência histórica da tomada do poder político pela classe trabalhadora numa localidade, a capital francesa.

Na obra *A Guerra Civil na França*, o referido pensador argumenta que o Estado é o ordenamento da sociedade; é um instrumento para manter a ordem social e a dominação de classe, tendo seu aparato estatal um caráter coercitivo necessário para o funcionamento do capital. É valioso destacar que, historicamente, a instauração do Estado moderno está umbilicalmente voltada a atender os interesses da nascente burguesia (MARX, 2011).

O poder estatal centralizado, com os seus órgãos onipotentes: o exército permanente, a polícia, a burocracia, o clero e a magistratura – órgãos criados segundo o plano da divisão sistemática e hierárquica do trabalho – procede dos tempos da monarquia absoluta e serviu à nascente sociedade burguesa como uma arma poderosa em suas lutas contra o feudalismo (MARX, 2011, p. 54).

Marx (2011) não vê o Estado como controlador das paixões humanas, mas como um instrumento de dominação de uma classe sobre outra, refletindo as contradições de classes. Para o supracitado autor, o Estado não representa o interesse geral do povo ou da maioria, mas configura o centro do poder político da classe dominante cujos interesses são mantidos. No capitalismo, o aparelho estatal está a serviço da classe burguesa em detrimento da classe trabalhadora. Como assinala o autor (MARX, 2011, p. 55):

No mesmo passo em que o progresso da moderna indústria desenvolvia, ampliava e intensificava o antagonismo de classe entre o capital e o trabalho, o poder do Estado foi assumindo cada vez mais o poder nacional do capital sobre o trabalho, de uma força pública organizada para a escravização social, de uma máquina do despotismo de classe.

Com efeito, o Estado capitalista intervém nos conflitos que colocam em risco os interesses da classe burguesa. A partir disso, Marx (2011, p. 54) destaca que, para pôr fim à dominação de classe, “a classe operária não pode simplesmente se apoiar da máquina do Estado tal como ela se apresenta e dela servir-se para seus próprios fins”.

A crise do Estado burguês era uma consequência necessária do agravamento das contradições de classe oriundas das lutas do proletariado pela conquista do poder e “A Comuna, portanto, devia ser como alavanca para desarraigat o fundamento econômico sobre o qual descansa a existência das classes e, por conseguinte, da dominação de classe” (MARX, 2011, p. 59).

Conforme o autor, a República Social, que era a Comuna de Paris, deveria ser um modelo para todos os grandes centros industriais da França “Uma vez que o regime comunal estava em Paris e nos centros secundários, o antigo governo centralizado também teria de ceder lugar nas províncias ao autogoverno dos produtores” (MARX, 2011, p. 57). A Comuna de Paris era o contraponto ao Estado Francês, ou seja, um exemplo claro de governo do povo e pelo povo que surgiu de um processo revolucionário protagonizado pela classe trabalhadora que, pela primeira vez, atuou em seu próprio favor.

A Comuna de Paris era um governo predominantemente de operários que defendia não só que se acabasse com a forma monárquica de dominação de classe, mas também que se destruísse o aparelho estatal burguês e qualquer forma de dominação, mais precisamente o burocratismo. Sobre esse aspecto, Marx (2011, p. 59) faz a seguinte assertiva: “A Comuna tornou realidade o lema das revoluções burguesas – o governo barato – ao destruir as duas maiores fontes de gastos: o exército permanente e o funcionalismo estatal”.

Como relata a História, a Comuna tomou as seguintes medidas: supressão do serviço militar obrigatório e reconhecimento de uma Guarda Nacional permanente como única força armada; isenção do pagamento de aluguéis; suspensão de venda de objetos empenhados; determinação de que o salário mais elevado de um funcionário da Comuna não poderia exceder 6 (seis) mil francos, pois todos deveriam receber salários de operários; separação da Igreja e supressão de todas as subvenções do Estado para fins

religiosos, declarando, ainda, como propriedade nacional todos os bens da Igreja; organização das associações cooperativas para que assumissem as fábricas fechadas, devendo ser unificadas numa grande federação; supressão do trabalho noturno dos padeiros e preenchimento de todos os cargos administrativos judiciais e do magistério através de eleições, mediante sufrágio universal (MARX, 2011).

Com relação à igreja, a República Social quebrou a força do poder paroquial, tratando a religião como um assunto de foro íntimo ou da esfera privada. Ademais, os padres foram devolvidos ao retiro da vida privada, para viver das esmolas dos seus fiéis e as propriedades da igreja foram expropriadas. Cumpre destacar que as instituições de educação foram abertas ao povo gratuitamente e libertas de toda a interferência da igreja e do Estado. Assim, a Comuna de Paris representava o fim de qualquer tipo de dominação, tanto do poder temporal (Estado) como do poder espiritual (Igreja) (MARX, 2011).

Para Marx (2011), a Comuna pretendia abolir a propriedade de classe que converte o trabalho de muitos na riqueza de poucos, transformando os meios de produção (a terra e o capital) em instrumentos de trabalho livre e associado. De acordo com o referido filósofo e economista alemão, é com o fim da propriedade privada que a classe trabalhadora tem sua verdadeira emancipação. “A classe trabalhadora não esperava milagres da Comuna. Os trabalhadores não têm nenhuma utopia já pronta para introduzir *par décret du peuple*” (MARX, 2011, p. 60).

Com efeito, a classe trabalhadora tinha consciência da sua missão histórica e das longas lutas que teriam pela frente para se libertar da velha e agonizante sociedade burguesa. Para a concretização do processo de libertação da classe trabalhadora, Marx (2011) destaca que os trabalhadores deveriam romper com a velha máquina estatal burguesa e suas práticas de privilégios e de diferenciação social.

A Comuna era formada por conselheiros municipais, escolhidos por sufrágio universal nos diversos distritos da cidade, responsáveis e com mandatos revogáveis a qualquer momento. A maioria de seus membros era naturalmente formada de operários ou representantes incontestáveis da classe operária. A Comuna devia ser não um corpo parlamentar, mas um órgão de trabalho, Executivo e Legislativo ao mesmo tempo. Em vez de continuar a ser o agente do governo central, a polícia foi imediatamente despojada de seus atributos políticos e convertida em agente da Comuna, responsável substituível a qualquer momento. O mesmo se fez em relação aos funcionários de todos os ramos da administração. Dos membros da Comuna até os postos inferiores, o serviço público tinha de ser remunerado com salários de operários. Os direitos adquiridos e as despesas de

representação dos altos dignitários do Estado desapareceram com os próprios altos dignitários (MARX, 2011, p. 57).

A Comuna de Paris foi a primeira experiência de um governo (ou autogoverno) essencialmente operário; mas durou 72 dias. Segundo Marx (2011), o fim da Comuna se deveu a dois erros: primeiramente, os comunardos não se apropriaram dos recursos monetários existentes nos bancos de Paris para financiar o combate contra os exércitos contrarrevolucionários e, em segundo lugar, não marcharam sobre Versalhes, refúgio das tropas inimigas, quando elas estavam fragilizadas, permitindo a recuperação e o ânimo das forças inimigas que não pouparam a violência para dar fim à primeira tentativa de um governo dos (e para os) trabalhadores.

Em *A Guerra Civil na França*, Marx (2011) tem por base uma análise concreta de uma situação concreta. Já na obra *Crítica do Programa de Gotha* (2012), o filósofo revolucionário faz duras críticas ao programa político-reformista defendido por Ferdinand Lassale e seus partidários, mantendo a mesma coerência teórica sobre o papel do Estado na sociedade moderna.

Na *Crítica do Programa de Gotha*, Marx (2012) aborda temas relativos ao Estado e ao direito. Esse texto tem algumas peculiaridades que merecem ser destacadas. Primeiramente, ele não foi destinado a publicação. Na verdade, as notas do Programa de Gotha foram publicadas apenas em 1891 por Engels numa revista socialista dirigida por Karl Kautski. Inicialmente, esse texto se tratava de um anexo a uma carta dirigida a Wilhelm Bracke (enviada em 5 de maio de 1875) e, como era de se esperar, alguns trechos não são suficientemente argumentados. De todo modo, nesse escrito, Marx já mostrava o seu desprezo pelos programas reformistas e estatistas de Ferdinand Lassale.

O Programa que foi criticado por Marx (2012) era o resultado da unificação, ocorrida em 1875, de dois partidos operários alemães: a Associação Geral dos Trabalhadores Alemães e o Partido Social-Democrata dos Trabalhadores. Com esse texto, o filósofo alemão tem dois objetivos: em primeiro lugar, contestar as teses do Programa, que se alinhavam com as teses reformistas de Lassalle; em segundo, Marx queria esclarecer sua posição sobre a questão do Estado.

Na obra *Crítica ao Programa de Gotha*, Marx (2012) inicia sua abordagem sobre o Estado criticando o termo “Estado livre”. Para ele, a verdadeira liberdade não consiste em tornar o Estado livre, mas “consiste em converter o Estado, de órgão que subordina a sociedade em órgão subordinado a ela” (MARX, 2012, p. 42). O Partido

Operário Alemão, porém, não pensava dessa maneira; considerava o Estado um ser autônomo com princípios próprios (fundamentos espirituais, morais etc.) cuja existência prescindia de certo modo da existência da sociedade civil. Para o autor da obra *O Capital*, ao contrário, dever-se ia afirmar a “sociedade existente” como base do “Estado existente” (MARX, 2012, p. 42).

Marx (2012) via a ideia de um Estado livre como uma contradição, na medida em que a questão não era dar mais liberdade ao Estado, mas ao contrário, torná-lo cada vez mais vinculado à sociedade civil. Neste caso, a sociedade civil atual é a sociedade capitalista; “os diferentes Estados dos diferentes países civilizados, apesar de suas variadas configurações, têm em comum o fato de estarem assentados sobre o solo da moderna sociedade burguesa” (MARX, 2012, p. 42).

Embora o filósofo revolucionário considere o Estado como instrumento de dominação de classes, ele faz as seguintes indagações: “por quais transformações passará o ordenamento estatal numa sociedade comunista? Em outras palavras, quais funções sociais, análogas às atuais funções estatais nela permanecerão?” (MARX, 2012, p. 43).

O referido filósofo destaca que tais questionamentos devem ser respondidos de forma científica e não associando de mil maneiras diferentes a palavra povo à palavra Estado com o que não se avançaria na resolução dessa questão. A partir disso, ele explica qual seria o papel do Estado na formação da “sociedade do futuro”, entre a sociedade capitalista e a comunista. Nessa fase de transição, o Estado não pode ser senão a “ditadura revolucionária do proletariado” (MARX, 2012, p. 43).

Para Marx (2012), a ditadura do proletariado seria uma fase transitória de transformação da sociedade – que supõe a supremacia política do proletariado - em que o Estado teria limitações em seu campo de atuação e seu papel seria fornecer as condições necessárias para a superação da velha sociedade (a sociedade capitalista), inaugurando a nova e superior fase da sociedade. Consumada essa transição, o autor destaca a necessidade de extinção do Estado.

Segundo o filósofo alemão, a extinção do Estado não seria feita de forma abrupta, de uma hora para outra. Há todo um processo histórico por trás da extinção, ou seja, a ditadura do proletariado seria a fase transitória em que o Estado estaria sob o controle da classe trabalhadora não com vistas a administrar o capitalismo de modo melhor, com o objetivo de humanizá-lo; mas, sim, com o objetivo de destruí-lo em um processo de transformação revolucionária com o propósito de alcançar um novo tipo de

sociedade, o comunismo (MARX, 2012).

Durante o processo de transição para o comunismo, o Estado administraria apenas partedo trabalho do produtor, o fundo público, que nada mais é que a fração do trabalho de cada indivíduo para custear a administração da sociedade.

Por conseguinte, o produtor individual - feitas as deduções – recebe de volta da sociedade exatamente aquilo que lhe deu. O que ele lhe deu foi sua quantidade individual do trabalho. Por exemplo, a jornada social do trabalho consiste na soma das horas individuais de trabalho. O tempo individual de trabalho do produtor individual é a parte da jornada social de trabalho que ele fornece, é sua participação nessa jornada. Ele recebe da sociedade um certificado de que forneceu um tanto de trabalho (depois da dedução de seu trabalho para os fundos coletivos) e, com esse certificado, pode retirar dos estoques sociais de meios de consumo uma quantidade equivalente a seu trabalho. A mesma quantidade de trabalho que ele deu à sociedade em uma forma, agora ele a obtém de volta em outra forma (MARX, 2012, p. 29 -30).

Cumprir observar que o autor, no seu escrito, também destina sua crítica ao direito burguês. Segundo pontua, o direito a uma igual repartição do “fruto íntegro do trabalho” seria um direito burguês que não reconhece a desigualdade dos talentos individuais, como privilégios naturais e, por conseguinte, a desigual capacidade dos trabalhadores. Com o objetivo de evitar estas distorções sociais, na fase de transição do capitalismo para o comunismo, “o direito teria de ser não igual, mas antes desigual” (MARX, 2012, p. 31).

Marx (2012) compreende que o direito burguês só será superado quando não mais existiro contraste entre trabalho manual e trabalho intelectual; quando o trabalho não for considerado somente como meio de vida, mas a primeira necessidade vital; quando forem criadas as plenas condições para o desenvolvimento dos indivíduos em todos os seus sentidos. Fazendo isso, é possível produzir em abundância para que cada um ofereça o trabalho segundo a sua capacidade e retire a riqueza social produzida conforme sua necessidade. É a partir dessas condições que os horizontes do direito burguês são superados e o Estado desaparece, segundo ele.

Ao tratar sobre a fase transitória da ditadura do proletariado, Marx (2012) discorre sobre quais seriam as medidas a serem tomadas, análogas às atuais funções estatais, nesse tipo de organização social, sendo as principais: a) a criação de cooperativas de produção sem a subvenção estatal, contrariando o pensamento estatista de Lassalle, mas sob o controle exclusivo dos trabalhadores; b) o estabelecimento de jornada de trabalho normal; c) uma limitação do trabalho das mulheres e a proibição do trabalho infantil; d)

a educação deve ser popular, gratuita e universal, porém sem a interferência do Estado, ao contrário do que defendia Lassalle, e da Igreja; e) supervisão estatal das condições sanitárias e médicas das indústrias fabril, oficial e doméstica; f) regulamentação do trabalho prisional tendo o trabalho produtivo como elemento mínimo de correção e recuperação social; g) a criação de uma lei de responsabilidade civil eficaz que trate sobre as medidas sanitárias e os meios de proteção contra acidentes de trabalho (MARX, 2012).

Diante disso, Marx (2012) era contrário à ideia de uma ruptura brusca do Estado, como queriam os anarquistas, mas também não concordava com as ideias reformistas de Lassalle e seus partidários que defendiam uma intervenção absoluta do Estado na sociedade. O filósofo e economista alemão propunha uma fase de transição, a ditadura revolucionária do proletariado, que seria marcada pelo desenvolvimento das forças produtivas e transformações sociais revolucionárias que conduziriam à extinção do próprio Estado e à formação de uma nova organização social.

Por conseguinte, a partir das análises de Marx (2011, 2012), com base nas duas obras tratadas aqui nesta seção, conclui-se que o Estado é um instrumento de dominação de uma classe sobre outra. Enquanto na obra *A Guerra Civil da França*, Marx (2011) descreve, a partir de fatos históricos, a primeira experiência concreta de um governo de operários que objetivava o fim do Estado, na *Crítica ao Programa de Gotha*, o filósofo alemão aborda sobre a transição da sociedade capitalista para uma sociedade futura ou superior (o comunismo) onde a meta era a extinção do Estado (MARX, 2012).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade central deste ensaio foi trazer as contribuições teóricas de Adam Smith (2015) e Karl Marx (2011, 2012) sobre a questão do Estado. Cumpre assinalar que os dois teóricos possuem perspectivas de análises diferentes acerca do Estado e da sociedade civil haja vista que suas obras, tratadas nas seções deste texto, foram escritas em momentos históricos diferentes.

Smith (2015), em sua análise sobre a natureza humana, argumenta que a principal fonte de regulação da conduta dos indivíduos é o outro, ou seja, a própria sociedade. Isso se deve à necessidade que o indivíduo tem da aprovação do outro. Com base nisso, o filósofo escocês desenvolve o conceito de simpatia como a capacidade de sentir a dor ou prazer do outro; em outras palavras, uma correspondência de sentimentos,

por meio da imaginação, a qual dá origem ao *sensu do dever*. Este último seria um mecanismo de controle da conduta humana que, por meio da virtude da justiça, estabelece regras de conduta humana as quais são fundamentais para a vida em sociedade.

A intervenção mínima do Estado só se faz necessária quando os indivíduos não são capazes de controlar suas paixões e condutas, não se comportando como um homem prudente ou sábio, e muito menos de desenvolver o *sensu do dever* por meio da simpatia. Portanto, a atuação do Estado deve se limitar a controlar as paixões e condutas humanas, fazendo com que cada indivíduo observe e cumpra as regras gerais estabelecidas, punindo quem as viola a fim de manter o equilíbrio social.

Deste modo, a ação estatal, segundo Smith (2015), é legítima na proporção em que busca a manutenção da ordem social por meio da harmonia entre as vontades individuais e o respeito às normas gerais de conduta, assegurando o *sensu do dever* o qual é capaz de ordenar as ações humanas. Assim, o Estado deve atuar no sentido de garantir uma vida pacífica na sociedade, protegendo os indivíduos da violência, defendendo os direitos da propriedade adquiridos de forma legítima e o respeito aos contratos.

Na perspectiva de análise de Marx (2011, 2012), o Estado não deve ser compreendido como um controlador das paixões humanas, mas como um órgão de dominação de uma classe sobre a outra. No contexto capitalista, trata-se da dominação da classe burguesa sobre a classe trabalhadora. Segundo o filósofo alemão, o Estado está imbricado na sociedade civil e, enquanto houver conflitos de classes, haverá a necessidade de o Estado lutar em favor da classe dominante. Portanto, para o filósofo alemão, o Estado não é o reino do bem-comum, mas do interesse de uma parte.

Na sociedade capitalista, a atuação do Estado consiste fundamentalmente em manter dois interesses centrais da classe burguesa: a) a preservação da propriedade privada; b) e a manutenção das relações econômicas de exploração. Para Marx (2011), a experiência da Comuna de Paris foi um exemplo histórico que rompeu com esses dois interesses da classe burguesa, inaugurando o primeiro governo essencialmente de operários em que se rompeu com as práticas de diferenciação social e manutenção de privilégios da velha máquina estatal burguesa.

Para Marx (2011, 2012), a abolição do Estado é fundamental para a ascensão de um novo modelo de sociedade, porém essa extinção não deveria ser abrupta, mas gradual e transitória. Nela, o Estado teria poucas atribuições e um papel fundamental no sentido de promover o desenvolvimento da capacidade dos indivíduos e das forças

produtivas a fim de que a própria sociedade assumisse as funções de administração e gerenciasse a riqueza produzida, levando ao desaparecimento do Estado.

Destarte, frisa-se que, enquanto Smith defendia uma intervenção mínima do Estado a fim de garantir as liberdades individuais, Marx propunha a extinção do Estado, por meio de uma fase transitória; só assim chegar-se-ia ao fim de toda forma de dominação social e pleniliberdade ou emancipação humana.

REFERÊNCIAS

GIANNETTI, Eduardo. **Vícios privados, benefícios públicos?: a ética na riqueza das nações.**São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARX, Karl. **Para a questão judaica.** Tradução de José Barata Moura. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARX, Karl. **A guerra civil na França.** Tradução e notas Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha.** Tradução e notas Rubens Enderle. São Paulo:Boitempo, 2012.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais.** Tradução de Lya Luft. 2. ed. São Paulo:Martins Fontes, 2015.

IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS: fortalecimento do sistema acusatório adotado no processo penal brasileiro *

IMPLEMENTATION OF THE JUDGE OF GUARANTEES: strengthening the accusatory system adopted in brazilian criminal proceedings

João de Deus Máximo de Carvalho ¹

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3911437255626606>. E-mail: joaomaximo1@hotmail.com.

* Este estudo faz parte do trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI.

RESUMO

O título de juiz das garantias é fornecido à um juiz de direito mediante o exercício de sua função no processo criminal. Nesta premissa, a instituição de um Juiz das Garantias no Brasil era algo exigível desde épocas históricas mais remotas, em face da necessidade em consolidar o processo acusatório. Deste modo, a atuação do referido juiz deve ocorrer mediante o princípio da imparcialidade, assegurada pela Lei n° 13.964/19, intitulado pacote anticrime. Sendo assim, o presente trabalho apresentará uma discussão acerca das questões relacionadas à imparcialidade e democracia do Juiz das Garantias no processo penal brasileiro. A relevância deste tema dá-se por sua atemporalidade, onde a figura de um Juiz, de maneira geral, impõe respeito e repercute em imparcialidade. Partindo desse pressuposto a questão norteadora deste trabalho é: Quais mudanças ocorrerão com a implementação do Juiz das Garantias no Processo Penal Brasileiro, através de um modelo democrático e imparcial no sistema penal acusatório? Neste viés, o objetivo geral deste trabalho é analisar a implantação do juiz das garantias, em virtude do fortalecimento do sistema acusatório adotado no processo penal brasileiro. Sendo assim, os objetivos específicos são: Compreender os pressupostos que norteiam o sistema processual penal brasileiro; discutir as atribuições do juiz de garantias; refletir acerca da imparcialidade para o fortalecimento do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso será seguida uma metodologia de caráter qualitativa, documental, bibliográfica, e descritiva, onde através de três capítulos serão discutidos fatos que discorrem a temática central. Diante disso a pesquisa atendeu seus objetivos, mostrando-se relevante por tratar de um fenômeno atemporal, que repercute na sociedade se analisado como um todo. Portanto, compreendeu-se no decorrer da pesquisa a necessidade de sempre discorrer acerca da referida temática é válida, pois com o advento do Pacote Anticrime, a figura do juiz das garantias passou a ser centro das discussões, muitas vezes até sendo concebida como inconstitucional.

Palavras-chaves: Juiz das Garantias; Mudança; Democrático; Imparcial; Acusatório.

ABSTRACT

The title of judge of guarantees is granted to a judge of law through the exercise of his function in the criminal process. In this premise, the institution of a Juiz das Garantias in Brazil was something required since the most remote historical times, in view of the need to consolidate the accusatory process. In this way, the performance of the said judge must occur according to the principle of impartiality, guaranteed by Law No. 13.964/19, entitled anti-crime package. Therefore, the present work will present a discussion about the questions related to the impartiality and democracy of the Judge of the Guarantees in the Brazilian criminal procedure. The relevance of this theme is due to its timelessness, where the figure of a judge, in general, commands respect and has repercussions on impartiality. Based on this assumption, the guiding question of this work is: What changes will occur with the implementation of the Judge of Guarantees in the Brazilian Criminal Procedure, through a democratic and impartial model in the accusatory criminal system? In this bias, the general objective of this work is to analyze the implementation of the guarantee judge, due to the strengthening of the accusatory system adopted in the Brazilian criminal procedure. Therefore, the specific objectives are: to understand the assumptions that guide the Brazilian criminal procedural system; discuss the attributions of the guarantee judge; reflect on impartiality to strengthen the accusatory system in the Brazilian legal system. For this, a qualitative, documental, bibliographical and descriptive methodology will be followed, where facts that discuss the central theme will be discussed through three chapters. In view of this, the research met its objectives, proving to be relevant because it is a timeless phenomenon, which has repercussions on society if analyzed as a whole. Therefore, it was understood during the research that the need to always discuss the aforementioned theme is valid, since with the advent of the Anti-Crime Package, the figure of the guarantee judge became the center of discussions, often even being conceived as unconstitutional.

Keywords: Judge of Guarantees; Change; Democratic; Impartial; Accusatory.

1. INTRODUÇÃO

O título de juiz das garantias é fornecido à um juiz de direito mediante o exercício de sua função no processo criminal, onde o mesmo atua a partir da premissa de garantir a eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado (CNJ, 2020). Partindo desse pressuposto é notória a necessidade da presença de tal juiz, a fim de elucidar respaldo ao processo investigativo.

A instituição de um Juiz das Garantias no Brasil era algo exigível desde épocas históricas mais remotas, em face da necessidade em consolidar o processo acusatório, onde o mesmo age no controle da legalidade, da investigação criminal e da salvaguarda dos direitos individuais. Portanto, em tese, o referido juiz age em consonância da

necessidade de assegurar os direitos e as garantias fundamentais de um cidadão que se encontra em processo de investigação criminal.

Deste modo, a atuação do referido juiz deve ocorrer mediante o princípio da imparcialidade, assegurada pela Lei nº 13.964/19, intitulada pacote anticrime, onde a mesma expõe inúmeras reformas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma delas a atuação do Juiz das Garantias, que atuará em toda fase investigativa, tendo como objetivo principal resguardar a imparcialidade do processo investigatório, fator que gerou discussões de grandes repercussões no cenário jurídico, levando a suspensão do artigo 3a ao 3f da referida Lei pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux.

Contudo, é sabido que na Constituição Federal Brasileira (1988) fica evidente que o ato de acusar possui características notórias que culminam em acusar e julgar determinada pessoa, onde tanto acusação e defesa devem mostrar embasamento para suas ações, e o juiz constituinte do caso deve manter-se como uma terceira pessoa imparcial, alheio ao labor investigativo e passivo no que tange à explicitação e coleta de provas, que corresponde a função das outras duas partes envolvidas.

Portanto, a configuração do sistema processual deve garantir a imparcialidade do julgador, além da eficácia do contraditório e as demais regras do devido processo legal à luz da constituição; onde a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar deve ser assegurada, além do respeito desvelado ao acusado, que sai da posição de um mero objeto investigativo e assume sua posição de parte passiva no processo penal.

Ademais, o Juiz das Garantias deve agir de maneira democrática, isto é, deve ter sua imparcialidade resguardada, buscando conhecer de maneira profunda as fases do processo que está comandando, estando sempre à luz da Constituição Federal e seguindo os pressupostos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Sendo assim, o presente trabalho apresenta uma discussão acerca das questões relacionadas à imparcialidade e democracia do Juiz das Garantias no processo penal brasileiro. A relevância deste tema dá-se por sua atemporalidade, onde a figura de um Juiz, de maneira geral, impõe respeito e repercute em imparcialidade mediante os processos investigatórios. Além disso, discorrer acerca dos mecanismos penais da ação

do Juiz, pressupõe a ascensão do conhecimento acerca do funcionamento das partes de um julgamento/investigação.

Partindo desse pressuposto a questão norteadora deste trabalho é: Quais mudanças ocorrerão com a implementação do Juiz das Garantias no Processo Penal Brasileiro, através de um modelo democrático e imparcial no sistema penal acusatório?

Neste viés, o objetivo geral deste trabalho é analisar a implantação do juiz das garantias, em virtude do fortalecimento do sistema acusatório adotado no processo penal brasileiro. Sendo assim, os objetivos específicos são: compreender os pressupostos que norteiam o sistema processual penal brasileiro; discutir as atribuições do juiz de garantias; refletir acerca da imparcialidade para o fortalecimento do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso é seguida uma metodologia de caráter qualitativa, documental, bibliográfica, e descritiva, onde através de três capítulos são discutidos fatos que discorrem a temática central. Deste modo, o primeiro capítulo discuti o sistema processual penal como um todo, enfatizando os modelos de acusação, em face de sua importância para se discutir o tema em questão.

O segundo capítulo apresenta o conceito de Juiz das Garantias pelo mundo, suscitando o aspecto do Direito Português e do Direito Chileno, tendo em vista suas especificidades e importância perante o Direito Penal.

O terceiro capítulo argumenta sobre juiz das garantias e o sistema acusatório no Brasil, destacando pontos importantes como (in)constitucionalidades e os preceitos norteadores das ações do referido juiz.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

O presente capítulo apresenta uma discussão acerca dos sistemas processuais penais, e para isso é imperioso pontuar acerca de como o processo penal instituiu-se na sociedade, em virtude das questões de poder que circundavam a organização estatal, o de que delineou a necessidade da criação de ações punitivas notórias no escopo social. Conforme escreveu Priscila Flávia Teixeira (2016, p. 7):

Em sua origem histórica, o processo penal teve seu início na busca de interesses através do poder-dever do Estado de regular as relações entre seus indivíduos, e, a todos aqueles que transgredissem a ordem, ditava-se punições. Porém, a simples prática da infração penal não autorizava a

aplicação da punição diretamente pelo Estado, assim necessitando de um processo para averiguação de tal ato. O jus puniendi do Estado se materializa com o processo, onde limita e cria barreiras em seu poder de punir e perseguir. (TEIXEIRA, 2016, p. 7)

Deste modo o Estado é considerado como o poder máximo para punir ou não determinada pessoa mediante seus atos. Portanto, o processo é considerado um instrumento, que desassociado à pena passa a ser ineficaz, o que delineou a necessidade de arraigar processo e pena.

Sendo assim, os sistemas processuais penais dividem-se em dois segmentos: o inquisitório e o acusatório. Ademais, a doutrina pregoa a existência de um terceiro modelo: o misto. Assim, destaca-se o trecho explicativo de Priscila Flávia Teixeira (2016, p. 7):

A priori, são conhecidos dois tipos de sistemas processuais penais – o inquisitório e o acusatório – porém, parte da doutrina defende um terceiro sistema, o qual compreende em uma mescla de características dos dois primeiros e que, por tal razão, denomina-se “sistema misto ou acusatório formal”. (TEIXEIRA, 2016, p. 7)

É importante adentrar no âmago dos três modelos, e assim entendê-los mediante o ordenamento jurídico brasileiro, e sua importância na consolidação do processo penal. Cada sistema possui sua especificidade, e, portanto, se consolida no cenário jurídico e conseqüentemente no Direito Penal.

Vale destacar que “Entre os sistemas processuais penais existem muitas distinções, algumas em destaque que denominamos de diferenças primárias. Outras, chamamos de diferenças secundárias, pois não estão relacionadas como essenciais, e, de certa forma, são segmentos das bases primárias” (MOREIRA; CAMARGO, 2017, p. 312). Deste modo, o âmago de cada sistema pressupõe relevância notória, principalmente no que concerne a aplicabilidade do controle e punição quando necessário.

2.1 Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo, também chamado inquisitório “O sistema inquisitório surgiu a partir dos regimes monárquicos nos séculos XVI, XVII e XVIII, ganhando força com a grande influência exercida pela Igreja Católica. Tal sistema transformou-se

em um marco da intolerância” (TEIXEIRA, 2016, p. 9). Sendo assim, é notório que o referido sistema possuía formas exacerbadas de se fazer valer as normas sociais, principalmente no que concerne à forma que a igreja católica agia no passado, demonstrando seu poder das formas mais imprevisíveis de punição possíveis.

Um ponto a ser destacado é que o sistema inquisitivo sofreu um marco no Processo Penal Canônico, devido a forma de ser aplicado, principalmente no que tange à possibilidade da realização de tortura, sem direito de dar voz ao acusado. Destaca-se o trecho complementar de MOREIRA e CAMARGO (2017, p.113):

O que sacramentou o sistema processual inquisitivo foi a união de poderes conferidos ao juiz que julgava, colhia provas, acusava e aplicava a pena. A tortura foi legalizada para se extrair a confissão do réu. Não existiam garantias ao acusado, a defesa, por exemplo, não era permitida. O processo era secreto e a confissão era formadora de convencimento total e não havia condições mínimas de denúncia, tudo em nome de Deus e da verdade real. (MOREIRA; CAMARGO, 2017, p. 113)

O sistema inquisitivo mostrou-se como uma forma de explicitar o poder total dos órgãos estatais, no caso a igreja católica, e suas formas de contensão mostravam-se como abruptas para a sociedade, mas aceitáveis de uma forma que a temeridade se sobrepunha aos atos considerados por tal instituição como ilícitos.

Além disso, o sistema inquisitivo possui características específicas que nos colocam diante da premissa que o mesmo funciona mediante a gestão de provas, que deve ser realizada de forma secreta e com análises sucintas, a fim de gerar um parecer acerca do contexto situacional em que o caso se originou. Vejamos o que escreve COUTINHO, (2001, p.24):

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo não contidos na “acusação” – da dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases’. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu enalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato. (COUTINHO, 2001, p. 24)

Perante o exposto, é notório que o trabalho no sistema inquisitório requer uma atenção minuciosa acerca dos pressupostos que incidem na análise realizada pelo juiz,

que ocorre de maneira sucinta e condizente com todas as provas que estão dispostas em seu poderio. Outrossim, o fato é algo que deve ser minimamente analisado neste cenário.

No sistema inquisitivo é o juiz quem detém a reunião das funções de acusar, julgar e defender o investigado que se restringe à mero objeto do processo. A ideia fundante deste sistema é: O julgador é o gestor das provas, o juiz é quem produz e conduz as provas.

No entanto, é sabido que a interpretação do juiz é algo valoroso perante o sistema inquisitório, o que também repercute na questão do corrompimento da imparcialidade do juiz, que irá analisar determinado caso mediante sua interpretação do que lhe é exposto.

[...] o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições, pois, embora integrado por preceitos que visam a descoberta da verdade real, oferece poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por serem psicologicamente incompatíveis a função do julgamento objetivo com a função da perseguição criminal. Enquanto na sistemática acusatória, há uma verificação de pretensão das partes, na inquisitiva, existe tão só um exame de presunção do juiz. De efeito, enquanto que no procedimento acusatório se prima pelo actium trium personarum, ou seja, pela tripartição efetiva das três funções processuais (acusar, defender e julgar), no processo inquisitivo a investigação unilateral da verdade a tudo se antepõe. Atribuindo ao juiz a função de formular a acusação e ao mesmo tempo perquirir a prova, passou a formar-se em verdade uma relação processual linear, entre o juiz e o réu, constituindo este, então, mero objeto de investigação, sem direito algum no plano processual. (LAGO, 2015, p. 50)

Deste modo, é imperioso pontuar que o sistema inquisitório é um componente passível de análise para o Direito Processual Penal, se delineando como uma forma válida de análise do processo penal, porém com questões que se distanciam do cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.

2.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório caracteriza-se pela separação das funções de acusar, julgar, defender. O juiz é imparcial e as provas não possuem valor pré-estabelecido, podendo o juiz apreciá-las de acordo com a sua livre convicção, desde que fundamentada.

É sabido que “O Sistema Acusatório tem como forma um modelo garantista, o Estado figura-se como garantidor de direitos fundamentais dos cidadãos” (TEIXEIRA,

2016, p. 8). Nesta premissa, os direitos e deveres dos cidadãos são levados em consideração, principalmente no que tange a análise sucinta dos casos, do contexto que aconteceu, garantindo direito de voz ao acusado, e conseqüentemente a imparcialidade do julgador.

Neste cenário o juiz mostra-se mediante um caráter diferenciador, pois o mesmo analisa as duas partes envolvidas no processo penal, a parte que acusa e a parte que defende, agindo de maneira imparcial, o que repercute em preponderância no cenário em que ocorre o julgamento. Como escreve Priscila Flávia Teixeira (2016, p. 8):

O juiz, no sistema acusatório, tem em sua atuação, uma característica superimportante a fim de caracterizar e diferenciar esse modelo dos demais. O juiz se apresenta como um autêntico julgador supra partes, onde após conhecer as razões de quem acusa e a defesa de quem é acusado, faz seu juízo de valor e decide como um árbitro. A atuação do juiz é pautada na imparcialidade, garantido estabilidade nas relações e equilíbrio na decisão. Dessa forma, apresenta-se como um sistema garantidor dos direitos de ambas as partes ligadas ao gravame. Sendo assim, um sistema intimamente ligado ao pleno exercício da democracia. (TEIXEIRA, 2016, p. 8)

Portanto, o sistema acusatório está estritamente ligado às questões democráticas, pois o juiz analisará as duas partes, não deixando de lado o direito de nenhuma das partes. O princípio da imparcialidade é um pressuposto central desse sistema, o que o diferencia do inquisitório, que age mais em um caráter parcial. O réu, portanto, passava a ser ouvido e entendido mediante todo o processo no qual está inserido, bem como o acusador.

Além disso, os direitos do acusado, assim como qualquer cidadão, são estabelecidos preponderantemente, e o juiz deve dar vez e voz a ambas as partes, o que requer do mesmo bom senso em detrimento do processo, e devido isso o mesmo deve estar sem conexões com o réu e o acusador. Destaca-se a seguinte premissa:

A prova compete às partes, assim como a iniciativa probatória é do autor e do réu (gestão das provas); a reconstrução dos fatos é realizada mediante contraditório, onde a acusação e a defesa se contrapõem em igualdade de condições perante um juiz imparcial. Ganha evidência, no sistema acusatório, a ideia do processo como actum trium personarum, estando o juiz equidistante das partes e não podendo ele dar início a perseguições penais ou processos. A titularidade da ação é atribuída a outra pessoa ou agente do Estado, não sendo dado ao juiz iniciar o processo (ne procedat iudex ex officio). O acusado assume posição como sujeito de direitos, não é um mero objeto e passa a ter influência na marcha e no conteúdo do processo, por ele (réu) passando, necessariamente, a reconstrução probatória dos fatos. Por esse sistema – onde predomina a publicidade (viabilizando a fiscalização da

sociedade), a igualdade de direitos e obrigações entre as partes –, o réu é inicialmente tomado como inocente (estado de inocência), exigindo-se uma acusação certa (por pessoa outra que não o julgador), que lhe viabilize defesa, e em relação à qual poderá exercer contraditório e produzir provas, numa forma dialética e dentro de um processo que será julgado por um juiz imparcial. A oralidade também é uma característica muito presente. (TAVARES, 2015, p. 71)

Diante disso, é possível compreender que o sistema acusatório possui diferenças notórias do inquisitório, tendo em vista que os mesmos agem por perspectivas diferentes. Ademais, o diálogo é predominante no sistema acusatório, isto é, o juiz também será um ouvinte, e o modelo punitivo não é colocado como principal pressuposto neste cenário, mas sim o entendimento da situação em questão.

Ademais, os direitos humanos também são levados em consideração neste sistema penal, onde é buscado prioritariamente que o indivíduo receba uma punição que no futuro culmine em sua ressocialização, na recuperação do indivíduo para que não volte a cometer a infração. MOREIRA e CAMARGO discorrem sobre as características do sistema em questão (2017, p. 101):

No sistema acusatório, a justificativa da pena é a de retribuição, proporcional e humana, seguida da justificativa de recuperação do indivíduo. As penas desumanas para o Estado brasileiro são aquelas vedadas pela constituição, ou seja, as de trabalho forçado, a pena de morte, a pena de tortura, a pena de banimento e as penas perpétuas. A recuperação é vista como possível, porque o condenado, depois de cumprir a pena, volta para a sociedade. A retribuição é proporcional, pela gravidade do delito, atribuindo-se penas previstas por lei como as penas privativas de liberdade. No Sistema Inquisitivo não há limitação para os tipos de penas aplicáveis e pelo seu tempo de duração. A última diferença secundária é a respeito das prisões pré-condenatórias. No Sistema Acusatório, que tem como orientador o princípio da presunção de inocência, somente quando houver presente algum dos requisitos autorizativos e excepcionais é que o juiz deverá decretar a prisão cautelar (preventiva ou temporária). O outro modo de prisão pré-condenatória no Sistema Acusatório é a prisão em flagrante que só deverá ser mantida quando necessária, por medo de fuga ou para assegurar a instrução penal. (MOREIRA; CAMARGO, 2017, p. 101)

Neste viés, é importante destacar que a presunção da inocência é algo existente no sistema acusatório, o que nos remete à famosa frase de que ninguém é culpado até que se prove o contrário, contudo a questão da prisão em flagrante continua vigente nesse sistema, bem como o seguimento dos pressupostos penais vigentes, consoantes aos direitos e deveres dos cidadãos.

2.3 Sistema Misto

O sistema misto também é chamado acusatório formal, que surgiu depois do sistema inquisitório, onde o mesmo é oriundo dos pressupostos do sistema acusatório privado romano e do sistema inquisitivo advindo do direito canônico, além dos ideais relacionados ao absolutismo. Nesta premissa, é importante ressaltar que o nome misto nada mais é que a conceituação das influências de dois sistemas processuais penais, isto é, o meio termo, uma forma de se analisar um caso mediante dois sistemas que foram incisivos no período o qual foram criados.

O modelo misto foi galgando espaço na sociedade por explicitar questões filosóficas inquisitórias, onde dividiu-se em duas fases: a investigativa e a processual, cada uma se mostrando fiel aos preceitos constitucionais vigentes, e ampliando-se diante das influências que se correlacionam a dois sistemas processuais penais. Destaca-se o texto de Priscila Flávia Teixeira (2016, p. 11):

Tal regime pode ser dividido em duas fases (fase investigatória e fase processual), estruturou-se no sistema inquisitório absolutista, mantendo a filosofia inquisitória a fim de instrução preparatória, sendo realizada por um juiz de instrução, e de outro âmbito, insere a audiência de julgamento, na qual a matéria de fato era decidida por um júri, contemplando características essenciais de um sistema acusatório. Ocorreu, ainda, uma separação que instituiu de um lado aquele que acusa e de outro que julga. Aquele sendo atribuído ao Ministério Público, como representante da sociedade, e o segundo, destinado ao juiz. (TEIXEIRA, 2016, p. 11)

Partindo desse pressuposto é notório que a presença do juiz ficou demarcada em fases no modelo misto, onde torna-se necessária a participação de um juiz de instrução, e, além disso, há uma organização no que concernem as audiências. Deste modo, o modelo misto passou a criar uma esfera organizacional nas audiências, onde foram separadas as instâncias que acusam e os que julgam, ou seja, o juiz será um mediador das audiências, apresentando seu veredicto baseado no que lhe é exposto, através de provas, na audiência.

É sabido que o sistema misto compreende a circunstância de que não se pode utilizar um sistema inquisitivo puro ou sistema acusatório puro, é preciso a existência de um limítrofe neste cenário. A partir disso, alguns países resolveram adotar tal sistema como principal modelo de processo penal. Vejamos:

Sob as regras do sistema misto, o processo, tal como no inquisitivo, desenvolvia-se em três fases: - a investigação preliminar (de la policie judiciaire), dando lugar aos proces verbaux; - a instrução preparatória (instruction préparatoire); - fase do julgamento (jugement). Todavia, enquanto no processo inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do juiz, no processo misto somente as duas primeiras etapas é que eram e continuaram secretas e não - contraditórias. No julgamento, o processo se desenvolve oralmente e com observância à publicidade dos atos processuais, ficando as funções de acusar, defender e julgar em mãos de pessoas distintas. É constituído, pois, de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução preparatório) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento). Atualmente, o sistema misto, como adotado em alguns países da Europa e até mesmo da América Latina (Venezuela), continua com a mesma característica estrutural originária, combinando elementos acusatórios e inquisitórios em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual que o adota, se subdividindo em duas orientações, em vista da predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão, de acordo com o que anota Carlos Rubianes. (LAGO, 2015, p. 60)

A partir das ideias transpostas acima, é possível compreender que o sistema misto adotou a aplicação do Juizado de Instrução, que é uma fase persecutória preliminar que possui o objetivo de compreender como se constituiu o fato que levou determinado indivíduo ao julgo. Destarte, é imperioso pontuar que são delegadas diversas funções para que todo o processo penal torne propícia o exercício da justiça, onde todas as provas serão colhidas por tal juiz.

Neste viés, muito se tem discutido acerca da inserção de tal modelo no Brasil, o que até o momento tem sido visto como inviável, devido ao cenário jurídico brasileiro e as situações nas quais o processo penal deve ser aplicado, além da extensão territorial do país e outros fatores que se urdimenta para a inaplicação de tal modelo. Assim, o modelo misto se restringe aos países citados à priori, o que se torna adequado para a realidades dos mesmos.

2.4 O Sistema Adotado no Brasil e suas Garantias Fundamentais

O atual Código de Processo Penal – CPP, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, editado e promulgado sob a vigência, à época da Constituição de 1937, que foi outorgada com características antidemocráticas, apelidada de “a polaca”, uma referência à carta magna da Polônia, que naquele período vivia sob o regime ditatorial semifascista, sem esquecer a forte influência das constituições autoritárias da Alemanha, Itália e Portugal.

Em virtude do Código de Processo Penal ter sido promulgado sob a égide de uma Constituição antidemocrática, período em que o Executivo Nacional se fortaleceu com o federalismo, Estados sem autonomia, poderes Legislativo e Judiciário enfraquecidos, direitos individuais diminuídos e extintos os partidos políticos, o Código de Processo Penal mostra-se ultrapassado e antidemocrático.

O Sistema Processual Penal era puramente inquisitivo, contudo, a partir da Constituição Federal de 1988, adotou-se uma nova forma de se julgar os réus mediante os delitos cometidos, isto é “O novo texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, exigindo que o processo não fosse mais conduzido como instrumento da aplicação da lei penal, mas muito, além disso, que se transformasse em um instrumento de garantia dos direitos constitucionais perante o Estado” (TEIXEIRA, 2016, p. 98). Portanto, os ideais constitucionais preconizaram que os direitos estabelecidos pela Carta Magna estavam acima de tudo e deveriam ser levados em consideração.

Há muito o que se discutir sobre o sistema adotado no Brasil, mas na visão jurisprudencial vigora a ideia de um sistema acusatório, em face que a acusação é responsabilidade do ministério público, e conseqüentemente abrem-se lacunas que possam gerar compreensão das explicações do réu, mediante uma imparcialidade do juiz. Vejamos o trecho complementar:

Para os que apontam que o modelo do sistema processual penal brasileiro é o acusatório, os principais argumentos levam em consideração a vigente Constituição Federal de 1988. Nela, são trazidos os princípios característicos do sistema acusatório. Dentre eles, podemos citar como exemplos o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º inciso LIV; o princípio do contraditório juntamente com o da ampla defesa, no artigo 5º inciso LV; e, por fim, o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º inciso LVII. Existem, ainda, outros princípios previstos na Carta Magna que nos remetem a um sistema acusatório. Rebatendo os argumentos dos que dizem que, ao contrário da Lei Maior, o Código de Processo Penal adota um sistema inquisitorial, os adeptos da teoria de que o sistema é acusatório dizem que as “normas inquisitoriais” devem ser consideradas inconstitucionais ou serem, ao menos, interpretadas em conformidade com o que dispõe a Carta Magna. Para os que dizem que o sistema adotado é o inquisitorial, os principais argumentos surgem da leitura do

Código de Processo Penal, que é datado de 1941, anterior à promulgação da Constituição Federal vigente, pois nele estão contidas regras que são típicas do modelo inquisitório. (COSTA; RUSSI, 2018, p. 181)

Alguns defendem um sistema inquisitório, outros defendem um sistema acusatório, porém mediante os preceitos constitucionais tem-se em mente que o sistema processual penal brasileiro é fixado em um viés acusatório, isto é, os artigos constitucionais convergem para um viés acusatório, onde o juiz deve agir com imparcialidade e o réu possuir o direito de apresentar sua defesa perante seu julgamento.

2.4.1 Imparcialidade do Julgador

É sabido que o princípio da imparcialidade tem sua base para que a relação processual se instaure de forma válida, pois surge mediante a necessidade do ser humano acreditar que passará por um julgamento justo e em nível de igualdade com a outra parte. Deste modo, este princípio é muito discorrido no ordenamento jurídico brasileiro, pois para eles a imparcialidade é um sinônimo de justiça.

Um juiz imparcial é a garantia para a população de que haverá igualdade entre as partes, a partir do momento em que se delineia um juiz parcial é possível se criar uma esfera de conflitos que podem culminar em maiores problemas em um cenário em que era pra haver resolutividade.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Deste modo, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial, e o Estado, em contrapartida ao fato de ter reservado para si o exercício da função jurisdicional, tem o dever de agir com imparcialidade na solução de causas que lhe são submetidas. O julgador imparcial deve ser entendido como aquele que julga preocupado com o resultado do processo, sempre buscando que nele ocorra a realização da justiça, adotando uma postura equidistante das partes e não julgando a causa em interesse próprio. Deste modo, garantirá que o processo seja efetivo meio de pacificação social, servindo como “legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais. (PONTES, 2007, p. 25)

A importância da imparcialidade do juiz, onde o mesmo deve mostrar-se preocupado com o resultado e não apenas em condenar sem saber o contexto situacional em que estão inseridas as partes constituintes do julgamento. Um juiz imparcial

pressupõe segurança, igualdade entre as partes e suscitação da Constituição Federal Brasileira, a qual deve ser seguida mediante cada pressuposto que a constitui.

Dessa forma “A imparcialidade do juiz, por sua tamanha importância frente a um julgamento “justo”, aparece na Declaração Universal dos Direitos do Homem” (PONTES, 2007, p. 25). Neste viés, o ser humano tem por direito um julgamento digno e condizente com as necessidades sociais e os direitos igualitários tão discorridos no cenário social.

2.4.2 Da ampla defesa e do contraditório

Mediante a Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, inciso LV, surgem os princípios da ampla defesa e do contraditório, que não se limitam apenas ao processo penal, mas também a diversos ramos do direito que são de suma importância para se compreender como é constituído cada um desses princípios.

Ambos estão ligados, tendo em vista que a defesa busca garantir o contraditório no processo penal, o que faz relacionar a defesa e o contraditório, de uma maneira que é colocada em questão a possibilidade do réu ser inocente, isto é, o mesmo pode mostrar, através de provas cabíveis e julgadas de maneira imparcial pelo juiz. Vejamos:

[...] o contraditório e ampla defesa possuem conceitos distintos, até mesmo porque se pode admitir a existência de direito de defesa, sem, no entanto, existir o contraditório. De forma sucinta e direta, em uma tentativa de diferenciação dos mesmos, ampla defesa, entende-se o direito dado ao indivíduo de trazer ao processo todos os elementos de prova licitamente obtidos, ou até omitir-se, calar-se, para evitar sua autoincriminação. (TEIXEIRA, 2016, p. 19)

Deste modo, é imperioso pontuar que a ampla defesa possibilita que ambas as partes sejam ouvidas e que mesmo diante de um viés acusatório o réu tem o direito de apresentar provas de que é inocente, diante do processo a qual está respondendo, a partir disso o processo penal no ordenamento jurídico brasileiro valida-se.

3. O JUIZ DAS GARANTIAS

Neste capítulo serão explicitados pressupostos acerca do conceito de Juiz das Garantias e suas especificidades. Deste modo, é imperioso pontuar que tal Juiz foi incluído no Processo Penal mediante a promulgação da Lei nº 13.964/2019, o que

desvelou uma gama de opiniões diferenciadas por parte dos operadores do Direito no Brasil.

A partir das diversas opiniões, o meio jurídico dividiu-se entre aqueles que foram contra e os que foram favoráveis à inserção do Juiz das Garantias, tendo em vista a forma que foi incorporado, onde para alguns estudiosos do direito a implementação de tal juiz fora concebida como algo inconstitucional.

A inclusão do denominado juiz das garantias no Código de Processo Penal (arts. 3º-A ao 3º-F), a partir da promulgação da Lei nº 13.964, em 24 de dezembro de 2019, foi recebida com diferentes reações pela comunidade jurídica. De um lado, o instituto foi celebrado, atendendo a uma antiga reivindicação de parcela da doutrina, baseada, inclusive, em estudos de direito comparado, de convencionalidade e de tratados, e, por outro, foi rechaçado, com clamores de inconstitucionalidade e de dificuldades na sua implementação. Em tempos de questionamento acerca da imparcialidade dos juízes na condução de processos criminais, principalmente após o vazamento de informações relacionadas à Operação Lava Jato pelo “The Intercept Brasil”, é necessário debater a importância da implementação do juiz das garantias no País. Não é novidade que a Constituição Federal tenha institucionalizado o sistema acusatório, mas a quantidade significativa de juristas e de profissionais do Direito que rejeitam as exigências de evolução democrática do processo penal demonstra a relevância de se trazer o tema para debate. (STRECK; ZANCHET, 2021, p. 753)

Neste cenário a questão da imparcialidade é muito debatida, devido a importância da existência de um juiz que analise os casos mediante os pressupostos existentes nos autos, e não suas ideologias, pois estas podem pôr à prova a idoneidade de determinado processo e dos julgadores.

O ano de 2019 fora marcado por mudanças notórias ocorridas no Código de Processo Penal (CPP) e no Código Penal (CP), onde através da Lei 13.964/2019, diversas mudanças ocorreram em prol da reorganização dos processos investigatórios, sendo uma delas a mudança no transcorrer de processos que eram iniciados por alguns magistrados que atuavam nas funções de garantias e julgamentos, onde estes não poderão mais julgar ações penais em que tenham atuado na fase preliminar. Tal decisão está disposta no art. 3º - D da referida Lei (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020).

Neste cenário, muitas opiniões foram contrárias, chegando até a muitos operadores do direito a questionarem a decisão. No entanto, vale destacar que o intuito de tais mudanças converge na busca por ações democráticas e imparciais ao processo investigatório. Neste panorama, outro ponto a ser destacado está disposto no art. 3º - A, que delinea que o processo será estruturado mediante a premissa acusatória, onde será

vedada a iniciativa do Juiz em fase de investigação e a substituição do mesmo no processo acusatório (BRASIL, 2019). Sendo assim, na fase de investigação e recebimento da acusação, o Juiz das Garantias atuará e no julgamento será substituído pelo Juiz de Julgamentos, que conseqüentemente não receberá, e não será influenciado pelo que foi produzido à priori, pois terá acesso apenas às provas irrepetíveis, as medidas tomadas para obtenção das mesmas e antecipação se necessário (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020).

Para alguns estudiosos do Direito, o Juiz das garantias no Brasil surgiu com o intuito de fortalecer o sistema acusatório puro, tendo em vista que o acusado receberá maior garantia de seus direitos, colocando o processo investigatório como uma possibilidade de sempre buscar evidências que culminem na ausência de culpabilidade, seguindo por um julgamento imparcial, e conseqüentemente o cumprimento do devido processo legal (ANDRADE, 2021).

As discussões acerca do Juiz das Garantias, que devido isso o Ministro Luiz Fux chegou a suspender por tempo indeterminado a eficácia dos artigos 3º - A ao 3º - F do Pacote Anticrime, onde o mesmo alegava questões inconstitucionais presentes na atuação do referido Juiz. A partir disso, os artigos foram submetidos ao referendo do plenário da corte suprema, com o intuito de uma maior análise acerca dos pressupostos que incidem na atuação do Juiz das Garantias (FERREIRA; RABELO, 2021).

3.1 Conceito

A discussão acerca dos Juízes das Garantias foi contemplada desde o projeto de Lei nº 156/2009. Neste viés a discussão acerca dos mesmos já era uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, que ganhou notoriedade com a criação do pacote Anticrime, elaborado na gestão do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Portanto, este Juiz foi estabelecido primordialmente através de Lei nº 13.964/2019, que discorre através dos seus artigos 3º - A ao 3º - F as especificidades deste juiz em determinados casos que denotam a necessidade da intervenção do Poder Judiciário.

Diante dessa nova realidade, consolida-se a condição do acusado como sujeito do processo penal, titular de direitos e garantias que devem ser tutelados pelo Poder Judiciário, bem como firma-se o papel do magistrado, restrito à observância da legalidade da atividade investigatória, o que

representa avanço crucial para a consolidação do modelo acusatório. (CNJ, 2020, p. 14)

Sendo assim, o Juiz das Garantias surgiu mediante esta necessidade de tutelar ao poder judiciário o processo acusatório, enfatizando o papel do Juiz que atuará a partir do pressuposto da imparcialidade, que deve ser efetiva, denotando às questões que convergem ao significado primordial da palavra justiça.

É importante ressaltar que “[...] o juiz das garantias tem sua competência limitada à fase de investigação, sendo impedido de atuar na fase processual” (SILVA, 2012, p. 64). E é este fator que permeia a questão da imparcialidade, pois a partir do momento que o Juiz adentra na parte processual, o seu veredicto se delineará perante o que estudara no processo investigatório.

Evidencia-se, assim, que há três principais argumentos para justificar e motivar a implementação do juiz das garantias no Brasil: adequação da figura do juiz à estrutura acusatória proposta pelo Código, manutenção da imparcialidade do juiz da causa com o seu distanciamento dos elementos colhidos na investigação e otimização da atuação jurisdicional criminal. (SILVA, 2012, p. 66)

Neste viés, é imperioso pontuar que o Juiz das Garantias, apesar de dividir opiniões, possui relevância notória no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando o âmago de suas questões repercute em justiça, igualdade e o seguimento dos princípios constitucionais.

Vale destacar que a necessidade do Juiz das Garantias ocorre mediante uma análise do poder de polícia e do Ministério Público, que, em determinadas situações do processo investigatório, necessita da intervenção de um juiz, com o intuito de que o mesmo haja em consonância com a necessidade de tutelar os direitos fundamentais daqueles que estão sendo investigados. Outrossim, é imperioso pontuar que este juiz, não poderá atuar no processo de veredicto final do processo.

3.2 Juiz das Garantias no Mundo

É importante ressaltar que o Juiz das Garantias não existe apenas no Brasil, mas em outros países, inclusive o mesmo fora instituído pela primeira vez na Alemanha, contudo recebia outra denominação, que traduzida para o português seria ‘Juiz da Investigação’. Pontua-se a seguir que:

O instituto do juiz de garantias existe em várias partes do mundo, a Alemanha foi o primeiro país a adotar um instituto semelhante o chamado juiz da investigação (*der Ermittlungsrichter*) do Código Processual Penal alemão (StPO, §§ 162 e 169) em 1974, após a criação de tal instituto na Alemanha outros países da Europa também implantaram institutos semelhantes em seus ordenamentos jurídicos criminais, como Portugal que criou em 1987 juiz de instrução criminal (JIC), a Itália em 1988 o “*giudice per le indagini preliminari*” (GIP) e posteriormente a França em 2000 do “*juge des libertés et de la détention*” (JLD), assim fortalecendo o sistema acusatório desta forma outros países europeus passaram a implantar tal instituto. (LOPES, 2021, s/p)

Neste panorama, compreende-se que a Alemanha, ao introduzir o Juiz da Investigação, fez com que toda a Europa aderisse tal figura no processo investigatório, levando em consideração que o mesmo desvela importância nos cenários que é inserido, principalmente no que concerne a celeridade do processo investigativo.

O juiz da Investigação em território alemão atua na fase inicial da investigação, pois o mesmo adentra no âmago das questões que repercutem em uma investigação sucinta. Compreende-se, portanto, que a instituição de tal juiz é algo que permeia uma considerável parte do mundo.

Na Alemanha o juiz de investigação ou "Ermittlungsrichter", é o magistrado que na fase preliminar do processo terá a competência para tomar as decisões, que poderá afetar os direitos fundamentais dos investigados, assim o juiz investigador também terá a função não só de controlar todas as atividades que possam macular os direitos fundamentais dos investigados como também fiscalizar os demais órgãos de investigação. (LOPES, 2021, s/p)

Assim como a Alemanha, Portugal também aderiu ao Juiz da Investigação/Garantias, o que será discutido posteriormente, na América Latina, especificamente na década de 90, o Juiz das Garantias foi instituído acarretando em reformas nos processos penais dos países que aderiram o referido Juiz.

Na Argentina, o Juiz das Garantias, fora introduzido no ano de 1991, de maneira gradativa e apresentando semelhanças com o Brasil, principalmente no que tange a atuação exclusiva do Juiz das Garantias no processo de investigação.

Em se falando de América Latina, ao longo dos anos 1990, a maioria dos países adotaram o “*juez de garantías*”, países como o Chile, Paraguai e Argentina fizeram reformas em seu processo penal visando a alteração de modelo inquisitivo para o modelo acusatório adotando assim figuras semelhantes ao nosso o juiz das garantias. Na Argentina o instituto do “*juez*

de las garantías" passou a ser implantado em 1991 de forma gradual e ainda não está totalmente implantado, em províncias que já existe o instituto funciona de forma semelhante ao nosso instituto, a única diferença é que o "*juéz de las garantías*" não recebem a denúncia como o nosso instituto, visto que quando a investigação termina, os promotores do Ministério Público os chamados "fiscales" que enviam a denúncia à Justiça, e então ele sai de cena e não participa do processo, e outros juízes decidem se irão receber a denúncia da acusação e irão julgar caso o processo se inicie. (LOPES, 2021, s/p)

Neste sentido, é importante ressaltar que apesar das semelhanças existentes entre Brasil e Argentina na aplicação do Juiz das Garantias, neste último país há uma diferença no que concerne as etapas do processo investigativo, principalmente por que na Argentina é que o Juiz das Garantias não recebe diretamente a denúncia como no Brasil.

Outro país que utiliza o Juiz das Garantias é a França, lá o mesmo recebe a denominação de 'Le juge des libertés et de la détention', que traduzindo é chamado Juiz das Liberdades e Detenção, onde fora instituído no ano de 2000.

O mesmo instituto do Juiz de Garantias também já é utilizado em outros países ao redor do mundo como na França, que é conhecido como juiz das liberdades e da detenção (em francês, Le juge des libertés et de la détention, ou JLD), e ele é utilizado desde 2000. O mesmo foi introduzido pela lei de presunção de inocência de 15 de junho de 2000, O Código de Processo Penal define as regras de sua nomeação: O juiz das liberdades e da detenção é um juiz de direito em posição de presidente, primeiro vice-presidente ou vice-presidente. É designado pelo presidente do tribunal de primeiro grau (tribunal de grand instance). (SANTOS, 2021, p. 10)

O Juiz das Liberdades e Detenção possui atribuições que lhe desvela grande respaldo, onde o mesmo durante a fase de inquérito, decide sobre prisão provisória, liberdade provisória, prisão domiciliar e monitoramento eletrônico; além de determinar a indisponibilidade de bens em casos de crime organizado, ordenar a internação psiquiátrica compulsória de uma pessoa investigada, bem como determinar sua liberdade.

3.2.1 Direito Português

Em Portugal a implementação do Juiz das Garantias ocorreu no ano de 1987, onde o mesmo exerce toda a função jurisdicional. Neste cenário, é notório que a presença deste tipo de juiz possui especificidades similares às do Brasil, porém com

avanços mais perceptíveis, tal como a metodologia utilizada no processo de busca e apreensão.

Em Portugal, a figura do juiz de garantias foi criada em 1987, na legislação lusitana o juiz das garantias exerce todas as funções jurisdicionais na fase de investigação, como quebra de sigilo de comunicações e dados fiscais, busca e apreensão, prisões provisórias e o recebimento da acusação, a partir desse ponto deixará de ser competente quanto a jurisdição e o caso são remetidos ao juiz que terá competência para julgar, assim como acontecerá no Brasil. (LOPES, 2021, s/p)

Partindo desse pressuposto compreende-se que o Juiz das Garantias no Direito Português ocorre mediante a premissa de que tal figura deve atuar apenas no processo investigatório, ficando a cargo de outro juiz a penalização mediante as provas coletadas durante a investigação.

É válido destacar que o Juiz das Garantias em Portugal é denominado Juiz da Instrução, que pelas suas designações serviu de inspiração para a instituição do Juiz das Garantias no Brasil. Assim, o Juiz de Instrução é designado a partir da ideia:

Pela leitura dos dispositivos resta evidente que o legislador brasileiro se inspirou no juiz da instrução português para implementar o juiz das garantias no Brasil, visto que as funções desempenhadas pelas figuras são bastante semelhantes. Apesar da inspiração, fato é que as atribuições do instituto aqui são bem mais amplas do que o da legislação portuguesa, mas a ideia é a mesma, separar o juiz que julgará o caso penal daquele que decidirá ainda na investigação preliminar, o que já foi demonstrado no tópico sobre a Teoria da Dissonância Cognitiva que isso constitui medida essencial para que possamos ter de fato um sistema acusatório e um juiz imparcial para instruir e julgar o feito. (OLIVEIRA, 2021, p. 44)

Deste modo, é importante ressaltar que no Brasil a instituição de tal juiz se locuciona de maneira mais ampla que em Portugal, porém ambos apresentam a mesma ideia central, principalmente no que tange às etapas do processo e a introdução do Juiz das Garantias nele. Outrossim, a imparcialidade do juiz é um prisma preponderante no referido cenário.

No Código Processual Penal Português, o Juiz de Instrução possui o poder de decidir os pressupostos de suas funções jurisdicionais até o momento do julgamento. Este juiz, assim como o brasileiro, poderá decidir sobre prisões ou medidas cautelares, bem como a concessão de autorização para busca e apreensões. Vejamos:

De acordo com o art. 17 do Código de Processo Penal português, compete ao juiz da instrução “proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento (...)”. Os atos e atribuições deste juiz estão previstos nos artigos 268 e 269 do diploma supracitado, as quais são muito similares ao do juiz de garantias brasileiro, o que inclui: decidir sobre prisão cautelas ou medidas cautelas, conceder autorização para buscas e apreensões, ter o preso levado à sua presença logo após a prisão, observar e garantir os direitos fundamentais do preso, tomar conhecimento da prova obtida, conceder autorização para interceptações telefônicas, quebra de sigilos bancário, fiscal, entre outros. A lei portuguesa prevê que só serão autorizadas medidas mais invasivas da investigação (como por exemplo, prisões provisórias, busca e apreensão, quebra de sigilo) se houver “graves indícios”. Mais uma forma de consolidação do garantismo penal. (ADÃO NETO; CARVALHO, 2020, p. 151)

O Juiz de Instrução no Direito Português é enfatizado sob o prisma que só terá autorização para medidas mais invasivas da investigação se existirem graves indícios que devam repercutir em busca e apreensão e quebra de sigilo. Tal ação é de suma importância para delinear a figura deste juiz no Direito Português.

Portanto, “Analisando as funções e atribuições do juiz de garantias português, fica claro que este tem a função de ser garantidor na fase pré-processual penal, ou seja, de controlar a legalidade da investigação criminal” (ADÃO NETO; CARVALHO, 2020, p. 151). Nesta premissa, é notório que o juiz de garantias/instrução português tem a incumbência de controlar a legalidade da investigação criminal, fazendo com que o processo penal ocorra a partir da transparência.

O Código de 1987 introduziu uma delimitação de funções entre o Ministério Público, o juiz de instrução e o juiz do julgamento, no decurso de todo o processo. O inquérito policial, termo escolhido pelo legislador português para designar a investigação criminal, está disciplinado no Título II, do Livro VI, Parte II de seu Código de Processo Penal de 1987. A direção do inquérito fica a cargo do Ministério Público, como órgão autônomo de administração da justiça, constitucionalmente incumbido do exercício da ação penal, nos termos do artigo 5395 desse codex, sendo este assistido pelos órgãos da Polícia Judiciária. Compete ao juiz de instrução “proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento”, nos termos do artigo 17 do Código de Processo Penal português. (SILVA, 2012, p. 50)

Deste modo, as etapas da investigação são definidas, o Juiz de Instrução possui papel proeminente em todo o inquérito policial, que é dirigido pelo Ministério Público, onde são separadas as funções do Juiz de Instrução e o que desvela o veredicto.

3.2.2 *Direito Chileno*

No direito chileno, o Juiz das Garantias surgiu como uma revolução na América Latina, pois no Chile “[...] houve a recriação do Ministério Público extinto no país no ano de 1920, assim abolindo o modelo processual inquisitorial e implantando o modelo acusatório” (LOPES, 2021, s/p). Assim, a figura de tal juiz mostrou-se como algo preponderante no Direito Chileno, principalmente no que tange a ideia de avanço.

Assim como o Brasil, o Chile também passou por um período nefasto de ditadura militar, que durou desde a deposição de Salvador Allende em 1973 até 1990. Durante o regime autoritário, o sistema inquisitorial serviu muito bem aos autocratas, mas com o reestabelecimento do regime democrático, era de rigor a reconstrução de seu sistema processual penal, de forma a adequá-lo aos interesses da sociedade civil que clamava por mais liberdade. Por isso, no ano de 2000 foi promulgado um novo Código de Processo Penal chileno em que se concretiza o sistema acusatório e insere a figura do juiz de garantia. (OLIVEIRA, 2021, p. 45)

É notório que devido ao período ditatorial chileno, o sistema inquisitório ainda perdurou por muitos anos, e apenas no ano 2000 o Chile passou por uma reforma, e neste período que fora instituído o Juiz das Garantias, mediante suas especificidades e importância para o processo de investigação, onde é possível atenuar o princípio da imparcialidade.

É sabido que o Processo Penal Chileno não é cem por cento similar ao brasileiro; contudo o Juiz das Garantias atua a partir da proteção dos direitos fundamentais, e estes são expostos a partir da realização da audiência de controle, que possui as mesmas etapas que a audiência de custódia brasileira.

Apesar do processo penal chileno guardar algumas diferenças substanciais em relação ao nosso, tem-se que a função do juiz das garantias é similar, eis que a ele incumbe à proteção dos direitos fundamentais na realização da audiência de controle e detenção (similar à nossa audiência de custódia); decide sobre medidas cautelares; defere a produção probatória e pode corrigir vícios formais da denúncia para então, submeter o Acusado ao julgamento no chamado “juízo oral” chileno. [...] é possível concluir com segurança que o modelo processual penal chileno adotado foi o acusatório adversarial, e a figura do juiz das garantias é imprescindível para a concretização desse modelo na medida em que fortalece a imparcialidade pela diminuição do contato do julgador da instrução com os autos inquisitivos da investigação preliminar. (OLIVEIRA, 2021)

Primordialmente, o sistema ditatorial chileno buscava apenas realizar uma reforma no sistema inquisitório, porém o mesmo migrou para o acusatório, onde a partir daí fora possível estabelecer o Juiz das Garantias, que atuou mediante uma forma de agir perante os preceitos da imparcialidade, e levando em consideração os direitos do cidadão, principalmente o de ser julgado de maneira imparcial.

Outro fator a ser pontuado é que a vítima passou a ser relevante no processo penal, principalmente no que concerne ao direito de voz sob julgo. Além disso, as ideias inquisitivas existentes no outro regime faziam com que o juiz agisse, também, mediante seus preceitos ideológicos. Assim, é importante ressaltar as especificidades da reforma processual chilena:

A partir da reconstrução democrática, impôs-se reformar o modelo processual e substituir o velho sistema inquisitivo por um outro mais consentâneo com um regime democrático: o sistema acusatório. A propósito, a doutrina processual penal percebeu a íntima associação entre o sistema inquisitivo e o autoritarismo, de um lado, e o sistema acusatório e a democracia, de outro. Adotou-se, assim, na reforma penal chilena, o princípio da lesividade e, com essa providência, foi possível recolocar o conflito primário como tema central, assegurando-se relevância à vítima no campo processual penal. A atividade jurisdicional assume uma certa passividade, uma vez que decide conflitos promovidos pelas partes, frente a qual mantém uma atitude imparcial. Nesse modelo, substitui-se o modo de aquisição do conhecimento acerca do caso penal: enquanto no sistema inquisitivo a aquisição de informações é gradual e progressiva desde o primeiro dia de investigação, ficando elas registradas por escrito no inquérito policial (quase sempre sigiloso) e na posterior ação penal, no acusatório o modo de aquisição é a audiência pública, oral e contraditória, momento em que o juiz toma conhecimento das provas produzidas diante de si. No novo modelo, a audiência assume o lugar da escritura e o juiz, a centralidade no controle e na legitimação da utilização dos métodos repressivos e na prolatação de decisões. Sempre que se pretender alguma decisão judicial, será numa audiência pública, oral e contraditória que ela será produzida. (CARVALHO; MILANEZ, 2015, p. 71)

Portanto, a reforma chilena e a instituição do Juiz das Garantias são consideradas um marco para aprimorar o processo investigatório, principalmente no que concerne à atribuição da culpa a um inocente; premissa que pode ser analisada em todos os contextos de inserção do Juiz das Garantias.

3.3 Controle Judicial da Investigação Preliminar

Tratar sobre a investigação preliminar é de grande importância para se conhecer o juiz das garantias, pois, esta etapa repercute diretamente no julgamento do acusado.

Deste modo, é válido destacar que a investigação preliminar envolve planejamento e decisões de grande importância para o inquérito, e todas as etapas devem ser concebidas pelo julgador como pontos primordiais.

Decidir sobre produção antecipada de provas, pedidos de interceptação telefônica, afastamento de sigilo fiscal, bancário; busca e apreensão domiciliar. Nada disso passa imune à cognição do julgador, que querendo, ou não, já vai formando uma imagem mental do acusado e acerca do delito. É exatamente por esse acúmulo de funções na mão do magistrado é que despontam questionamentos e críticas acerca da sua atuação, muitos são os argumentos apontando no sentido de que a imparcialidade do julgador está fulminada, a partir do momento em que ele toma uma decisão no curso da investigação preliminar. (OLIVEIRA, 2021, p. 48)

A partir da discussão explicitada compreende-se que as fases da investigação requerem que exista uma investigação preliminar, principalmente para a coleta antecipada de provas e uma possível análise. Diante disso, as atribuições do Juiz das Garantias, são colocadas à prova no que tange a imparcialidade, pois o acúmulo de informações repercute em um julgamento prévio, pondo em questionamento o ser ou não ser imparcial diante deste contexto situacional.

Partindo desse pressuposto o Juiz das Garantias, ao participar da investigação preliminar, deve analisar as informações gradativamente, e não como um fluxo de informações sem filtros, pois poderia comprometer sua análise. Ademais, é preciso que os mecanismos investigativos interajam de maneira a somar com o processo acusatório.

O Juiz das Garantias surge então como um novo paradigma no Direito Processual Brasileiro, eis que modificaria fortemente o funcionamento da dinâmica processual como conhecemos hoje, pois passaria a atuar no inquérito policial até o recebimento da denúncia, ocasião em que os autos seriam enviados ao julgador que será responsável pela instrução processual e, posteriormente, pela decisão de mérito. (OLIVEIRA, 2021, p. 50)

É de grande importância, portanto, que haja uma sistematização da investigação, os autos sejam compreendidos em sua totalidade, e juiz da garantia permaneça na ideia da imparcialidade, sem deixar de mudar os princípios para que sua figura é imposta e agir em consonância com os preceitos da Constituição Federal Brasileira e do Código Processual Penal.

4. JUIZ DE GARANTIAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL

A discussão acerca do Juiz de Garantias é de suma importância no ordenamento jurídico brasileiro, e sua relação com o sistema acusatório repercute de maneira considerável na interpretação acerca das ações do referido juiz. Partindo desse pressuposto, este capítulo mitigará uma reflexão acerca do Juiz de Garantias e o Sistema Acusatório no Brasil.

Deste modo, no Brasil vigora o modelo acusatório, sem margens de erros para outro, e neste viés o Juiz de Garantias atua neste cenário, como um partícipe no processo de investigação:

[...] a instituição de um de juiz de garantias no Brasil era uma exigência para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório. Ele será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. Trata-se, portanto, de um magistrado cujo âmbito de atuação é assegurar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão na fase de investigação criminal. (GARCIA, 2014, p. 5)

A ideia transposta salienta que o Juiz de Garantias é como se fosse um produto do sistema acusatório, que possuirá um relevante papel no processo investigatório, o que denota que o referido juiz é um componente que assegura direitos e garantias do cidadão perante o crivo investigatório que estará passando. Neste viés, a imparcialidade do Juiz de Garantias é indubitável.

É sabido que os direitos e deveres de um cidadão devem ser mantidos, e no processo investigatório não é diferente, onde o Juiz de Garantias atua em consonância com as necessidades de se manterem esses direitos garantidos:

[...] com poderes investigatórios e instrutórios e consagração da figura do juiz de garantias ou garantidor; no âmbito do processo, se manifesta em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos; traduz-se, por fim, em regras de tratamento do acusado, visto que a ingerência do processo penal se dá sobre um inocente. (GARCIA, 2014, p. 8)

O tratamento do acusado deve seguir regras específicas, principalmente em questões que o julgador ainda desconhece o grau de inocência do acusado. Estas regras são orientadas pela decisão judicial, o que culmina na participação preponderante do Juiz de Garantias associando-o de maneira notório ao sistema acusatório que é vigente no Brasil.

4.1 Aprovação no Pacote Anticrime

O pacote anticrime (Lei 13.964/2019) criado a partir da gestão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, Lei sancionada no dia 24 de dezembro de 2019, fazendo com que o ordenamento jurídico suscitasse alterações no Código Penal e no Processo Penal, através de novas regras em relação ao princípio do Juiz de Garantias, ao tribunal do júri, ao interrogatório, ao sistema de recursos e à execução penal.

Com relação ao Juiz de Garantias é preconizado que o mesmo aja de maneira imparcial, e que sua existência já fora algo discutido no passado e que mereceu enfoque no referido pacote:

O juiz de garantias, conhecido como juiz imparcial que irá atuar antes da instrução probatória, já era uma realidade discutida pelo ordenamento jurídico em tempos pretéritos. Muito embora seja considerado uma novidade no pacote Anticrime, de novidade pouco se tem. Isso porque o instituto já era previsto no projeto do Código de Processo Penal, já tendo sido aprovado (até a presente data!) no Senado Federal. O tema veio a lume com o projeto do Código de Processo Penal por constituir-se em realidade fática no cenário nacional. Surge para suprir uma demanda e prevenção à parcialidade do magistrado. Não vamos muito longe: Não houve mesas paralelas e o olhar superior do juiz, mas cadeiras laterais entre juizes e promotores de justiça no caso da operação lava jato, em que tais personagens seguiram, trocando, entre si, “figurinhas” dentro e fora do recinto. Para banir tais práticas tornou-se premente a figura do juiz de garantias. (BRIGAGÃO, 2020, s/p)

Neste viés, o juiz de garantias propiciou a materialização do princípio da isonomia, onde a igualdade entre os partícipes do processo investigatório deve ser primada, e o juiz de garantias deve agir de uma maneira que coloque como pressuposto inegável a garantia dos direitos do acusado, colocando o processo penal em um crivo imparcial.

É imperioso pontuar que este juiz atuará na audiência de custódia, isto é, o juiz de garantias repercute nas funções que no passado eram responsáveis pelo processo inquisitorial, onde o mesmo ao coletar provas deverá analisa-las de maneira imparcial. Além disso, o mesmo comporá o processo investigatório até o momento da fase de apresentação de resposta feita pela acusação:

O juiz de garantias vai ser o presidente da audiência de custódia. Tudo aquilo que era feito na fase inquisitorial veio para as mãos do juiz de garantias. O juiz de garantias vai atuar até a fase de apresentação de resposta à acusação. Quem rejeita ou recebe a denúncia é o juiz de garantias, determinando a citação do réu e resposta a acusação, verificando se é o caso de absolvição

sumária ou não. É dele e somente dele tal juízo de admissibilidade. Confirmado o recebimento da denúncia, os autos seguem para o juízo de instrução. E lá seguirá o seu curso com a figura de um juízo descontaminado dos elementos informativos obtidos na fase inquisitorial. (BRIGAGÃO, 2020, s/p)

Diante disso, o processo investigatório segue um processo norteado por etapas, onde na etapa inicial o juiz de garantias passa a receber ou rejeitar uma denúncia, bem como verificar se há a possibilidade de absolvição sumária ou não, seguindo um curso de investigação até chegar ao juiz de instrução.

Todas essas premissas foram salientadas no pacote anticrime que deixa claro a função do juiz de garantias e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento às necessidades de um processo investigativo.

4.2 Dificuldades de implantação e Adequação ao Ordenamento Jurídico

O juiz de garantias adveio da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime), onde o mesmo cuidaria majoritariamente do processo investigatório, a fim de que o mesmo não fosse corrompido por opiniões prévias sem levar em consideração os direitos do cidadão, mesmo que na figura do acusado.

A palavra imparcialidade é discutida constantemente a partir da necessidade da realização de julgamentos que não incidam sob a perspectiva unilateral de outrem. Sendo assim, o princípio da imparcialidade fora colocado como premissa principal da atuação do Juiz das Garantias, em face que o mesmo não deve tender-se a nenhum dos lados (acusação e defesa) no processo acusatório (CNJ, 2020).

É importante ressaltar que a atuação do Juiz das Garantias é concomitante à necessidade de criar mecanismos protetivos para uma atuação imparcial do julgador, tendo em vista que o mesmo é impedido de contaminar-se com a atuação anterior. Deste modo, o referido juiz suscita no outro que atuará conseqüente a agir de uma maneira que não acarrete problemas de parcialidade ao processo investigatório (SANTOS, 2022).

Neste viés, o processo penal acusatório tem como principal característica a nítida separação entre juiz e as partes no decorrer de todo o processo, o que fica vedado atuação de ofício na gestão da prova, decretação de prisão de ofício, para garantia da real imparcialidade e efetivação do contraditório. Assim tornar-se-á um processo acusatório transparente e imparcial (OLIVEIRA; CARDOSO, 2020).

Ademais, é sabido que a imparcialidade do juiz está em uma conjuntura implícita na Constituição, em face que a Constituição Federal (1988) não previu o direito do Juiz imparcial. A partir disso, muitos estudiosos do direito, buscam suscitar os pontos positivos e negativos do Juiz das Garantias, principalmente mediante o quão realística a imparcialidade é (GARCIA, 2014).

Contudo, é perceptível que a atuação de juízes distintos no momento pré-processual e no processo propriamente dito é de suma importância para se manter a imparcialidade do magistrado, onde tal premissa é oriunda do sine qua non da atividade jurisdicional. Deste modo, é imperioso pontuar que há uma necessidade de tornar palpável a imparcialidade dos magistrados, a fim de não haverem prejuízos no processo investigatório (CNJ, 2020).

Além disso a questão democrática do Juiz das Garantias é de suma importância, tendo em vista que o respeito aos princípios constitucionais corrobora para um melhor entendimento acerca dos pressupostos que convergem à investigação, e conseqüentemente a sentença (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020).

A questão da imparcialidade é a mais debatida no que cerne ao juiz de garantias, principalmente quanto à sua viabilidade, e isso pode ser concebida como uma dificuldade ou até mesmo impedimento de sua atuação, pois é sabido que a partir do momento que o mesmo adentra no processo investigatório ele não pode atuar como juiz de instrução, devido as especificidades de cada um e a garantia de direito dos que encontram-se no contexto de investigação. A demais, existem outras dificuldades a ser pontuadas, como a extensão territorial brasileira:

A primeira que cabe mencionar é a dificuldade de implantação desse instituto em nosso país, dada a grande extensão territorial. O capítulo III da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Penal traz que além do distanciamento do juiz para com as partes, o juiz das garantias virá para otimizar a atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional. Alguns autores acreditam ser ineficaz essa especialização junto às comarcas de pequeno porte, podendo ocorrer justamente o oposto, qual seja, a negativa da otimização. Inúmeras são as comarcas providas de apenas uma vara judicial, por consequência, existindo apenas um único juiz. Há casos, não raros, em que somente um juiz responde por várias comarcas, do que dirá ter de haver dois atuando na solução de um crime. (COSTA, 2012, p. 30)

Devido à extensão territorial e o número de juízes existentes no Brasil, muito se tem questionado sobre a efetividade do Juiz de Garantias, principalmente no que tange a

separação de cada juiz para uma etapa do processo, o juiz de garantias e o juiz de instrução. Contudo, apesar do número escasso de servidores do judiciário, o Conselho Nacional de Justiça buscou regionalizar a atuação dos juizes em prol da minimização dessa dificuldade.

4.3 Juiz de Garantias e os direitos fundamentais

O artigo 3º - B, do Pacote Anticrime enfatiza que o juiz das garantias deverá zelar pelos direitos individuais. Nesta premissa é pontuado constantemente a importância em se garantir total imparcialidade do juiz ao julgar, destacando qualquer interpretação prévia em relação ao acusado:

O artigo 14 do projeto do novo CPP estabelece que será vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, devendo permanecer inerte até ser provocado, não podendo o juiz atuar de ofício, ainda que seja para beneficiar o réu. O grande objetivo é proteger os direitos fundamentais do investigado, partindo de um pressuposto de que não necessariamente este seja o culpado do fato de delituoso, devendo o juiz das garantias zelar por esses direitos. Faz-se necessário, primeiramente, comentar o princípio da presunção de inocência, para só então partir para comentários acerca dos principais direitos a serem preservados, os quais envolvem tanto a liberdade pessoal como patrimonial e moral. (COSTA, 2012, p. 30)

Portanto, a garantia dos direitos fundamentais do cidadão é algo fundamental da referida lei, onde o princípio da presunção da inocência deve ser levado em consideração. Deste modo, o juiz das garantias atua como uma figura imparcial no projeto investigatório e protetor das necessidades dos réus, onde a premissa é que ninguém é culpado até que se prove o contrário é suscetível neste cenário.

4.4 Juiz de Garantias versus Sistema Processual Penal Acusatório

O juiz das garantias foi uma das maiores e mais esperadas mudanças do código de processo penal, principalmente devido à forma que se constitui, tendo em vista que código de processo penal é oriundo da Segunda Guerra Mundial e, apesar de suas mudanças, ainda é embasado por visões inquisitoriais, o que repercute na análise dos casos de maneira parcial.

Portanto, o Juiz das Garantias possui como principais fundamentos a concretização do sistema acusatório desvelado pela Constituição Federal de 1988, onde

o mesmo surgiu para melhor adequar o código de processo penal à ordem constitucional e, de modo geral, à nova ordem social:

Tem-se, como um meio termo, o sistema processual misto ou inquisitivo garantista, como preferem alguns autores. Como o próprio nome já diz, trata-se de um intermediário entre o sistema acusatório e o inquisitivo, mormente porque ao mesmo tempo que redige o processo penal com respeito a direitos e garantias individuais, possui traços inquisitoriais.

A doutrina diverge e tem duas correntes. A primeira corrente (majoritária) sustenta que o modelo adotado pelo Brasil é o acusatório, pois resta claro o seu acolhimento em diversos princípios da Constituição Federal de 1988, tais como: 1) obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais - art. 93, inciso IX da CF/88; 2) garantia à isonomia processual - art. 5º, inciso I da CF/88; 3) princípio do juiz natural - art. 5º incisos XXXVII e LIII da CRFB/88; 4) princípio do devido processo legal - art. 5º, inciso LIV da CF; 5) princípio do contraditório e da ampla defesa - art. 5º, inciso LV da Carta Magna; 6) princípio da presunção de inocência - art. 5º, inciso LVII da CF/88; e 7) Ministério Público como titular da ação penal pública - art. 129, I da CRFB/88.

A segunda corrente, defende que o sistema processual adotado pelo Brasil é o misto, uma vez que a persecução penal é dividida em duas partes: a) investigatória que é realizada sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, sendo o inquérito policial um ato escrito e sigiloso, o que caracteriza a fase como inquisitória; e b) a fase processual, que possui a devida separação das funções de acusar, defender e julgar e, é iniciada com o oferecimento da denúncia pelo órgão de acusação, ocasião na qual o denunciado terá o direito ao contraditório e a ampla defesa; O procedimento é, em regra, público; há oralidade e igualdade entre as partes, como também o direito de se defender sempre após as alegações do Ministério Público. (NASCIMENTO; SANCHEZ, 2012, p. 101)

Partindo desse pressuposto, as divergências entre o juiz de garantias e o processo penal acusatório correspondem aos momentos em que o segundo fugiu, mesmo em teoria, das premissas dos primeiros; principalmente pela visão da doutrina que apresenta o processo penal brasileiro e outro grupo enfatiza que o modelo misto é o utilizado. Contudo, para fugir de uma premissa inquisitória o juiz das garantias deve agir mediante os preceitos da imparcialidade.

4.5 Da (in)constitucionalidade

É sabido que mediante a criação da Lei n. 13.964/2019, foram ajuizadas quatro Ações Diretas de inconstitucionalidade (ADIS), frente à diversos artigos da atualização legislativa no Supremo Tribunal Federal, sendo algumas delas relacionadas ao juiz de garantias, que em algumas circunstâncias teve sua viabilidade questionada perante à Constituição Federal. Estas ADIS foram: 6298, 6299, 6300 e 6305, que foram

submetidas ao referendo do Plenário. Neste interim, o ministro Luís Fux, que assumiu o plantão judiciário no STF e a relatoria das quatro ações, suspendeu liminarmente a primeira que enfatiza a função do juiz das garantias mediante o art. 98/CF, os artigos 3º - A ao 3º - F do Código de Processo Penal, que versam sobre a inserção da figura do juiz das garantias, tendo em vista a contrariedade da aplicação do mesmo; as demais seguiam, também os princípios constitucionais e mostraram relevância no cenário em que estavam inseridos (SANTOS, 2021).

Estas ações suscitaram primordialmente até que ponto o juiz das garantias agiria com imparcialidade, e devido isso ocorreram muitas possibilidades de mudanças para a implementação de tal juiz, dada sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro:

Há quem diga ser a figura do juiz das garantias inconstitucional, por ferir o art. 60, §4º, IV, CF/8837, considerando que o inquérito é um direito fundamental e, por isso, cláusula pétrea. Esses críticos erram por não compreenderem a fundo o papel do juiz das garantias, acreditam que com a introdução desse personagem ao cenário jurídico brasileiro haveria como consequência a extinção do inquérito policial. Ocorre que essa ideia é equivocada. Como já se falou em linhas passadas, o juiz das garantias não irá presidir o inquérito, muito menos extingui-lo, terá a função simplesmente de preservar os direitos fundamentais do investigado, fiscalizar a legalidade dos atos, além de decidir sobre os procedimentos a serem realizados na fase investigativa. (NASCIMENTO; SANCHEZ, 2012, p. 101)

Portanto, fica claro que apesar das diversas discussões sobre a possível inconstitucionalidade do Juiz de Garantias, observa-se que o mesmo possui sua identidade ressaltada pela Constituição, a partir do momento que a mesma estabelece que o juiz de garantias não irá presidir um inquérito, mas sim preservar os direitos de outrem, mediante um sistema que ainda deve resquícios de um sistema inquisitório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAS

O presente trabalho monográfico realizou um estudo reflexivo acerca da implantação do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro, onde foram discutidos pressupostos que salientam a relevância do referido juiz, e a partir disso buscou-se compreender como o mesmo atua mediante o sistema processual penal brasileiro. Neste cenário a pesquisa realizou uma abordagem das questões preponderante à mesma de uma forma multifocal, pautada nos pressupostos jurídicos-

penais, tendo e vista que o juiz de garantias é atuante no processo penal, sua figura mostrou-se um objeto de múltiplas discussões, que o validavam sua atuação ou não.

Diante disso a pesquisa atendeu seus objetivos, mostrando-se relevante por tratar de um fenômeno atemporal, que repercute na sociedade se analisado como um todo. Portanto, compreendeu-se no decorrer da pesquisa a necessidade de sempre discorrer acerca da referida temática é válida, pois com o advento do Pacote Anticrime, a figura do juiz das garantias passou a ser centro das discussões, muitas vezes até sendo concebida como inconstitucional, o que culminou na necessidade de análises constantes da atuação de tal juiz.

É imperioso pontuar que a implementação do juiz das garantias ainda hoje divide opiniões, contudo, o seguimento dos pressupostos constitucionais é de suma importância para que a ação de tal juiz ocorra de maneira relevante para o cenário jurídico brasileiro, e que o princípio da imparcialidade seja seguido de maneira notória mediante o processo investigatório.

Partindo desta premissa o presente estudo mostrou-se satisfatório, o que terá como consequência a viabilização de discussões mais aprofundadas acerca da temática central, em consonância com os ideais propostos nesta pesquisa, fator que denota relevância para estudantes do direito estudiosos das questões que competem à atuação do juiz de garantias.

A partir do estudo em questão espera-se que novas visões sejam concebidas acerca da atuação do Juiz das Garantias, bem como tornar este trabalho como um objeto de discussões acadêmicas e profissionais, acerca de uma temática que é muito presente no Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ADÃO NETO, Odo; CARVALHO, Rodrigo. **Lei 13.964/2019**: a importância do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1642/1/tcc%20odo%20adao%20neto%20-%20final%20%287%29%20%281%29%20%282%29.pdf>> Acesso em: 12 de set. de 2022.

BRIGAGÃO, Paulo. **Direito Penal**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54571/pacote-anticrime-e-o-juiz-de-garantias>> Acesso em: 11 de out. de 2022.

CARVALHO, Luís Gustavo; MILANEZ, Bruno. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo.** Disponível em: <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5645/Juiz%20de%20garantias%20brasileiro%20e%20juiz%20de%20garantias%20chileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 25 de set. de 2022.

COSTA, Giselle; RAMOS, Raissa. **O pacote anticrime e o contexto brasileiro ampliação do banco de dados genéticos e outras intervenções tecnológicas.** Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1711400194P956.pdf>> Acesso em: 11 de out. de 2022.

COSTA, Ivana. **Juiz das garantias de acordo com o projeto do novo código de processo penal.** Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27838/1/2012_tcc_ircosta.pdf> Acesso em: 11 de out. de 2022

COSTA, Juan Felipe Gomes; RUSSI, Leonardo Mariozi. Sistema Processual Penal Brasileiro. **Revista Científica Eletrônica de Ciências Aplicadas da FAT**, v. 13, n. 7, 2018.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>> Acesso em: 23 de set. de 2022.

GARCIA, Alessandra. **O juiz das garantias e a investigação criminal.** Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54571/pacote-anticrime-e-o-juiz-de-garantias>> Acesso em: 22 de out. de 2022.

LAGO, Cristiano. **Sistemas Processuais Penais.** Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 22 de ago. de 2022.

LOPES, Faber. **A importância do juiz das garantias no sistema acusatório.** Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-impostancia-do-juiz-das-garantias-no-sistema-acusatorio.htm#indice_10> Acesso em: 11 de set. de 2022.

MOREIRA, Eduardo; CAMARGO, Margarida. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 13, n. 7, 2016.

OLIVEIRA, Manollo. **O juiz das garantias e o sistema acusatório no processo penal brasileiro.** Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/216445/Oliveira_MS_tcc_fran.pdf?sequence=4> Acesso em: 6 de out. de 2022.

PONTES, Rodrigo. **O princípio da imparcialidade do juiz**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30833/M%20939.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 27 de ago. de 2022.

SANTOS, Gabriel. **Juiz de garantias no processo penal brasileiro**. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1699/1/GABRIEL%20MOIZES%20DOS%20SANTOS.pdf>> Acesso em: 11 de set. de 2022.

SANTOS, Rafaela. Juiz das garantias fica de fora da pauta do STF para o primeiro semestre de 2022. **Consultório Jurídico**, v. 13, n. 4, 2021.

SILVA, Larissa. **A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf> Acesso em: 28 de set. de 2022.

TAVARES, Leonardo. **Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/storage/temp/aula/265138/0/curso-53794-aula-00-1623>> Acesso em: 22 de ago. de 2022.

TEIXEIRA, Priscila Flávia. **O advento da Lei nº 13.245/2016: mutação do procedimento inquisitorial ou ampliação dos direitos fundamentais do acusado?** Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/2431/TCC%20PRISCILA%20FLAVIA%20TEIXEIRA%20pdf.pdf;jsessionid=CF7D4EAE409356BF3C9DD406C26A65CB?sequence=1>> Acesso em: 30 de ago. de 2022.

ABANDONO AFETIVO NO BRASIL: um estudo a luz da violação do direito da personalidade da pessoa humana, sob a perspectiva jurisprudencial *
AFFECTIVE ABANDONMENT IN BRAZIL: a study in the light of the violation of the right to the personality of the human person, from the jurisprudential perspective

Jandro Góes de Freitas ¹

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1911505110107846>. E-mail: jandrogoes@hotmail.com.

* Este estudo faz parte do trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI.

RESUMO

O presente estudo analisa a possibilidade da indenização por danos morais nos casos em que o pai não exerce a verdadeira paternidade, não dando amor e carinho aos seus filhos. Nessa perspectiva, parte-se de um enfoque no Instituto da Responsabilidade Civil, discorrendo um breve histórico de sua evolução e dos elementos necessários para sua configuração, abordando com mais ênfase o dano moral. Na sequência, procura conduzir-se-á o leitor pelo conteúdo do Direito de Família, trazendo à tona a importância do afeto paterno-filial e os danos advindos de sua ausência. Nesse sentido, existem duas correntes doutrinárias: a primeira, positiva, que defende a condenação ao pagamento de indenização pelo abandono afetivo e a segunda, negativa, que nega essa possibilidade. Por fim, analisa-se a posição jurisprudencial e aponta-se para as novas perspectivas legislativas acerca do assunto, concluindo-se pela análise de cada caso concreto para a condenação ou não pelo abandono afetivo.

Palavras-Chave: Violação dos Direitos, Responsabilidade Civil dos Pais, Direito Familiar, Abandono Afetivo, Poder Familiar.

ABSTRACT

The present study examines the possibility of punitive damages in cases where the father does not have the true paternity, giving love and affection to their children. In this perspective, one starts with a focus on the Institute of Liability, discussing a brief history of its evolution and the elements necessary for your configuration, with more emphasis on addressing the damage. As a result, demand will lead the reader for the content of Family Law, bringing to the fore the importance of paternal-filial affection and damages arising out of your absence. In this sense, there are two streams of doctrine: first, positive, which upholds the order the payment of compensation for emotional distance and the second negative, which denies the possibility. Finally, it analyzes the jurisprudential position and points to new perspectives on the legislative issue, concluding the analysis of each case for conviction or not by emotional distance.

Keywords: Violation of Rights, Civil Liability of Parents, Family Law, Affective Abandonment, Family Power.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a análise da possibilidade jurídica de se condenar um genitor à indenização por danos morais em face da ausência do afeto paterno-filial, em conformidade com as normas disciplinadas no Direito Civil, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afinal, podem os pais não amarem seus filhos? Pode, essa falta de amor, ocasionar danos passíveis de indenização? O abandono afetivo pode, de alguma forma, ser compensado, reparado ou indenizado? Quanto vale o amor não recebido?

Os questionamentos acima só confirmam que as relações familiares são um campo fértil a diversas indagações no mundo jurídico, o que é, sem dúvida, instigante e motivador, pois esbarra em questões de subjetividade, afeto, cuidado, valores morais e éticos.

Neste estudo, o foco será analisar a importância da presença paterna para o desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente, bem como as consequências de sua ausência. Atualmente vivemos uma realidade em que uma criança é concebida sem nenhum planejamento familiar, e por isso se vê desamparada do amor de seus pais, o que pode acabar gerando problemas de caráter psicológico.

Em um primeiro momento, trabalhar-se-á a questão do instituto da responsabilidade civil aplicado especificamente a análise da possibilidade do dano moral frente ao abandono afetivo do genitor, onde será analisado a evolução do conceito desde os primórdios, abordando os requisitos básicos quais sejam, o dano, a conduta ilícita e o nexo causal. Em seguida, estudar-se-á o dano moral, diferenciando-o do dano patrimonial e apontando as funções que são atribuídas à indenização pecuniária. Culminando o capítulo, será comentado acerca da sua constatação, reparação e quantificação das indenizações.

Após essa parte introdutória trabalhar-se-á a questão da família, onde será analisada a evolução do conceito desde os laços estritamente biológicos até os de origem afetiva. abordar-se-ão também os princípios que regem a construção de um Direito de Família mais humano e pronto a preencher as necessidades da nova instituição familiar que se apresenta, e, por fim, analisar a questão do poder familiar.

No terceiro capítulo, será trabalhado também o tema central da presente pesquisa: o dano moral decorrente do abandono afetivo, o qual tratará do valor do afeto nas relações paterno-filiais, sendo ele essencial ao desenvolvimento saudável dos filhos.

Por fim, examina-se o conflito ocasionado a partir da legislação vigente, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, expondo ainda os fundamentos do dever de indenizar face à ausência do afeto paterno-filial, levando em consideração os pressupostos da responsabilidade civil. Ainda trouxemos alguns julgados em que foi acolhido o pedido de indenização por danos morais decorrentes da ausência do afeto paterno-filial como forma de demonstrar os fundamentos justificadores dessas decisões.

O interesse por este tema partiu do pressuposto da sua grande relevância social, visto tratar-se de uma questão controvertida, qual seja, o debate acerca da reparação pecuniária como forma de compensação de preenchimento do vazio causado pela ausência de afeto parental, desafiando, principalmente, a extensão da dignidade da pessoa e o desenvolvimento psicológico do ser humano, o qual influi diretamente no homem perante a sociedade e, por conseguinte, na esfera jurídica.

Para tanto, a abordagem metodológica utilizada foi o método indutivo de pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de livros jurídicos, artigos científicos, precedentes jurisprudenciais, bem como confronto dos pontos de vista.

Utilizamos ainda documentação indireta, consistindo na leitura de obras, artigos de jornais, revistas e publicações via internet, com o fim de ponderar os vários posicionamentos sobre o tema em questão.

Enfim o que se pretende com esse estudo é verificar se é ou não possível a caracterização do dano moral e conseqüente reparação nos casos em que o pai abandona seus filhos afetivamente, não demonstrando nenhuma espécie de carinho e de amor ou então desprezando-os perante a sociedade.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O entendimento do tema objeto deste estudo requer uma análise acurada acerca do instituto da responsabilidade civil em seus principais aspectos, desde a sua origem, passando pela sua conceituação, bem como a definição dos pressupostos ensejadores do dever de indenizar. Passa-se, então, ao estudo deste instituto.

2.1 Breve Evolução Histórica

A Responsabilidade Civil, em sua evolução histórica, passou por várias mudanças em relação aos seus fundamentos, na sua forma de reparação e na sua área de incidência.

Historicamente, nas primeiras formas de civilização, onde o Direito ainda não dominava a forma encontrada para responder uma ofensa dava-se através da vingança privada, sem regras e limitações, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, conforme conceitua Alvino Lima:

forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal (LIMA, 1998. p. 10).

A evolução se iniciou com as Leis Mosaicas, a Lei de Talião e sua famosa máxima “Olho por Olho, Dente por Dente”, na qual deu ao nosso sistema uma ideia de proporcionalidade, ou seja, a reparação do mal pelo mal.

Nesse tipo de reparação permitia-se à vítima o direito de produzir na pessoa do lesante, dano idêntico ao que experimentou. Contudo, o poder público, a fim de coibir abusos, intervinha para declarar como e quando a vítima teria o direito à retaliação (DINIZ, 2011).

Na sequência, sob o argumento de ser mais conveniente para a vítima, surgiu a composição. Pela composição ficava estabelecido que o dano sofrido pela vítima poderia ser reparado, mediante o pagamento de uma certa quantia. Contudo ainda subsistia a vingança como forma de reparação do dano.

Sob a égide da Lei das XII Tábuas, sucede o período da composição tarifada, onde o legislador veda expressamente à vítima fazer justiça com as próprias mãos. A composição econômica, que antes era voluntária, passou a ser obrigatória.

Os romanos fizeram também a distinção entre delitos públicos, que eram mais graves e perturbadores da ordem, e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao ofensor era recolhida aos cofres públicos, ao passo que nos delitos privados a pena cabia à vítima.

Nessa trilha a ideia de reparação pecuniária como fundamento da responsabilidade civil foi reforçada com a introdução da Lex Áquila, pela qual o agente suportaria os danos causados, respondendo com o seu patrimônio.

Pela Lex Áquila foram estabelecidas as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma de indenização com base no valor do prejuízo. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, “prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado sem enriquecer o lesante” (DINIZ, 2011).

O Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações pelo mundo, trouxe a noção da culpa *in abstracto*, a distinção entre culpa delitual e culpa contratual e enfatizou que a responsabilidade civil se funda na culpa, acerca disso dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

O Direito Francês foi aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românicas, estabeleceu um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime e nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência (GONÇALVES, 2008. p.8).

Na Idade Média houve a estruturação da ideia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da concepção de dogmática da culpa, distinguindo assim a responsabilidade civil da responsabilidade penal (DINIZ, 2011). O surto do progresso, o desenvolvimento industrial, a multiplicação dos danos, trouxe reflexos no campo da responsabilidade civil, propiciando o surgimento de novas teorias, tendentes a prestar maior proteção às vítimas de dano.

O Direito Brasileiro consagrou a teoria subjetiva no artigo 186 do Código Civil, ao exigir culpa do agente (prática de um ato ilícito). Já em outros artigos ou em leis esparsas, adotou o princípio da responsabilidade objetiva e da culpa presumida.

2.2 Conceito e Finalidade

Todo humano é dotado de liberdade e discernimento quanto a seus atos, devendo, portanto, responder por eles. Assim, quando determinada pessoa ao se relacionar em sociedade ser, atinge o direito de terceiros, deverá arcar com as

consequências advindas do seu ato, seja em virtude do descumprimento de um dever conduta, seja pelo descumprimento de uma obrigação.

O conceito de responsabilidade civil é muito amplo, sendo inviável estabelecer precisamente seu significado por apenas uma única definição.

Para se definir a responsabilidade civil é importante lembrar que a palavra responsabilidade deriva do verbo latim *respondere*, que significa designar alguém a ser garantidor, a assegurar, a assumir o pagamento ou o que se obrigou, referente a um ato que praticou. (CORREIA, 1999).

Por isso, essa responsabilidade civil faz necessário em nosso ordenamento jurídico, para um bom convívio em sociedade, garantindo assim, a reparação de dano causado a outro, por meios amigáveis ou judiciais: tornando-a tão importante ao nosso ordenamento jurídico, pois uma vez que essas regras protegem as pessoas prejudicadas e punir os que trazem prejuízos a alguém por não obedecê-las.

Nas palavras de Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, 2004, p.118).

Para Maria Helena Diniz, responsabilidade Civil pode ser definida como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2011, p.51).

Pode-se afirmar que é a medida mais acertada a respeito da reparação dos delitos causados a terceiros pelo agressor. Sendo estas reparações o mínimo esperado a quem sofreu tal prejuízo, sendo um instrumento do ordenamento jurídico brasileiro, tornando um instrumento cada vez mais importante de proteção as pessoas, onde a constituição de 1988 e o código civil brasileiro de 2002 estabelece a responsabilidade de reparação a quem de direito por quem causou o dano.

Na opinião do insigne mestre Sílvio de Salvo Venosa “A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou uma ação” (VENOSA, 2010, p.04).

Faz-se importante a distinção entre responsabilidade e obrigação. A responsabilidade traduz um dever jurídico sucessivo resultante da violação ao dever jurídico anterior. A obrigação, por sua vez, trata de um dever jurídico originário.

Em resumo, Cavalieri esclarece distinção:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação (CAVALIERI FILHO, 2008, p.02).

Assim também são os ensinamentos de Gonçalves:

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível (GONÇALVES, 2008, p.02).

Sendo assim, diante de todas as definições citadas acima nas doutrinas, é plausível concluir que responsabilidade civil é simplesmente: em responsabilizar, atribuir a culpa ao agente praticante de algum dano, para que através desta ligação seja este agente obrigado à reparação do prejuízo, ou seja, restaurar o equilíbrio moral e patrimonial violados pelo agente a quem teve seus direitos atingidos e com isso obteve prejuízo.

2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Os pressupostos da responsabilidade civil têm como base a regra consagrada no artigo 186 do Código Civil Brasileiro que estabelece a regra de que todo aquele que causa prejuízo a outrem tem o dever de indenizar.

Da análise do referido dispositivo, extrai-se que são três os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

Há divergência quanto à caracterização da culpa como elemento da responsabilidade civil. No entanto, a doutrina majoritária continua a considerar a culpa genérica como pressuposto do dever de indenizar. Veja-se a seguir casa um desses requisitos.

2.3.1 A Conduta Humana

Trata-se do elemento primário de todo ato ilícito. A conduta denota um comportamento humano voluntário apto a produzir efeitos jurídicos. A voluntariedade é o principal elemento definidor da conduta humana, representando a liberdade de escolha do agente com discernimento necessário para ter consciência daquilo que fez (GAGLIANO, 2011). Não representa a intenção de causar o dano, mas tão somente a consciência daquilo que se está fazendo. Sem a presença do elemento volitivo não há que falar em responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2008).

A conduta humana pode ser exteriorizada através de uma ação ou omissão. A primeira consiste num fazer, numa ação positiva. Já a omissão é resultado da abstenção da ação devida. Podendo o homem agir de forma lícita ou ilícita, para a configuração do direito à reparação civil.

Na análise de Maria Helena Diniz:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2011, p.56).

Ao analisar a citação da jurista, entende-se: para que aja o dever de satisfazer os direitos do lesado, é necessário uma conduta humana, um comportamento voluntário, produzindo consequências jurídicas; onde a vítima sofra prejuízo, afetando os bens psíquicos, físicos, morais ou materiais, sendo esse dado, um requisito primordial para a responsabilidade civil e conseqüentemente a possibilidade de indenização a vítima pelos danos causados pelo autor.

No entendimento de Silvio Rodrigues:

A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que devia tomar. O motorista que

atropela um pedestre imprudente poderá ser exonerado do dever de reparar o dano se conseguir demonstrar que a culpa foi exclusiva do atropelado. Mas, se vier a ser provado que a morte da vítima resultou da falta de socorro que o motorista deveria prestar mas não prestou, a sua responsabilidade de fluir não de seu ato comissivo, mas de seu comportamento omissivo (RODRIGUES, 2003. p. 19).

Tal responsabilidade decorre de atos praticados pelo agente, sendo esse o responsável por tal fato que venha causar danos a outrem; más, quando tal dano sofrido foi de inteira responsabilidade da vítima, seja por culpa ou distração, onde ela deveria ter atenção, afastará o dever de reparação do dano causado. No entanto, quando o agente que teve a culpa afastada não prestar socorro, este agente será responsabilizado pelos danos sofridos dali em diante.

Alguns autores afirmam que para se configurar a responsabilidade civil é necessário que o ato praticado pelo autor seja ilícito. Nesse sentido afirma Venosa: “O ato de vontade, contudo, no campo, da responsabilidade de revestir-se de ilicitude” (VENOSA, 2010, p.23).

É importante ressaltar que, em algumas situações, a obrigação de indenizar pode resultar de atos lícitos, tratando-se de situações excepcionais, dependendo assim de norma legal que a preveja. Acerca disso Carlos Roberto Gonçalves entende:

Frise-se que a obrigação de indenizar pode resultar, em certos casos, de atos lícitos, como, por exemplo, os praticados em estado de necessidade (CC, arts. 188, II, 929 e 930) e o do dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (CC, art. 1.285) (GONÇALVES, 2008, p.33).

Finalmente, cumpre ressaltar que, para que a conduta seja passível de repreensão pela ordem jurídica é necessário que o autor seja imputável, ou seja, capaz de compreender a reprovabilidade de seu comportamento e de determinar-se de acordo com esse entendimento. São elementos da imputabilidade a maturidade e a sanidade mental (CAVALIERI FILHO, 2008).

2.3.2 O Dano

O dano é o pressuposto indispensável à caracterização da responsabilidade civil. Somente haverá possibilidade de indenização se ficar constatado que do ato ilícito resultou um dano, visto que não se pode falar em indenização sem sua ocorrência.

Indenização sem danos importaria pena para quem a pagasse e enriquecimento sem causa para quem recebesse, o que não é admitido em nossa legislação. Dano, portanto, a lesão a um interesse jurídico – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator (GAGLIANO, 2011).

A princípio, quando se fala em dano, para muitos surge apenas a ideia do dano patrimonial, no entanto, acrescenta Cavalieri Filho:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (CAVALIERI FILHO, 2008, p.96).

Portanto. O dano é o prejuízo sofrido, onde esta diminuição pode ter seu dano valorizado ou não; no patrimonial, seu prejuízo é inteiramente mensurado em valores reais, sofrendo uma desvalorização ou perda do bem; diferente de bens extrapatrimoniais, que são os bens inerentes da personalidade da própria pessoa (afetivo, injúria, difamação...), tal dano possui natureza personalíssima, apenas sentida pela pessoa violentada e apenas ela pode buscar pelo direito de reparação deste dano.

Pode-se encontrar, desse modo, duas hipóteses de danos: dano patrimonial e dano moral. Cujas distinção se faz, levando-se em conta a esfera de interesses que é atingida pelo ato danoso.

O dano patrimonial ou material ocorre toda vez que alguém sofrer uma diminuição no seu patrimônio, experimentando, assim, um prejuízo material, podendo ser este reparado mediante restituição da coisa ou indenização equivalente ao valor do bem.

O dano pode ser avaliado tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio (dano emergente) ou o que impediu seu crescimento (lucro cessante).

Dispõe o artigo 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (BRASIL, 2002).

Dano emergente representa o efetivo prejuízo suportado pela vítima, enquanto o lucro cessante significa aquilo que ela razoavelmente deixou de ganhar em função da

ocorrência do dano.

Já o dano moral ocorre quando a vítima de ato ilícito experimenta uma dor considerável, com ou sem perda patrimonial, se define por afetar o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Viola direitos personalíssimos da pessoa humana, tais como: a honra, a imagem, o nome, a vida privada e a intimidade.

Não é nenhum dissabor simples da vida que pode acarretar indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino (VENOSA, 2010).

Assevera Sérgio Cavalieri Filho que: “Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade” (CAVALIERI FILHO, 2008, p.101).

Em razão da relevância para o objetivo deste estudo, entende-se por bem examinar o dano moral de forma mais aprofundada, como elemento da responsabilidade civil, em capítulo próprio, por estar diretamente relacionado com o tema em comento.

2.3.3 O Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Caso não exista essa relação de causalidade, não se admite a obrigação de indenizar.

A vítima que sofrer um dano, mas não provar que este resultou do ato praticado pelo agente, terá o pedido de indenização julgado improcedente.

O conceito de nexo causalidade não é jurídico decorre de leis naturais. É vínculo, é a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Sergio Cavalieri Filho demonstra em suma que: “O nexo causal é um elemento referencial entre conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano” (CAVALIERI FILHO, 2008, p.46).

Do mesmo modo dispões Carlos Roberto Gonçalves:

É relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houver o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de

causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, está sim responsável exclusiva pelo evento (GONÇALVES, 2008. p.36).

Caso o resultado danoso decorra de uma única conduta do agente, a identificação da relação de causalidade entre os mesmos será facilmente perceptível. Contudo, se várias são as condutas e circunstâncias que contribuem decisivamente para o prejuízo, certamente ficará complicada a definição do nexo causal.

Nesse contexto destacam-se três principais teorias que foram desenvolvidas com o intuito de explicar como se dá a relação de causalidade, principalmente diante de situações em que várias circunstâncias concorrem para a ocorrência do dano.

A primeira, *teoria da equivalência das condições (conditio sine qua non)*, toda e qualquer circunstância que possa causar prejuízo é considerada como causa eficiente, que se suprimida alguma delas o resultado danoso não ocorreria. A crítica que se faz a essa teoria é que ela conduz a uma fragmentação da causalidade, numa regressão infinita do nexo causal até suas condições mais remotas (CAVALIERI FILHO, 2008).

Por sua vez, a *teoria da causalidade adequada*, considera causa apenas o antecedente necessário e adequado à produção do evento. É a experiência comum que informa qual, dentre todas as condições concorrentes, é a mais idônea a produzir o evento (CAVALIERI FILHO, 2008).

Já para a *teoria do dano direto ou imediato* ou da *interrupção do nexo causal*, causa é o elemento necessário que está direta e imediatamente ligado com o resultado. Gagliano e Pamplona explicam que “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO, 2011, p. 90).

A maioria da doutrina adota esta teoria (direta e imediata), com base no art.403 do Código Civil, que diz: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato” (BRASIL, 2002). Já outros estudiosos da área, como Orlando Gomes e Cavaliere Filho, entendem melhor a aplicabilidade da teoria da causalidade adequada. Portanto, caberá ao julgador, em cada caso, chegar a uma solução razoável com base no bom-senso e na equidade.

Algumas situações retiram o nexo causal, fazendo que não ocorra a

responsabilidade civil: a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior.

Por todas essas considerações, conclui-se que inexistindo a comprovação do nexo de causalidade torna-se impossível imputar a alguém qualquer obrigação, não basta que a vítima apenas sofra dano, é preciso, ainda, que este passe a existir a partir do ato do agente para que haja o dever de compensação.

2.3.4 A Culpa

Um dos pressupostos da responsabilidade civil se estabelece com base na culpa, cujo fundamento está previsto no artigo 186 do Código Civil brasileiro, o qual estabelece a responsabilidade subjetiva como regra geral em nosso ordenamento.

A culpa pode ser tratada em sentido amplo, *latu sensu*, que compreende o dolo e a culpa em sentido estrito, *stricto sensu*, na qual é caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz assevera:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência, ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as consequências (DINIZ, 2011, p.42).

Neste caso, faz-se necessário salientar que: adotará expressamente a responsabilidade objetiva, onde haverá obrigação de reparar o dano causado, independente de culpa nos casos específicos em lei, ou quando resultar em risco para os direitos de outro, quando de sua atividade desenvolvida produzida pelo autor, um dano a terceiro; devendo o autor ser obrigado a repará-lo, mesmo que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa, examinando a situação, e, se for verificado a situação da causa e efeito com o dano causado a vítima, pelo comportamento do agente.

Segundo a teoria subjetiva a vítima deverá comprovar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente. No entanto, poderá haver responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), com base na teoria do risco, abrangendo os casos de culpa presumida, nesse caso a culpa não seria elemento essencial da responsabilidade civil,

mas sim accidental.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho:

A culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto, pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo, se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito (GAGLIANO, 2011, p. 124).

A culpa, sob os aspectos consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado não desejado pelo autor.

O critério para que se possa aferir e, por conseguinte, definir a culpa na conduta do agente, deve ser realizado através de uma comparação de comportamento do agente com o do homem médio, ou seja, um homem comum que poderia prever o resultado, e assim evitar o perigo.

Além disso, a culpa pode ser classificada quanto à função da natureza do dever violado, quanto à sua graduação, relativa aos modos de sua apreciação e quanto ao conteúdo da conduta culposa.

A culpa decorrente da natureza do dever violado pode ser contratual ou extracontratual. Contratual, quando fundada na violação de um dever inserido em um contrato anterior ao evento. Será extracontratual ou aquiliana, quando derivada de uma infração a uma norma geral delimitadora de uma obrigação a todos imposta.

Quanto à graduação, a culpa é classificada como grave aquela decorrente da imprudência ou negligência extrema do agente, não prevenindo aquilo que seria previsível a qualquer homem comum. A culpa leve é aquela na qual um homem de prudência normal poderia incorrer. Será definida como levíssima quando a falta poderia ser evitada com atenção extraordinária, ou seja, com conhecimento singular ou com alguma habilidade especial, perita.

No que diz respeito aos modos de sua apreciação, a culpa será concretizada quando ficar provada a existência de negligência ou imprudência. Já a culpa em abstrato será considerada após um exame comparativo da conduta do agente com a de uma pessoa normal.

Já quanto ao conteúdo da conduta culposa, o agente pode praticar ato positivo, qual seja imprudência, a culpa é classificada como *in comittendo* ou *in faciendo*; se o agente cometer uma abstenção, qual seja, negligência, tem-se a culpa *in omittendo*.

A Responsabilidade Civil, por não se encaixar somente na seara jurídica, mas também, em todos os domínios da vida social, é uma matéria de difícil sistematização (DINIZ, 2011). Apesar do enorme campo de atuação do referido tema, a presente pesquisa pretende focar somente a Responsabilidade Civil no âmbito da família, no caso da omissão do afeto paterno-filial como fato gerador da indenização por dano moral.

3. DO DANO MORAL

3.1 Evolução Histórica

O instituto do dano moral passou por uma lenta evolução que, de início destacou-se pelo seu total recusa. A objeção pela irreparabilidade do dano moral era fundamentada, sob a alegação de que não se poderia atribuir um valor à dor. Em seguida passou por uma fase em que esteve atrelado ao dano material, ou seja, só seria indenizável se comprovada a existência de um dano patrimonial, até os dias atuais, em que já se encontra dissociado do dano material, podendo inclusive ser requerido sua tutela de forma única.

O reconhecimento indenizatório do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro encontrou inúmeras resistências, desde a sua concepção. Nesse sentido assevera Rui Stoco:

A teoria do dano moral será, talvez, a que maior resistência sofreu desde a sua concepção, que remonta à Índia lendária e a fabulosa Babilônia (Código de Manu e Hammurabi), passando pelo Direito Romano e frutificando e se desenvolvendo na França. Paulatinamente a teoria foi se desenvolvendo e sedimentando, evoluindo através de um trabalho de criação de poucos doutrinadores, com a resistência insistente de tantos outros (STOCO, 2007, p.1679).

Como já vimos o dano moral, têm suas raízes nas mais remotas civilizações, onde tinham suas penas para os causadores de tais danos um caráter predominante corporal e, uma reparação pecuniária como forma de reparar o dano; o que certamente, influenciou o nosso legislador para implantar o instituto da reparabilidade ao dano imaterial em nosso ordenamento jurídico.

Claudia Regina Bento de Freitas dispõe que:

Talvez uma das mais antigas referências à indenização por dano moral, encontrada historicamente no direito brasileiro, está no Título XXIII do Livro V das Ordenações do Reino (1603), que previa a condenação do homem que dormisse com uma mulher virgem e com ela não se casasse, devendo pagar um determinado valor, a título de indenização, como um “dote” para o casamento daquela mulher, a ser arbitrado pelo julgador em função das posses do homem ou de seu pai (FREITAS, 2009).

As Ordenações do Reino, um conjunto de normas, aplicadas em suas colônias, incluindo o Brasil; para regular as relações sociais; foi fundamental para influenciar as legislações vindas posteriores; com isso o dano moral foi se desenvolvendo ao longo de várias leis e tendo seu reconhecimento sendo construindo a figura da reparação ao dano imaterial; trazendo daí os conflitos entre os indivíduos, que ultrapassavam o dano patrimonial, atingindo daí os direitos pessoais, como a dignidade, a honra, a intimidade e outros direitos de personalidade.

Foi nesse momento que, a sociedade passa a dar um valor aos direitos pessoais de cada um de seus membros na sociedade; sendo assim, uma preocupação dessas sociedades antigas. Já que os conflitos entre os indivíduos dessas sociedades eram constantes, devido isso, algo deveria ser feito e deveria está previstos em documentos ou na cultura de cada sociedade para sanar os conflitos entre os fortes e os fracos psicologicamente; equilibrando a ordem social, dando proteção aos mais fracos!

As Ordenações do Reino, por ser uma das mais antigas leis da história legislativa brasileira, muito influenciou nas legislações posteriores e ao longo do tempo, as leis brasileiras passaram a ver o dano moral de forma autônoma, separando-o da ofensa material.

Com a Constituição Federal de 1988 a aceitação da reparação do dano moral foi plena, acabando com a resistência existente até então, da impossibilidade de reparação do dano moral, uma vez que o seu artigo 5º, incisos V e X contemplou a questão, passando a admiti-la de forma ampla e irrestrita:

Art. 5.º. [...]:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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).

Os citados direitos foram elevados à categoria de cláusula pétrea e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º da Lei Ápice.

Na lição de Rui Stoco, tem-se o seguinte entendimento:

O argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo, cabendo acrescentar que a enumeração constante do dispositivo inscrito na atual Carta de Princípios “é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos”, completando de forma irresponsável que, “com as duas disposições contidas na Constituição de 1988, o princípio da reparação do dano moral encontra o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em o nosso direito, obrigatório para o legislador e para o Juiz (STOCO, 2007, p.1679).

Outro marco importante na evolução histórica do dano moral no direito brasileiro é o Código Civil Brasileiro, que em seu artigo 186, consagrou, categoricamente, o instituto jurídico do dano moral, de maneira direta e objetiva, bem como a sua reparação no artigo 927.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 dispõe: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, fica expresso que a nossa legislação incorporou o princípio constitucional da reparação civil.

Com o amparo constitucional o Dano Moral enraizou-se de forma definitiva em nosso ordenamento jurídico colocando fim à impunidade do ofensor e consagrando os valores humanos como sendo os responsáveis pela verdadeira existência do homem enquanto ser humano.

3.2 Reparação do Dano Moral

A reparação do dano moral, embora definitivamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 5º, em seus incisos V e X da Constituição Federal de 1988, ainda é tema que ocasiona diversos discursões, sobretudo, quanto à fixação do valor da indenização.

Nas palavras de Clayton Reis,

E quando se tratar de danos morais? Como será possível aferir o estado de espírito da pessoa antes e depois da lesão para valorar o pretium doloris? Será

possível concluir que a pessoa lesionada apresentará um estado diverso do anterior à ofensa (REIS, 2010. p. 74).

A indenização pelo dano moral não possui o aspecto de reparar a situação ao *status quo ante*, mas sim, compensar o ofendido pela dor sofrida, pois não há como reparar o dano moral, o que existe é uma compensação, uma vez que não se pode estipular o preço da dor. Daí surgiu a dificuldade em sua reparação. Como saber o quanto aquele fato ocasionou dor, sofrimento ou constrangimento ao lesado? Qual o valor justo a ser indenizado?

Finaliza Clayton Reis,

Uma das questões de maior relevância na reparação dos danos morais consiste no seu arbitramento equivalente, isto porque conhecer a profundidade da dor íntima experimentada pela vítima é uma tarefa extremamente árdua para o julgador. Afinal, a nossa personalidade é formada por um universo de sentimentos e sensações multiformes. Não há como aferir com precisão quem sofreu mais ou menos em decorrência de algum ato lesivo experimentado pela vítima. Neste particular, a questão envolve conceitos não delineados de forma aritmética, visto que jamais será possível estabelecer parâmetros, ou padrões absolutos, de reparação do dano extrapatrimonial (REIS, 2010. p. 35).

Assim sendo, verifica-se que a dificuldade se encontra justamente em responder a essas perguntas, aliadas à falta de dispositivos legais que ajudem o juiz na quantificação do valor a ser pago.

3.2.1 Natureza Jurídica da Reparação do Dano Moral

No que concerne a natureza jurídica, vale lembrar o ensinamento de Silvio Rodrigues, para quem “O dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, de desafogo, que visa compensar a dor, provocada pelo ato ilícito” (RODRIGUES, 2003, p. 191).

Em suma, essa reparação do dano moral supera certos obstáculos que causaria ainda mais angústias e sofrimentos às vítimas, visando neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, tristeza, angústia, dor; dando uma sensação positiva de justiça, satisfação, alegria, que em certos momentos atenua seu sofrimento.

Atualmente, percebe-se que a compensação do dano moral é cercada por um duplo aspecto. De um lado visualizamos o caráter compensatório, e do outro lado o caráter punitivo, cujo objetivo é penalizar o ofensor. Conforme dispões Carlos Roberto

Gonçalves:

Compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Assim, ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem (GONÇALVES, 2008, p.375).

O aspecto compensatório traduz-se na satisfação à vítima, representando uma compensação entre a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento.

O caráter sancionador ou punitivo tem por finalidade castigar e advertir, no bolso, o causador do dano que agiu com desprezo pelos seus semelhantes, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, desestimulando-o a reincidir na prática de outros atos ilícitos.

Alguns autores vislumbram ainda a existência de uma terceira função da indenização por dano moral, de cunho socioeducativo, atingindo não apenas o ofensor, mas toda a sociedade, uma vez que servirá certamente para desestimular outras pessoas a praticar condutas lesivas.

Assim dispõem Gagliano e Pamplona: “três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 21).

Diante do exposto é fácil concluir que a indenização por dano moral não deve ser restrita a ideia de compensação à vítima pela ofensa sofrida, devendo observar que a reparação civil no dano moral tem por objetivo a defesa dos interesses individuais, como os da personalidade, sendo assim um instrumento de proteção dos interesses coletivos da sociedade.

3.2.2 Quantificação das Indenizações por Danos Morais

O dano moral não é quantificável, pois a própria essência do dano moral não ter expressão econômica, porém a dificuldade de sua avaliação não apaga o dano sofrido, não dispensando assim a obrigação de repará-lo.

Quando se trata de dano material, o problema vê-se rapidamente resolvido, pois

calcula-se o prejuízo efetivamente sofrido pela vítima e aplica-se a indenização no valor correspondente a esse prejuízo. No entanto, ao tratar do dano moral, a apuração do *quantum* indenizatório é de difícil fixação, pois o bem lesado não se mede monetariamente, ou seja, não possui dimensão econômica ou patrimonial.

Vejamos a opinião de Carlos Roberto Gonçalves a respeito da quantificação da indenização:

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes-lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado (GONÇALVES, 2008. p.378).

Nesse mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior assevera:

Se de um lado se aplica uma punição àquele que causa dano moral a outrem, e é por isso que se tem de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta; de outro lado, tem-se de levar em conta a situação e o estado do ofendido, para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais (THEODORO JUNIOR, 2007. p. 212).

Diante do exposto, é extremamente difícil para o julgador aplicar o valor correto da indenização para este tipo de dano; podemos observar que apesar de não haver previsão de um valor exato para cada caso, existem critérios que necessitam ser observados para que se obtenha uma justa indenização por danos morais; levando em consideração as condições das partes, o nível social, escolaridade, o prejuízo que sofreu a vítima, o grau de intensidade da culpa e tudo mais que o justifique para a fixação do dano para o arbitramento de valores, com isso, a solução é sempre uma reparação com natureza satisfatória, que nunca será precisa com relação ao prejuízo sofrido, mas que deverá ser pautada pela equidade.

3.2.3 Critérios para Valorização do *Quantum* Indenizatório

A determinação dos critérios de quantificação do dano moral é um dos grandes desafios da ciência jurídica. Tem por obstáculo a falta de regulamentação específica ante

a impossibilidade de quantificar os sentimentos e sensações oriundos do evento danoso.

Primeiramente, devem ser analisadas e observadas as peculiaridades de cada caso concreto, respeitando, dessa forma, o princípio da equidade proposto no caput do art. 5º da CF/88, para se obter uma decisão mais próxima ao ideal de justiça, baseando-se em critérios subjetivos e objetivos na avaliação do dano moral.

Nesse sentido Maria Helena Diniz faz consideração importante, ao afirmar que “na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quantum da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência” (DINIZ, 2011, p.101).

No entanto, consoante já apreciado acima, não cuidou o legislador de instituir, em lei, critérios objetivos para quantificação do dano, impondo à doutrina e jurisprudência a assim fazê-lo, elencando algumas regras a serem seguidas pelo órgão jurisdicional quando do momento do arbitramento, para que se atinja de forma justa, proporcional e razoável o caráter dúplice desejado pela norma constitucional que assegura a reparação por dano moral.

Assim dispõe Venosa:

É importante que o magistrado tenha consciência dessa importância e possua formação cultural, lastro social e preparo técnico suficiente para dar uma resposta justa à sociedade. Isso somente é possível ao magistrado que exerce a judicatura por fé e não como atividade ideológica ou de mera subsistência (VENOSA, 2010, p.345).

Assim, as principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos de concreção são:

- Condição econômica do ofensor - o valor da indenização arbitrada não deve ser ínfimo, mas sim, em quantia necessária como forma de desestimular conduta semelhante do ofensor.
- Capacidade socioeconômica do ofendido - o valor da indenização com o fim de atingir a finalidade primordial de compensação dos prejuízos sofridos, como forma de amenizar a dor e o sofrimento.
- Gravidade do Dano - engloba a sua natureza, a intensidade do sofrimento do ofendido, a posição social e política dele, como também, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor responsável.

Vê-se, assim, que o arbitramento do dano moral é tarefa árdua do juiz, que

deverá analisar os diversos fatores que ocorreram na esfera íntima das pessoas produzindo os danos aos direitos da personalidade, valendo-se, dos fatos ocorridos, de análise do perfil cultural e social e psicológico dos envolvidos para assim avaliar a extensão do dano.

O juiz irá valer-se também dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade na valoração do *quantum indenizatório*.

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como uma lei de ponderação, um direcionador em relação aos demais princípios, relaciona-se ao justo meio utilizado para consecução de determinado fim.

A razoabilidade busca o justo equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos, deve ser entendida como uma “proibição do excesso”, objetivando auferir a justiça como valor máximo conferido pelo ordenamento jurídico.

Clayton Reis assevera:

Dentre as questões que suscitam controvérsias de natureza doutrinária e jurisprudencial na atualidade, deparamo-nos com aquela referente ao valor da causa nas ações em que há pedido de indenização por danos morais. Afinal de contas, o *quantum indenizatório*, quando se trata de danos morais, esbarra com fatores em que predominam a subjetividade, bem como o *arbitrium boni viri* do magistrado na fixação do *quantum debeatur*. Os critérios adotados pelos tribunais têm sido extremamente aleatórios, considerando a natureza dos bens que são objeto de valoração pelo julgador. É natural, portanto, que predomine, nessa esfera do direito, certos critérios imprecisos. Ademais, o Brasil não adotou padrões tabelados para o arbitramento dos danos morais. Neste sentido, observamos que os parâmetros são abertos, consoante prescrição inserta no artigo 5º, inciso V, da CF/88, e que são atualmente delineados pela Súmula 281 do STJ, ao não admitir o tabelamento previsto na Lei de Imprensa. Desta forma, a valoração do magistrado, em sua liberdade de julgar, estará atrelada aos padrões de razoabilidade e proporcionalidade proclamados pelo Superior tribunal de Justiça (REIS, 2010. p. 372).

Conclui-se, dessa forma, que o magistrado deve utilizar-se da prudência para estabelecer o *quantum debeatur*, se baseando também em critérios objetivos, evitando assim o enriquecimento ilícito de uma das partes, levando em consideração a capacidade econômica do autor e da vítima do dano ao fixar o valor a ser pago pelo dano sofrido.

4. DANO MORAL NA RELAÇÃO FAMILIAR

4.1 Da Família

4.1.1 Breve Evolução Histórica

A família, primeira célula de organização social, pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano, e vem evoluindo gradativamente. É na família que se instala o dever de formação dos indivíduos que a integram, de modo a lhe conferir a devida proteção enquanto filhos e, por conseguinte uma vida digna como ser humano.

Todos os membros da família assumiam obrigações morais entre si, sob a liderança do ancestral comum, conhecido como “patriarca”, como figura masculina. pai era a referência e autoridade máxima da família, sendo que a sua vontade prevalecia sobre todas as outras, Essas primeiras unidades eram chamadas de clãs e com o crescimento territorial e populacional, passaram a se unir formando tribos e grupos sociais.

Fato certo e comprovado, este, sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu sob largo período sob a forma “patriarcal”. Assim a reconheceram as civilizações mediterrâneas. Assim a divulgou a documentação bíblica. E nós, herdeiros intelectuais da civilização romana, encontramos-la documentada nas pesquisas históricas de Mommsenn e Fustel de Coulanges, ou referida nos depoimentos de Aulo Gélio e Tito Lívio. Ressalta ainda hoje o tom emocional com que Cícero alude à figura valetudinária de Appius Claudius, que dirige os seus com a plena autoridade de um patriarca autêntico, não obstante a idade avançada e a quase-cegueira. As regras fixadas através dos tempos, desde época anterior ao Código Decenviral até a codificação justinianéia do século IV, dão testemunho autêntico dessa tipicidade familiar (PEREIRA, 2007, p. 25).

Essas primeiras unidades eram chamadas de clãs e com o crescimento territorial e populacional, passaram a se unir formando tribos e grupos sociais. A expressão *família* surge a partir de uma dessas organizações sociais, esse termo “família” advém da expressão latina *famulus*, que significa “escravo doméstico”, que designava os escravos que trabalhavam de forma legalizada na agricultura familiar das tribos ladinas, situadas onde hoje se localiza a Itália (CUNHA, 2001, p. 57-58).

Várias foram às influências sofridas pela atual família contemporânea, na qual encontra sua origem principalmente na família românica e na família canônica.

A organização da família romana na antiga Roma era estabelecida com base na autoridade conferida ao ascendente mais velho, no qual exercia poder absoluto sobre os filhos, sobre a mulher e sobre o patrimônio, sendo este reconhecido como *pater familias*.

O *pater familias* era o chefe da família, onde exercia todo o seu poder sobre aqueles que estavam sob sua autoridade, ou seja, este era uma pessoa sui júris. Sendo assim a família era “simultaneamente uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional” (GONÇALVES, 2012, p.31). Esse era o modelo clássico da família romana, denominado de “patriarcal e hierarquizado”.

Com o tempo a família foi adaptada pela Igreja Católica, que transformou o casamento em instituição sacralizada e indissolúvel. A respeito do tema Carlos Roberto Gonçalves explica:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observa-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica (GONÇALVES, 2012, p.32).

Destaca-se dentro do modelo canônico de família a importância destinada ao sexo, como requisito de validade para a consolidação dos laços matrimoniais. Isso se deve à dissociação entre o matrimônio e a procriação, só podendo acontecer após o sacramento do casamento.

Contudo, com o passar do tempo, nasceu um novo conceito de família, ou seja, aquela formada não unicamente pelo sacramento do casamento, mas pelo elo do afeto, surgindo assim, a família da pós-modernidade.

Com efeito, o afeto se tornou o centro das relações familiares. O casamento passou a ser realizado em nome do amor, os filhos passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos e alvo dos cuidados e proteção dos pais.

Dessa forma, várias foram as bases para a transformação da família e atualmente, diversas são as possibilidades de estruturas familiares. Enfim pode-se dizer que família é a comunhão de vidas, originada do vínculo biológico ou da simples vontade de estar junto, em comunhão de espírito e esforços a fim de alcançar objetivos comuns ou compartilhar as experiências vividas.

4.1.2 Princípios do Direito de Família

Assim como os demais ramos do Direito, Direito de Família é regido por princípios que determinam sua base e seus valores. Alguns destes contam com referência expressa em diversos textos legais; já outros, embora não sejam mencionados de forma explícita, decorrem da ética e dos valores que permeiam todos os ordenamentos jurídicos, a exemplo do princípio da afetividade.

No atual momento, imperam no Direito de Família os seguintes princípios:

- Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

É o princípio mais geral do direito e encontra referência expressa no art. 1º, inciso III, bem como no art. 226, § 7º ambos da CF/88, compõe a base do Estado e da comunidade familiar, é ainda garantidor máximo dos direitos humanos.

Sobre este princípio, Gustavo Tepedino afirma que:

[...] a milenar proteção da família com instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular do que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (TEPEDINO, 2012, p.22).

Trata-se então do princípio mantenedor do pleno desenvolvimento e realização de todos os membros da família, em especial da criança e do adolescente. Nesse contexto, a entidade familiar deixa de ser um núcleo social fechado e individualista para ser o campo propício e destinado à realização da dignidade de todos os seus integrantes, inspirado sempre no afeto e respeito mútuo (MACHADO, 2013).

- Princípio da solidariedade familiar

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a solidariedade era apenas encarada como um dever moral e ético a ser cumprido pelos cidadãos.

Contudo, encontra, hoje, amparo constitucional e traduz o comprometimento do constituinte originário com a convivência social, podendo ser observado no inciso I, do art. 3º, da CF/88.

Assim, no âmbito do Direito de Família, o princípio da solidariedade se traduz na assistência mútua que deve existir entre os membros da família, deve ser tanto exercida reciprocamente entre os cônjuges ou companheiros, quanto pelos pais no

interesse dos filhos, uma vez que estes devem ser mantidos, instruídos e educados pelos pais até atingir a idade adulta (MACHADO, 2013).

- Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, implica dizer que deve haver responsabilidade individual e social do homem e da mulher que decidem procriar uma nova vida humana, sendo dever dos mesmos priorizar o bem-estar físico, psíquico e espiritual da criança que irá nascer.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.565, traçou algumas diretrizes, proclamando que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” e que é “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (GONÇALVES, 2012, p.24).

Desse modo, a responsabilidade dos pais em relação ao filho atual se mostra vitalícia, vinculando os mesmos a todas as situações jurídicas existenciais e patrimoniais relacionadas aos seus filhos.

- Princípio da Igualdade

Esse princípio deve ser visto sobre dois enfoques, tanto do ponto de vista da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros quanto da de todos os filhos ou das formas de composição familiar.

A igualdade entre os cônjuges ou companheiros está previsto no § 5º do art. 226 da nossa Carta Magna e traduz a superação do patriarcalismo em nosso sistema jurídico e social. Assim, o dever do marido de prover o sustento e manutenção da família passa a ser também dever da mulher, sendo respeitadas as possibilidades de cada um.

Quanto à igualdade jurídica de todos os filhos, consubstanciado no art.227, § 6º da Constituição Federal e instituído com o objetivo de pôr fim às discriminações existentes em relação à pessoa dos filhos, em razão do tipo de vínculo existente.

Para Guilherme Calmon, “uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade-filiação, todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe têm, estritamente, os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação” (GAMA, 2013).

Assim, o princípio ora em questão passa a não admitir diferença entre filhos naturais, adotivos e ilegítimos e proíbe atitudes de discriminação para com estes.

- Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Tal princípio encontra previsão no art. 227 da CF/88, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos nele previstos. O que antes era resolvido em atenção aos direitos dos adultos, sendo a criança mero objeto da decisão, passa a ser encarado com prioridade no seu interesse, reconhecendo-se o valor das futuras gerações como forma de vida digna para todos (LÔBO, 2010).

Referido princípio também encontra previsão nos arts. 4º e 6º do ECA, o que demonstra a ênfase dada pelo legislador infraconstitucional ao princípio em tela. Dessa forma “não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” (LÔBO, 2010. p. 71).

Com efeito, o referido princípio representa a mudança de paradigmas existente no direito de família, à medida que a criança e o adolescente deixam de ser objeto de direito para alçarem a condição de sujeito de direitos. Portanto, nesse novo cenário é certo que, em colisão de dois ou mais interesses, deve prevalecer o interesse da criança e do adolescente em razão da posição de vulnerabilidade vivenciada por estes (MACHADO, 2013).

- Princípio da afetividade

É um dos fundamentos do direito de família constitucionalizado, sendo o mesmo responsável por dar primazia às relações socioafetivas, baseadas na comunhão de vida. Esse princípio é o norte da interpretação da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, pois consiste na base da convivência familiar e da solidariedade.

Neste contexto, Paulo Lobo é enfático ao afirmar que:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares (LÔBO, 2000).

É justamente a existência do afeto que mantém a família como instituição mutável e, ao mesmo tempo, sólida e perene. É este mesmo afeto que torna a resolução dos conflitos familiares uma tarefa tão árdua para os que trabalham com o Direito de

Família, pois o litígio jamais poderá ser encarado somente no aspecto objetivo, sem que se leve em considerações suas subjetividades e emoções complexas.

Vale salientar, porém, que Paulo Lôbo entende ser necessária a distinção entre a afetividade (princípio) e o afeto (fato psicológico ou anímico). Para ele, a afetividade deve perdurar entre pais e filhos até o falecimento de um destes ou até que ocorra a perda do poder familiar, pois “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (LÔBO, 2013).

Por essa razão, não se pode desconsiderar a afetividade existente entre os membros do grupo familiar para levar em conta somente a letra da lei ou os laços puramente biológicos para resolver as questões de ordem pessoal, patrimonial ou assistencial.

Tudo isso destaca a importância do direito fundamental da criança à convivência familiar, assegurado no art. 227 da CF/88, bem como nos artigos 4º e 19 do ECA, na medida em que é imprescindível ao desenvolvimento sadio e harmonioso da personalidade de qualquer indivíduo.

Conforme demonstrado com os princípios acima explanados, é notório que os novos horizontes do Direito de Família conduzem a prevalência da afetividade sobre os meios unicamente formais e, com isso, a família socioafetiva conquista cada vez mais o apoio de doutrinadores e magistrados.

4.1.3 Do Poder Familiar

O poder familiar é a denominação que o Código Civil de 2002 adotou para o *pater familias*, que consistia no poder autoritário exercido pela figura masculina sobre a família. Atualmente esse poder familiar pode ser exercido por ambos os genitores.

A respeito do tema Carlos Roberto Gonçalves explica:

O poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio poder”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. No aludido direito denominava-se *pátria potesta* e visava tão somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Este tinha o *jus vitae et necis*, ou seja, o direito sobre a vida e a morte do filho. Com o decorrer do tempo restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família, que não podia mais expor os filhos (*jus exponendi*), matá-lo (*jus vitae et necis*) ou entregá-lo como indenização (*noxae deditio*) (GONÇALVES, 2012, p.413).

Como bem pontua Silvio Rodrigues *poder familiar* é “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes” (RODRIGUES, 2003, p. 356).

Para Maria Helena Diniz:

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos (DINIZ, 2002, p.1056).

O poder familiar, concebido como *múnus público*, é um complexo de direitos e deveres, pois “ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho” (GONÇALVES, 2012, p.414). É portanto, irrenunciável (não pode os pais renunciá-lo), indelegável (não pode os pais transferi-lo a outrem), imprescritível (o genitor não perde o direito por não exercitá-lo) e, por fim, incompatível com a tutela, pois não pode os pais nomear tutor ao menor, caso os mesmos não tenham sido suspensos ou destituídos do poder familiar.

O exercício do poder familiar abrange um conjunto de deveres, impostos pela lei em favor dos filhos, conforme está expresso no artigo 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - Dirigir-lhes a criação e educação;
II - Tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para se casarem;
IV - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - Representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Cabe a ambos os pais o dever de criar e educar os filhos na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá de forma exclusiva, ao passo que todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar, não havendo distinção entre

legítimos e ilegítimos por ordem constitucional. Vale ressaltar que nem sempre essa tarefa é desempenhada com afeto e dedicação dos quais precisam uma criança.

O poder familiar deve ser exercido pautado no princípio do melhor interesse do menor, o Estado pode, quando achar necessário, intervir nesta relação. A suspensão ou perda do poder familiar é a medida tomada com finalidade de proteger o menor do comportamento irregular de um genitor ou de ambos.

A respeito da suspensão pontua Maria Helena Diniz:

[...] Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. Por ex., poderá o juiz privar o pai da administração do patrimônio do filho, se lhe está ruindo os bens, restaurando-se os com a expiração do prazo (DINIZ, 2005, p.523).

Já em relação à perda do poder familiar, trata-se de uma sanção mais grave, resta evidenciada a incapacidade do genitor de exercer os poderes-deveres decorrentes do exercício do poder familiar. Diferentemente da suspensão, a perda possui caráter permanente.

E finalmente, deve-se destacar que o poder familiar representa uma autoridade temporária tendo em vista que este cessa com a maioridade ou emancipação dos filhos.

4.2 Danos Afetivos na Relação Paterno-Filial

4.2.1 Considerações Iniciais

A família é o primeiro grupo no qual o ser humano se vê inserido. As primeiras pessoas com quem se constrói um relacionamento são os pais e essa relação deixa marcas para toda a vida. É importante ressaltar que o ser humano, desde os primórdios, sente a necessidade de buscar apoio em seus semelhantes como forma de sobrevivência, através de proteção e auxílio.

O afeto e o amor passaram a se destacar dentre os sentimentos primordiais no desenvolvimento da relação familiar. A afetividade é indispensável para o desenvolvimento saudável dos filhos, desde o início de sua existência, ganhando assim relevância no mundo jurídico, gerando direitos e obrigações, com isso, as pessoas passam a exigir o cumprimento do dever de afeto, surgindo à figura do abandono afetivo.

Abandono afetivo consiste na situação em que o pai ou a mãe deixa de prestar a assistência física e psíquica ao filho, por vontade própria deixa de conviver com o mesmo, nada mais é do que a “atitude omissiva dos pais no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar” (MACHADO, 2013).

Destarte, percebe-se que o abandono afetivo não ocorre tão somente quando há ausência física e moral do pai na vida do filho, mais também, embora haja coabitação entre eles, o pai não dar ao filho a menor demonstração de afeto e atenção.

Acerca deste assunto, Maria Berenice Dias discorre:

A convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (DIAS, 2013).

Nessa linha, se posiciona Ana Carolina Brochado Teixeira:

Amor não é imposto, mas responsabilidade, sim. Justifica-se, desta forma, o instituto da autoridade parental, tido como um poder-dever, que é irrenunciável. Assim, a ausência e o descompromisso de um genitor podem originar danos aos filhos, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida (TEIXEIRA, 2005, p. 151).

Nesse mesmo sentido o artigo 227 da Constituição Federal, traça um panorama das responsabilidades da família em relação ao menor, apontando para o fato de que fornece apenas suporte material não é suficiente para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, tal princípio consagra expressamente o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, quando traz consigo os deveres de assistência, cuidado, educação, criação, englobados por uma obrigação de cunho legal, nos quais são direitos que integram a personalidade, cuja rejeição provoca dano moral.

Destaca-se, portanto que o dano moral consiste na afetação dos direitos da personalidade da pessoa, gerando um abalo na tranquilidade psíquica desta, assim o abandono afetivo, e sua grande maioria geram constrangimentos aos filhos, afetando assim a dignidade da criança ou adolescente.

Nesse contexto, a Constituição prevê a indenização por dano moral, quando estabelece:

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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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).

Pode se perceber então que a própria Carta Magna garante a possibilidade de reparação por danos morais decorrentes de sofrimento, constrangimento e principalmente pelo abandono afetivo, que pode causar danos de elevada monta psicológica.

Convém salientar que o abandono afetivo é pior do que o abandono material, conforme destaca Claudete Carvalho Canezin, já que, embora a carência financeira possa ser suprida por terceiros interessados, como parentes, amigos, ou até mesmo pelo Estado, através dos programas assistenciais, “o afeto e o carinho negado pelo pai a seu filho não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantar a ausência paterna (CANEZIN, 2013).

Podemos observar uma crescente procura pelo judiciário, a fim de que os casos de abandono afetivo na filiação sejam resolvidos, os quais são oriundos principalmente da quebra dos deveres jurídicos do exercício do poder familiar dos genitores.

Entretanto, é necessário compreender que a possibilidade de indenização em face do abandono afetivo é importante pelo caráter punitivo e educativo ao ofensor na perspectiva da função social da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa mesma linha Rolf Madaleno explica:

A condenação de hoje pelo dano moral causado no passado, tem imensurável valor propedêutico para evitar ou arrefecer o abandono afetivo do futuro, para que pais irresponsáveis pensem duas vezes antes de usar seus filhos como instrumento de vingança de suas frustrações amorosas.

Embora possa até ser dito que não há como o Judiciário obrigar amar, da mesma forma deve ser observado que o Judiciário não pode se omitir de tentar acabar com essa cultura de impunidade que permanece no ordenamento jurídico brasileiro desde os tempos em que as visitas representavam mera faculdade que os pais tinham ou mesmo era considerada um direito do adulto em relação aos filhos e não como o é hoje um claro e incontestável dever que os genitores possuem de proporcionar aos filhos a convivência familiar contínua (MADALENO, 2011, p.377).

Essa questão da falta de afeto dos pais em relação aos filhos é situação muito séria, mas que aos poucos vem quebrando paradigmas e solidificando entendimentos positivos quanto ao direito dos filhos buscarem na justiça uma indenização pelos danos sofridos, não que isto lhe aliviará a dor do abandono, mas servirá como uma forma de demonstrar o valor dos seus sentimentos.

4.2.2 Das Divergências Acerca do Tema

Primeiramente é necessário frisar que a possibilidade de indenização em face do abandono paterno-filial, na doutrina e na jurisprudência não é de todo pacífica, o referido tema possui muitas opiniões dentre os mais renomados especialistas no Direito de Família, principalmente pelo fato da matéria ainda não ter sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, a divergência estava fundada na questão, da possibilidade de a Justiça obrigar um pai a amar um filho, no entanto, aos poucos, a discussão ficou em torno do dever ou não de os pais cuidarem dos filhos e qual a extensão desse cuidado.

Os que advogam a tese favorável à indenização, utiliza como argumentos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio implícito da afetividade, bem como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Para Rolf Madaleno é possível à aplicação do instituto da responsabilidade civil em tais casos, afirmando que:

Contudo, exatamente a carência afetiva, tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante, justifica a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a falta consciente deste suporte psicológico causa ao rebento, sendo muito comum escutar o argumento de não ser possível forçar a convivência e o desenvolvimento do amor, que deve ser espontâneo e nunca compulsório, como justificativa para a negativa da reparação civil pelo abandono afetivo (MADALENO, 2011, p.376).

Para Ana Carolina Brochado Teixeira “a ausência e o descompromisso de um genitor podem originar danos aos filhos, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida” (TEIXEIRA, 2005, p.134). Segundo a autora, “não há dúvidas de que o descumprimento de tais funções é gerador de responsabilização civil, desde que cause um dano no filho, principalmente na sua integridade psíquica” (TEIXEIRA, 2005, p.134).

Estabelecer uma indenização não significa obrigar os pais a amarem seus filhos, mas a assumirem todas as obrigações oriundas da concepção de uma criança, do exercício pleno de todos os deveres decorrentes do poder familiar. Do mesmo modo Gagliano e Pamplona Filho partilham da ideia, quando afirmam:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.737).

Em sentido contrário às posições doutrinárias expostas, alguns autores entendem não ser possível à reparação pecuniária nos casos de abandono afetivo, sob pena de não ser possível quantificar o amor, sem se esquecer do fato de que ninguém pode ser obrigado a amar.

De fato, há resistência em reconhecer o direito à indenização por abandono afetivo na esfera das relações familiares, tendo em vista o seu caráter eminentemente subjetivo. De toda forma, ainda quando reconhecida a existência do dano provocado pela conduta ilícita, existe como barreira a dificuldade de acreditar na indenização pecuniária como forma de compensação pelo sofrimento, pela falta de amor. Nesse sentido, Sergio Gischkow Pereira se posiciona no sentido de que “em um momento em que se proclama o amor como ponto central e alicerce do novo Direito de Família, buscando afastar a prevalência do aspecto patrimonial, seria incoerente admitir a mensuração de sentimentos e impulsos eróticos através do dinheiro” (PEREIRA, 2002, p. 410).

Dentre os que defendem a impossibilidade de indenização por abandono materno ou paterno-filial está Fernanda dos Passos, que afirma:

Quanto à característica de ‘certo’ necessária para um dano indenizável, é preciso enxergar que, se o dano realmente foi desencadeado pela falta de amor esperado, ele não terá um ponto final. O dano não terá cessado no momento da propositura da ação e, provavelmente, poderá até aumentar com o decorrer do tempo. Para um dano desse tipo seria necessário inventar uma indenização ad aeternum, quase uma prisão perpétua aplicada ao Direito Civil. No momento da propositura da ação não é possível mensurar o dano pois ele não tem começo, nem fim (PASSOS, 2013).

A autora afirma ainda que:

Portanto, perquirir culpa de um pai por não amar o filho, ou o filho por não amar o pai, é inócuo; é querer que o Direito determine o amor, o que é, no mínimo, um contrassenso. O amor esperado pelo senso-comum é apenas uma expectativa, não uma realidade.

(...)

Tal dano não foi provocado por conduta ilícita do pai, pois afeto, carinho são dados e conseguidos de maneira espontânea. Nenhum sentimento pode ser imposto, assim, não há como falar em uma conduta ilícita ensejadora de dano injusto. O dever de visita pode até ser imposto por decisão judicial, mas presença não significa afeto. O fato do pai ser presente não significa que será estabelecida relação amorosa entre pai e filho. A simples presença paterna não garante boa formação psicológica de um filho; pode, até mesmo, ser fator de deterioração da formação filial, dependendo das características do pai (PASSOS, 2013).

Ainda afirma a corrente negativa que compensar afeto com dinheiro não é eficaz, tendo em vista que afeto é afeto e dinheiro é dinheiro, cada um se presta a atender uma gama de necessidades, que não se confundem.

Pelas razões expostas, denota-se que para parte da doutrina, deve haver uma análise responsável e prudente dos requisitos autorizadores da responsabilização civil nos casos de abandono afetivo para que possa surgir o dever de indenizar (MACHADO, 2013).

4.2.3 Análises Jurisprudencial

O abandono afetivo, recorrente na realidade social há muito tempo, aos poucos vem ganhando espaço na seara judicial. Claro que com o passar do tempo, cada vez mais casos vêm chegando ao crivo do Poder Judiciário, mas até o momento atual não há jurisprudência sólida num posicionamento uniforme acerca do assunto, especialmente no que toca aos tribunais superiores.

A primeira decisão acerca do referido tema foi proferida na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa – RS (141/1.03.0012032-0), na qual condenou o pai ao pagamento de duzentos salários-mínimos à filha pelo abandono material e psicológico que lhe infundiu. Considerando que não foi apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça, hoje referida ação encontra-se em fase de execução.

Essa decisão se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, levando em consideração a necessidade da filha de estar junto do pai para seu desenvolvimento.

Em sede de 2º grau, merece destaque a ação oriunda da Comarca de São Gabriel – RS, cuja sentença condenou o genitor ao pagamento de danos morais ao filho causados pela ausência injustificada na vida do mesmo, mais indenização por danos materiais. A referida decisão se manteve em 2º grau, apesar de voto contrário do Desembargador José Ataíde Siqueira Trindade no sentido de que a demanda deveria ser julgada improcedente em virtude da falta de comprovação de dano sofrido pelo autor (BRASIL, 2007).

Merece destaque, ainda, a decisão proferida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) que reformou a sentença proferida pela 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - MG, para condenar o pai ao pagamento de indenização por danos morais afirmando que a dor sofrida pelo filho em decorrência do abandono paterno; deveria ser indenizada, conforme demonstra a ementa do referido julgamento:

EMENTA – INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE, A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2004).

No mesmo sentido, podemos destacar o julgado quanto ao fato de o pedido ser juridicamente possível:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 015096006794 APELANTE: CARLA DOS SANTOS FERNANDES APELADO: PAULO CEZAR FRANÇA CABRAL RELATOR: DES. SUBST. FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY A C Ó R D ã O EMENTA: PROCESSO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - GENITOR - ABANDONO MORAL E FALTA DE AFETO - PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL - SENTENÇA ANULADA - PROSSEGUIMENTO REGULAR DO FEITO - RECURSO PROVIDO.

2. No caso de pedido de indenização por danos moral em decorrência de abandono moral e falta de afeto por parte do genitor, é necessária a caracterização dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais

sejam, o dano experimento pelo filho, o ato ilícito praticado pelo pai, e liame causal que conecta os referidos elementos.

3. Recurso conhecido e provido. VISTOS, relatados e discutidos, estes autos em que estão as partes acima indicadas. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, anulando a sentença objurgada e determinando o retorno dos autos à instância de origem, para o seu regular processamento (BRASIL, 2010).

Da leitura dos referidos julgados, percebe-se que as decisões foram favoráveis aos filhos, condenando os genitores em virtude do abandono afetivo. Contudo, há uma tendência em não reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de reparação pecuniária.

Dentre essas decisões desfavoráveis, destacamos a Apelação Civil da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul, segue a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes danos e desequilíbrio emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação (...) (BRASIL, 2008a).

Assim, segundo o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não basta afirmar a existência do dano, deve-se comprová-lo para que seja preenchido um dos requisitos indispensáveis da Responsabilidade Civil, sem o qual não há que se falar em indenização.

Nessa linha, há também posição jurisprudencial no sentido de que, em razão da impossibilidade de avaliar quantitativamente o dano, a falta de afeto não pode ser considerada como um dano indenizável, conforme se afere abaixo:

Na verdade, a queixa do apelante diz com atos de desamor que seu pai teria incorrido. Mas afeto e amor não se pode avaliar quantitativamente, não sendo possível aferi-los como dano indenizável, mas como dano que haveria de ser evitável pelo pai. Não o sendo, não há como dimensioná-lo em dever de indenizar. Assim, a obrigação ao afeto não pode ser quantificada de maneira objetiva, podendo, quando muito, ter consequências punitivas ou dissuasórias ao pai faltoso ou omissor. Acrescento, por fim, que os danos psicológicos advindos da ausência de qualquer vínculo afetivo entre as partes, ao contrário

de serem reparados por meio de indenização financeira, não de ser amenizados mediante a aproximação entre as partes, a permitir a construção de verdadeira relação de amor e respeito entre pai e filho. No caso em julgamento, embora presumível que possa ter ocorrido a ausência e omissão de afeto e carinho do pai ao filho, ora recorrente, não vislumbro se possa aqui, como solução, atribuir-se a obrigação indenizatória, da lei civil ao agente “provocador”, como meio reparador do dano sofrido pelo autor, com sanção pecuniária (BRASIL, 2008b).

Assim, da análise da jurisprudência até aqui colacionada, percebe-se um desequilíbrio jurisprudencial acerca do referido tema, uma vez que se encontra clara a existência das duas posições.

Ainda, cabe referir sobre a decisão inédita do Superior Tribunal de Justiça, que julgou no dia 24 de abril de 2012 o recurso especial de nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), o qual um pai a pagar indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para a filha pelos danos morais causados por abandono afetivo, segue a ementa do julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2012).

Até então, o Tribunal Superior vinha decidindo em sentido contrário, razão pela qual a referida decisão trouxe inovações ao ordenamento jurídico brasileiro.

A mencionada decisão foi relatada pela Ministra Nancy Andrighi, a qual a fundamentou com os seguintes argumentos:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever [...] (BRASIL, 2012).

Conforme referido, essa última decisão do STJ foi de grande importância, na medida em que poderá servir de base para decisões futuras. Contudo, a controvérsia sobre o tema abordado está longe de ter sido encerrada. Esse assunto ainda precisa ser bastante discutido, como também cada caso deverá ser indagado isoladamente, analisando a presença dos pressupostos necessários para a caracterização do dano moral pelo abandono afetivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia abordou o tema do abandono afetivo, analisando a possibilidade de condenar os pais por danos morais provocados pela falta de afeto aos filhos frente ao ordenamento jurídico brasileiro e aos princípios norteadores do Direito de Família, em especial o princípio da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Analisou-se o aspecto afetivo da nova família brasileira, que substituiu a organização patriarcal para dar lugar a todos os tipos de organizações familiares. O Judiciário, aos poucos, vem se desprendendo do formalismo rígido, a fim de levar em conta as alterações sociais das últimas décadas em seus julgados e assim, atender a um maior número de demandas envolvendo questões afetivas.

Verificou-se também que o dever de convivência familiar surge no ordenamento pátrio como direito fundamental da criança e do adolescente, compreendendo o dever dos pais de prestarem afeto, carinho, atenção e orientação aos filhos. Assim, não é só a presença física dos pais que cumprirá de forma satisfatória o dever de convivência familiar, exigindo-se, sobretudo, a presença moral e afetiva.

Com fundamento nessas proteções, o Código Civil de 2002 disciplinou as relações familiares conferindo aos pais direitos e deveres com relação aos seus filhos,

através do instituto do Poder Familiar que, ao contrário do que possa parecer, traduz-se muito mais em deveres do que poderes.

Cumpra lembrar que a obrigação de indenização em face do abandono afetivo só estará configurada se estiverem os presentes os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta culposa ou dolosa, o nexo causal e o dano. Sendo assim, o julgamento será objetivo e baseado em fatos concretos.

No entanto, há controvérsia acerca da possibilidade de reparação pecuniária decorrente do abandono afetivo do genitor. Nos dois sentidos existem posições, tanto para defender a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo, quanto para rejeitar. De fato, os argumentos expostos no trabalho pelas duas correntes são bastante fortes e convincentes, de modo que chegar a uma conclusão absoluta acerca da matéria consiste em uma difícil missão.

Uma das principais polêmicas reside na afirmação de que o afeto não é um dever, uma vez que nem o legislador constituinte, nem o legislador infraconstitucional o estabeleceram expressamente como tal.

Os doutrinadores que defendem a responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo argumentam que o instituto além da função reparadora e punitiva, possui a função socioeducativa, dissuasória, devendo ser aplicada com a finalidade de expor à sociedade e ao ofensor a reprovação do Direito com a conduta de abandono, para que os pais tenham consciência de seus deveres e, assim, sejam evitados novos casos de abandono. Sustentam ainda que não há monetarização do afeto ao estabelecer uma indenização e tampouco se trata de obrigar os pais a amarem seus filhos, mas sim de deixar claro que devem cumprir com os deveres inerentes à maternidade e paternidade.

Por outro lado, o dano moral afetivo não é um ato ilícito indenizável, mas *caducificante*, ou seja, que gera a perda de direitos ou pretensões. O pai que abandona moralmente seu filho perde o poder familiar, antes garantido, sem ter o dever de indenizar o abandonado; porém, é obrigado a prestar alimentos, educação, assistência material (dever de cuidar).

A falta de proximidade entre pais e filhos é algo crescente em nossa sociedade e deve ser combatida, seja por meios legais, seja por meios culturais. O que não se pode tolerar é que uma criança seja privada da convivência com seu pai por motivos que não lhe dizem respeito.

Conclui-se, por fim, que o Direito, especialmente o Direito de Família, não possui fórmulas exatas de aplicação. Cada caso é um caso, cada família é uma família, cada dor é uma dor e cada amor tem a sua própria medida. Assim, nessa seara, jamais se poderá falar de “ações em massa” ou “modelos de sentença”, pois a lei regula situações genéricas, que devem ser analisadas na sua especialidade.

Na conduta dos adotantes que faz consubstanciado, o dano moral indenizável, com respaldo na orientação jurisprudencial desta Corte Superior (T3 Terceira Turma), que tem reconhecido o direito a indenização nos casos de abandono afetivo, nos casos em que, o adotando passou a conviver com os pretensos adotantes, sob guarda desses por um período considerado de tempo, e depois devolvido a uma instituição acolhedora.

Nas condutas em que são expostas simplesmente o fato do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos; a (T4 – Quarta Turma), vem decidindo que não cabe indenização por abandono afetivo, pois o mesmo não constitui crime algum; não configurado ato ilícito, a falta de amor para com o filho(os).

Com isso, ainda não se tem uma jurisprudência definitiva formada para o abandono afetivo, ficando cada caso a ser analisado conforme o conjunto de atos ilícitos praticados pelos genitores ou adotantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.159.242/SP, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 22 out. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70022648075, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José S. Trindade. Porto Alegre, 24 de janeiro de 2008a. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> . Acesso em 23 out. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70024351322, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 19 de novembro de 2008b. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 23 out. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70021427695, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Claudir Fidélis Faccenda. Porto Alegre, 29 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22 out. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo**. Apelação Cível, 15096006794, Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19190284/apelacao-civel-ac-15096006794-es-15096006794>> Acesso em: 22 out. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Juiz Unias Silva. Belo Horizonte, 1 de abril de 2004. Disponível em:<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=408.5505%2520&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>> Acesso em: 22 out. 2013.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2022.

Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família, 20. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

Direito Civil Brasileiro. v.6. Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

CANEZIN, Claudete Carvalho, **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 36, jun. /jul. 2006.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: decisão do STJ. Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3361, 13 set. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22613>>. Acesso em: 23 set. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CORREIA, Jadson Dias. Responsabilidade civil do advogado. Revista Jus navigandi, ISSN 1518-48962, Teresina, ano 4, n.36, 1 nov. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/662>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CUNHA, Matheus Antônio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332. Acesso em: 21 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.7. Responsabilidade Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Claudia Regina Bento de. **O *Quantum* Indenizatório em Dano Moral: Aspectos Relevantes para a sua Fixação e suas Repercussões no Mundo Jurídico**. [dissertação]. Rio de Janeiro. Escola de Magistratura do Estado do Rio Janeiro.2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4. Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3483, 13 jan. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23437>>. Acesso em: 18 out. 2022.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª Ed. rev. atual e amplo. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2011.

MARIN, Brunna; CASTRO, Carolina. **Abandono afetivo e o ordenamento jurídico brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3709, 27 ago. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25122>>. Acesso em: 18 out. 2022.

MATIELLO, Carla. **Quanto vale o afeto? Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3676, 25 jul. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25019>>. Acesso em: 22 out. 2022.

MIRANDA, Amanda Oliveira Gonçalves de. **Responsabilidade civil dos pais nos casos de abandono afetivo dos filhos. Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3242, 17 maio 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21799>>. Acesso em: 20 out. 2022.

Novo Curso de Direito Civil. V.8. Direito de Família. 1ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011;

PASSOS, Fernanda dos. **Falta de amor: um ato ilícito?** Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/conteúdo/falta-de-amor-um-ato-il%C3%ADcito>> Acesso em: 20 set. 2022.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** Atualizado por Tania da Silva Pereira v.5. 16. ed. rev. e ato. Rio de Janeiro: Forense 2007.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **O dano moral no direito de família: o perigo os excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade – dano moral.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Princípio jurídico da afetividade na filiação. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, maio 2000. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/527>. Acesso em: 18 out. 2022.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. _____ . *Dano Moral.* 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. **A impossibilidade de reconhecer o abandono afetivo parental como dano passível de indenização.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20136>>. Acesso em: 27 set. 2022.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* v. 4. **Responsabilidade Civil.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP, da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF>. Acesso em 22 out. 2022.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana.** Revista Brasileira da Direito de Família. v. 7, n. 32, out./nov. 2005. Porto Alegre: Síntese, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo. Apelação Cível, 15096006794, Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Disponível em: < <http://tjes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19190284/apelacao-civel-ac-15096006794-es-15096006794>> Acesso em: 22 out. 2022.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Juiz Unias Silva. Belo Horizonte, 1 de abril de 2004. Disponível em:<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=408550&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=4>

08.5505%2520&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=> Acesso em: 20 set. 2022.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70021427695, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Cláudio Fidélis Faccenda. Porto Alegre, 29 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 20 set. 2022.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70022648075, da 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José S. Trindade. Porto Alegre, 24 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 20 set. 2022.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70024351322, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 19 de novembro de 2008. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 23 set. 2022.

VENEZ, Hilma da Silva Costa. **Possibilidade de indenização em face do abandono afetivo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3480, 10 jan. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23326>>. Acesso em: 19 out. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

VITIMOLOGIA: por que as mulheres permanecem em relacionamentos violentos? *

VICTIMOLOGY: why do women stay in violent relationships?

Ana Paula do Nascimento Pinto ¹

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6704864266237232>. E-mail: anapaula.anapaula.nascimentopi@gmail.com.

* Este estudo faz parte do trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI.

RESUMO

No presente trabalho, buscou-se um olhar voltado à permanência de mulheres em relacionamentos violentos, objetivando a compreensão dos fatores sociais, históricos e subjetivos que proporcionam essa continuidade das vítimas dentro dessas relações. Foi desenvolvido por meio de Revisão Bibliográfica, onde foram comparados estudos e publicações de autores que se debruçaram sobre o tema, de modo a desenvolvê-lo da melhor forma, tendo assim, alcançado os objetivos estabelecidos. Verificou-se que a presença do patriarcalismo, que gera uma visão machista na sociedade, criando uma objetificação da figura feminina, ainda permeia grande parte dos relacionamentos e, se misturada a um ciúme desmedido, provoca o surgimento de relacionamentos abusivos e, por consequência, violentos.

Palavras-chave: Vitimologia. Relacionamentos amorosos. Femicídio.

ABSTRACT

This paper focuses on the permanence of women in violent relationships, aiming to understand the social, historical and subjective factors that cause the victims to stay in these relationships. The research was conducted by means of a bibliographic review, comparing studies and publications by authors who worked on the subject in order to elaborate it in the best way possible, thus achieving the established objectives. It was verified that the presence of patriarchy, which generates a misogynist view in society and by consequence objectifies the female figure, still permeates most relationships and, when mixed with excessive jealousy, results in abusive, and consequently violent, relationships.

Keywords: Victimology. Romantic Relationships. Femicide.

1. INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o aumento de violência realizada por parceiros íntimos tem causado transtorno na vida de muitas mulheres, estando o Brasil como 5º país no mundo – em um grupo de 83 – em que se matam mais mulheres, de acordo com o Mapa da

Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – Flacso (WAISELFISZ, 2015).

Segundo Coulanges (1996), na época greco-romana, o símbolo feminino tinha pouca representatividade, assumindo um papel submisso em relação ao homem e doutrinado à religião, normas e valores que eram repassados de sua casa de origem para seu lar quando se casasse, deixando de ser propriedade de seu pai e passando a ser propriedade de seu marido, não podendo fazer escolhas e/ou responsabilizar-se por seus atos, por esses quem respondia era seu pai ou marido.

No século XIX, a mulher seguia um estilo de vida patriarcal, as filhas deveriam seguir os passos da mãe, caso não, atribuíam-lhes a vida religiosa, e ao sair da casa de seus pais não podiam trabalhar, estudar ou ter vontade própria, obedecendo fielmente ao marido, repetindo a conduta de sua mãe (COULANGES, 1996).

Segundo Saffioti (1976), durante todo o período colonial, a timidez e a ignorância constituíam, como registram os viajantes estrangeiros, traços essencialmente femininos o que se mantém impregnado na essência da sociedade atual, onde, por muitas vezes, as mulheres são tratadas e tidas como objetos por seus companheiros, que agem como se tivessem o direito de humilhá-las e agredi-las. Nesse sentido, temos que as relações hierárquicas entre os homens, assim como a solidariedade entre eles existente, capacitam a categoria constituída por homens a estabelecer e a manter o controle sobre as mulheres (SAFFIOTI, 2004).

Importante atentar-se ao fato de que o comportamento machista impregnado nas relações íntimas, se atrelado ao ciúme, que por muitas vezes adquire traços patológicos, corrobora para que esse tipo de ciclo de violência perdure (OLIVEIRA; BRESSAN, 2014). O ciúme é um dos motivos mais relatados nas situações de violência de gênero, e, embora possamos chamá-lo de “normal”, o ciúme não é, em absoluto, completamente racional, isto porque, mesmo que derivado da situação real, proporcionado às circunstâncias reais e sob o controle do ego consciente, acha-se profundamente enraizado no inconsciente, sendo uma continuação das primeiras manifestações da vida emocional da criança e origina-se no Complexo de Édipo ou de irmão-e-irmã do primeiro período sexual (FREUD, 1922).

Hirigoyen (2006) menciona uma estratégia de lavagem cerebral aplicada a prisioneiros de guerra e que são utilizadas pelos agressores a suas companheiras,

referindo-se a esta como uma das técnicas mais perversa de manipulação, que começam com proibições maquiadas por atitudes de cuidado, como não deixar trabalhar, conviver com amigos e família, fazendo com que sua atenção esteja inteiramente voltada para o parceiro.

Essa realidade vivida pelas mulheres possibilita condições perfeitas para se construir um cenário de violência e disposição para a prevalência de relação abusiva, onde predomina o excesso de poder sobre o outro, o desejo de controlar o parceiro, de tê-lo para si, iniciando-se de forma sutil e aos poucos chegando aos limites e causando sofrimento e mal-estar (BARRETO, 2015).

A Organização Mundial Da Saúde (OMS) define violência como o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (OMS, 2002, p.5).

Ademais, precisa-se levar em consideração os fatores subjetivos e objetivos que levam mulheres a continuar nesse tipo de relacionamento, onde sofrem diariamente com o ciclo de violência física e psicológica. Entre os fatores objetivos, temos a alta incidência de dependência econômica da vítima em relação ao agressor, onde 29% das mulheres apontam ser esse fator que impede a denúncia (DATASENADO, 2017).

Outro ponto a ser analisado trata do fator de dependência emocional das vítimas em relação aos agressores onde a vítima romantiza o comportamento do agressor e acaba criando uma expectativa de que ele mude, de que supra essa expectativa criada, como corroboram pesquisas recentes sobre o tema (COSTA et al., 2015; IDALINO; LOPES, 2015).

Nesse sentido, ao que parece, há um componente social articulado à dependência emocional da mulher, tendo como base a sociedade machista e a subjugação da mulher em relação ao parceiro, de modo que a idealização do amor romântico é um importante fator gerador da mesma, como apontam pesquisas sobre o tema (IDALINO; LOPEZ, 2015).

2. RELACIONAMENTOS ABUSIVOS E FEMINICÍDIO

O presente capítulo visa apresentar o conceito de feminicídio e as atuais estatísticas a respeito do tema, bem como trazer um apanhado histórico da subjugação feminina e do surgimento dos relacionamentos abusivos.

Conforme descreve Barretto (2015) esses relacionamentos são aqueles em que há excesso de poder de controle, culminando em um sentimento de posse, bem como na objetificação do outro. Na perspectiva da autora, os relacionamentos abusivos iniciam de modo sutil e podem ultrapassar os limites do que se constitui como “sadio”.

2.1 A subjugação da mulher no contexto histórico

A desigualdade de gênero advém de uma construção cultural ao longo da história, na medida em que os indivíduos nascem sexualmente definidos, entretanto, a elaboração cultural de papéis sociais impostos a homens e mulheres fundamenta a desigualdade estabelecida nas relações de gênero, advindo dessa realidade a necessidade de conhecer e afastar-se da compreensão da desigualdade de gênero como algo natural, compreendendo que passa por outros elementos que se inserem tanto no contexto social, como político, econômico e cultural (OSTERNE; SILVEIRA, 2012, p. 103).

O referente gênero é uma relação social, que remete os indivíduos a uma categoria previamente constituída (SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995, p.20). Desse modo, há que se perceber a relação intrínseca entre gênero e a discussão sobre a violência contra mulheres. Ocorre também que, a utilização da categoria gênero introduziu nos estudos sobre violência contra as mulheres a expressão “violência de gênero” (SANTOS; IZUMINO, 2005, p.148).

Reed (2011, p.26-27) explica que Morgan (1818-1881), maior expoente da investigação antropológica do século XX, caracterizou os três principais estágios do processo humano, sendo o primeiro chamado de selvagem, a segunda barbárie e o terceiro civilização. A sociedade primitiva tribal era dotada de autonomia e com caráter democrático e igualitário entre homens e mulheres, cuja unidade era fundada pela “*gens materna ou clã materno*”, diferente da sociedade atual cuja família paterna atua como unidade de referência, deixando claro o desenho patriarcal (REED, 2011, p.29).

Desde a Grécia Antiga, a figura feminina é considerada um ser com a posição menos elevada que os demais, ou seja, ínfera (ZAIDMAN, 1990). Ressalta-se que o homem tinha como função garantir o sustento de casa, uma vez que sua força física e racionalidade eram consideradas superiores, sendo sua palavra uma decisão, à mulher só restava obediência (SANTOS *ET AL*, 2019).

A população romana compartilhava da mesma percepção que a grega, acreditavam que o ambiente adequado para mulheres era o doméstico, sendo responsáveis pelos afazeres do lar e pela criação e cuidado com os filhos (PATTI, 2004 *apud* BORIN, 2007). Na Idade Média, havia uma dominante valorização da Igreja acerca da maternidade, no qual declarou que o casamento, para ser duradouro, deveria ter o marido o dever de comandá-lo e a esposa deveria obedecer sem questionamentos (MACHADO, 2007; BORIN, 2007).

Em detrimento dessa relação de submissão estabelecida entre homens e mulheres de geração em geração, na tentativa de ruptura hierárquica, cada um dos envolvidos utiliza as armas que tem: eles, os músculos; elas, as lágrimas; onde, por evidente, elas levam a pior, tornando-se vítimas da violência masculina (DIAS; REINHEIRMER, 2011, p.196).

Foi com a Revolução Industrial que as mudanças de fato aconteceram, sendo a mais importante delas a inserção das mulheres no mercado de trabalho, apesar de os empregadores justificarem a ausência de saber técnico como justificativa para ocupação de cargos inferiores, que visavam a limpeza do local (TEIXEIRA, 2009).

A época também foi marcada pelo início de movimentos que visavam um ambiente mais adequado e digno de trabalho, salários justos e acesso a ensinos superiores (BORIN, 2007).

O movimento feminista, nas suas mais diversas vertentes, trouxe para a discussão sobre gênero a necessidade de uma explicação para essa subordinação das mulheres, amplificada a partir da segunda onda feminista, todavia, ainda era utilizado a categoria “mulher” em vez de gênero, aquela como forma de contrapor uma construção social e da linguagem que trazia como sujeito universal “homem” (PEDRO, 2005, p. 79-80).

Piosevan (2014) explica que há diversas vertentes feministas no mundo: “(...) o direito à igualdade formal (como pretendia o movimento feminista liberal),

a liberdade sexual e reprodutiva (como pleiteava o movimento feminista libertário radical), o fomento à igualdade econômica (bandeira do movimento feminista existencialista) e o direito à diversidade sob as perspectivas de raça, etnia, entre outras (como pretende o movimento feminista crítico multicultural) (...)”. Também a categoria “mulher” foi repensada em virtude das diferenças existentes entre as próprias mulheres, “(...) e que aquilo que formava a pauta de reivindicações de umas, não necessariamente formara a pauta de outras” (PEDRO,2005, p.82).

No Brasil, movido pelos estudos feministas da década de 80, que acamparam a influência norte-americana e francesa sobre questões afetas a discussão de sexo biológico e gênero, houve consenso em relação a utilização da categoria “gênero” em substituição à categoria “mulher” no debate sobre a temática que se relaciona às mulheres (SANTOS; IZUMINO, 2005, p. 155). Compreende-se que a análise sobre gênero não pode ser dissociada do patriarcado, na medida em que seria ele o elemento que revela como se delimita e se estabelece a relação de dominação-exploração entre homens e mulheres (SAFFIOTI,2004).

Cabe ressaltar que pela primeira vez o termo “violência de gênero” foi utilizado no Brasil, para referir-se à comum utilização da categoria violência contra a mulher como sinônimo de violência de gênero, além de confundir-se também a violência doméstica com violência familiar, explica-se também que conceito de gênero pode indicar neutralidade, uma vez que não explicita, necessariamente, desigualdades entre homens e mulheres, no entanto, no campo de discussão de “gênero” há um viés de superioridade masculina, fazendo com que o patriarcado continue em situação de pano de fundo dessas relações sociais entre homens e mulheres (SAFFIOTI, 2004, p. 69). Juntamente com Sueli Souza de Almeida, em livro publicado em 1995, intitulado *Violência de Gênero: Poder e Impotência* (SANTOS; IZUMINO, 2005, p. 156).

A existência de organizações e movimentos de mulheres no Brasil, possibilitou a constituição de um sujeito coletivo que alargou o campo de estudo democrático e vem sendo capaz de advogar pelo acesso e pela inovação na constituição de direitos, bem como articular-se com outros movimentos sociais, na construção de uma cidadania cada vez mais inclusiva e respeitadora das diferenças, imprimir novos paradigmas políticos e culturais e, ainda, monitorar o Estado e a sociedade no que diz respeito à compatibilidade entre as declarações de direitos e sua efetividade (BASTERD, 2011, p.13-14).

2.2 A origem e características de relacionamentos abusivos

Uma relação afetiva é aquela na qual dois indivíduos permanecem unidos, independentemente de orientação sexual, em decorrência do desenvolvimento de vínculos que podem ser tanto afetivos quanto sexuais, ou ambos. Tem-se como sustentação, através da percepção cultural, o amor para manutenção dos relacionamentos afetivos (SOUZA, 2018).

Considera-se como relação abusiva aquela onde há uma dinâmica de excesso de controle ou de tentativa de controle de um dos parceiros sobre o outro, fazendo com que o parceiro controlado assuma um papel de refém de uma vigilância constante, fundada por um pensamento disfuncional de cuidado (SOUZA, 2018).

Como violência conjugal consideramos a existência de uma relação íntima e pessoal, na qual a ligação se dê por motivos físicos e/ou emocionais, onde ambas as partes participam da vida um do outro e há a inserção da violência (física e emocional) nessa dinâmica de relacionamento (PINTO, 2018).

Faz-se alusão ao relacionamento abusivo como aquele onde prevalece uma dinâmica de violência física, porém, pode assumir outras fontes de violência, como a psicológica, patrimonial, sexual e moral, que afetam de igual forma a integridade daquele que sofre a agressão, seja ela mental e/ou física, podendo se tornar irremediável, uma vez que muitos desses relacionamentos perduram por muito tempo (NASCIMENTO, SOUZA, 2018).

Esse tipo de relacionamento inicia-se de forma compassada e quieta, alterna entre momentos de violência e comportamento gentil pautados sobre pedidos de desculpas e promessas de mudança. O ciclo de violência é dividido em quatro fases que representam tensão e ansiedade para as vítimas (LUCENA, et al. 2016; NASCIMENTO, SOUZA, 2018).

A primeira fase é caracterizada como aumento da tensão, na qual esta é elevada por incidentes que ocorrem no relacionamento onde não se percebe claramente a agressão, ocorrendo entretanto, agressões verbais. A vítima, apesar de utilizar comportamentos afáveis para tranquilizá-lo, segue negando a raiva sentida quanto a violência, buscando justificativas para tal e nutrindo as esperanças de melhora e de que pode manter o controle sobre as situações de violência (PINTO, 2018; NASCIMENTO, SOUZA, 2018; OLIVEIRA, 2011).

A segunda fase se constitui na violência física, onde o agressor intimida a vítima com gritos, ameaças, podendo ainda quebrar objetos. Tais agressões aumentam gradualmente evoluindo de tapas até a utilização de objetos para agressão. Neste momento, a vítima toma posição de aceitação frente a violência, sem uso até mesmo do questionamento ao parceiro, como forma de resposta (NASCIMENTO, SOUZA, 2018; OLIVEIRA, 2011).

Na fase seguinte se constitui uma divergência possível de observação entre a leitura de algumas literaturas. Alguns autores consideram a existência de quatro fases, outros compreendem somente três pelo fato de unirem as duas últimas fases em uma única, que seria o arrependimento e a busca de justificativa e posteriormente a lua de mel. Consideraremos, neste trabalho, as quatro fases que tomarão a compreensão dos ciclos do relacionamento abusivo mais didática.

A próxima fase constitui o arrependimento, as desculpas, na qual o agressor se mostra arrependido à vítima e busca justificativas para suas atitudes, buscando retirá-las de sua responsabilidade, onde normalmente lança sobre a vítima, e faz promessas de mudanças (NASCIMENTO, SOUZA, 2018; OLIVEIRA, 2011).

Por fim, compreende-se a fase de lua de mel como última fase do ciclo, também conhecida como fase da reconciliação, na qual o agressor mostra uma mudança de comportamento positiva, tornando-se afável e prestativo para com a vítima, que nutre expectativa de mudança e melhoria no relacionamento. Porém, com a presença da violência, o ciclo reinicia, com aumento de intensidade (NASCIMENTO, SOUZA, 2018).

O ciclo da violência perdura sobre os relacionamentos abusivos, tornando-se uma das suas características mais marcantes. Porém, se faz necessário destacar também os tipos de violência existentes, sendo importante para desmistificação de que a mesma perdura somente no âmbito físico, podendo essa classificar-se em quatro: violência psicológica, física, sexual, patrimonial e moral (ECHEVERRIA, 2018).

Na violência psicológica, o agressor utiliza-se de diversas ações como: impedir que a vítima visite amigos ou familiares, afastando-a do convívio destes, fazendo vigilância e impossibilitando que tenha vida social, afetando a integridade psicológica ao passar longos períodos sem diálogo, ou após alguma discussão exigir uma relação

sexual, assim como, diante de uma conciliação de saúde exigir que o parceiro cumpra os afazeres domésticos mesmo indisposto (NASCIMENTO, SOUZA, 2018).

Na violência física inclui-se o uso da força sobre o parceiro, importando-se ou não com as possíveis marcas deixadas, fazendo uso de agressões diversas que podem ir de tapas a homicídios. Já a violência sexual se configura na utilização de força ou ameaça, com intuito de obrigar a vítima a manter relações sexuais seja com o parceiro ou com terceiros, assim como assistir contra vontade a conteúdos pornográficos (NASCIMENTO, SOUZA, 2018).

Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006: III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que o 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.

Artigo 7º da Lei nº 11.340/2006: 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; ato de violência que implique dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, bens e valores (BRASIL, 2016).

Na violência patrimonial, o agressor impossibilita que a vítima acesse seu patrimônio, mesmo que os recursos recebidos sejam mediante seu próprio trabalho, fazendo com que o agressor retenha seus bens, incluindo os essenciais a sua subsistência. Na violência moral, as condutas do agressor visam difamar a vítima (NASCIMENTO, SOUZA, 2018).

2.3 Femicídio: conceito e estatísticas atuais

Trata-se por feminicídio o assassinato de mulheres pelas circunstâncias de gênero, onde os principais motivos são a fúria, o desprezo, a percepção de que a mulher é um objeto de sua posse e uma possível ameaça de perda de controle e poder em relação a vida e ao corpo dela.

É um crime bárbaro cometido principalmente por parceiros atuais ou ex-cônjuges, embora possa ser realizado por desconhecidos, onde a figura feminina é

tratada como descartável pelo simples fato de ser mulher (ALVES, 2018; MARQUES E XAVIER, 2018).

A cultura machista tem forte ligação com o feminicídio, uma vez que os ataques acontecem quando as mulheres não cumprem o papel designado a elas por tal cultura, como cuidadora do lar, dos filhos e do cônjuge (GROSSI, 2006). Por esse motivo, esses assassinatos se mostram em partes corporais associadas à feminilidade e desejo sexual sobre o físico das vítimas, bem como órgãos sexuais, seios e rostos (GROSSI, 2006).

O cenário que mais se destaca quando se trata de feminicídio é o familiar, onde as famílias patriarcais entregam o poder ao homem e as mulheres são vistas como propriedades, tendo como principais fatores para a ocorrência de assassinatos as várias tentativas de rompimento, as constantes agressões e a informalidade matrimonial (MENEGHEL & PORTELLA, 2017).

Em 1976, no Tribunal Internacional sobre Crimes Contra as Mulheres que aconteceu em Bruxelas, Diana Russel (1938-) trouxe o conceito de feminicídio pela primeira vez, para definir o assassinato de mulheres como condição de gênero. Baseou-se na desigualdade apresentada nas relações de poder entre o feminino e o masculino, além da perspectiva onde o direito de chefia-las, tanto de forma íntima quanto pública, lhes eram assegurados, dando autorização de forma indireta, a violentá-las bruscamente para realização de seus desejos (MENEGUEL & PORTELLA, 2017).

Salienta-se que a negação em relação a situação que muitas mulheres apresentam, está ligada a coibição acerca das experiências traumáticas sofridas nos relacionamentos violentos e também na forma como a sociedade é induzida pela cultura machista a banalizar as desigualdades de gênero, neutralizando os papéis femininos que são impostos (MENEGUEL & PORTELLA, 2017).

Assim, os homicídios cometidos intencionalmente contra as mulheres, advém dessa cultura patriarcal, sendo uma violência que não se relaciona a uma questão isolada ou transtornos mentais, mas proferida de uma raiva misógina que ocorre muitas vezes, como desfecho de uma trágica sequência de agressões (MENEGHEL & PORTELLA, 2017).

O feminicídio apresenta subdivisões, sendo elas feminicídio íntimo – cometido por homens que mantinham ou mantiveram relações sexuais com as vítimas -, feminicídio não-íntimo – onde não há relações íntimas ou sexuais entre o homicida e a

vítima, mas há uma relação de convivência que gera confiança, hierarquia ou amizade – e há, também o feminicídio por conexão, que se dá quando mulheres são mortas por estarem em meio a uma situação de violência e, ao tentarem defender as vítimas, acabam morrendo (XAVIER & MARQUES, 2018).

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) disponibilizou informações sobre as cinco formas em que essas violações podem acontecer - seja a violência física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial - e como os cidadãos podem denunciar junto à Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH). No primeiro semestre de 2022, a central de atendimento registrou 31.398 denúncias e 169.676 violações envolvendo a violência doméstica contra as mulheres.

O Brasil ocupa o 5º lugar no ranking mundial de Feminicídio, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), perdendo apenas para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia em número de casos de assassinatos de mulheres.

Em comparação com países desenvolvidos, no Brasil são mortas 48 vezes mais mulheres que no Reino Unido, 24 vezes mais que na Dinamarca e 16 vezes mais que no Japão ou na Escócia.

Segundo o Mapa da Violência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o número de mulheres assassinadas aumentou no Brasil. Entre 2003 e 2013, passou de 3.937 casos para 4.762 mortes. Em 2016, uma mulher foi assassinada a cada duas horas no país.

3. PERMANÊNCIA DE MULHERES EM RELACIONAMENTOS VIOLENTOS

O presente capítulo tem como objetivo abordar o perfil de vítima e agressor nos relacionamentos violentos e iniciar a abordagem sobre os fatores que contribuem para a permanência das vítimas dentro destes relacionamentos.

3.1 Perfil da vítima e do agressor – fatores que contribuem para permanência das vítimas no relacionamento abusivo

Tão importante quanto compreender o que é definido como relacionamento abusivo e os fatores que o envolvem, é importante entender o perfil da vítima e do agressor, o que torna ainda mais clara a identificação de um relacionamento abusivo, dessa forma, passemos a este entendimento.

Tradicionalmente, a ideia difundida é a de que mulheres somente são completas quando estão em uma relação matrimonial, ou seja, que a completude de sua vida se dá pelo parceiro, o que pode justificar a permanência de vítimas em relacionamentos abusivos, bem como seu retorno após tentativas de rompimento (PAREIRA, CAMARGO e AOYAMA, 2018).

O agressor tem consciência de seu comportamento, no entanto, ele não o vê como um problema, este tem a necessidade de controlar o outro e acredita que seu comportamento corresponde a dinâmica normal de um relacionamento amoroso, onde a culpa não se faz presente. Quando o agressor se utiliza do abuso, como forma de lidar com alguma frustração, consegue discernir o que faz, que é minar as forças e autonomia da parceira para fortalecer a si mesmo (MILLER, 1999).

Despido de culpa, o agressor a transfere para a vítima através de seu jogo de manipulação, que resulta em comportamentos que visam agradar constantemente o parceiro (abusador). Em alguns momentos, o agressor faz com que a vítima nutra expectativas de melhora, porém, no final tudo se resume a angustiantes esperanças (MILLER, 1999).

Em estudo realizado por Caldeira (2012) buscou-se identificar junto as vítimas de relacionamentos abusivos, o perfil de seus agressores e em seus resultados, verificou-se questões como não haver semelhanças ou padrão para o uso da violência em agressores de determinadas idades, sendo passível de que utilizem esse recurso em qualquer período de suas vidas.

Os resultados deste estudo indicam ainda que agressores não possuem um padrão definido, uma vez que podem apresentar qualquer idade, qualquer grau de escolaridade ou condição financeira, bem como morar em qualquer lugar, seja na zona rural ou na zona urbana (CALDEIRA, 2012).

Garcia e Silva (2018) realizaram uma pesquisa na qual buscaram identificar o perfil das vítimas de violência por parceiros íntimos, que receberam atendimento em serviços ligados ao Sistema Único de Saúde (SUS) em 2014, e os resultados apontam para predomínio de vítimas do sexo feminino, negras, com baixa condição socioeconômica, encontrando-se na faixa adulto jovem, possuindo baixo grau de instrução escolar e em muitos casos, inexistência de emprego remunerado.

Outra característica marcante em vítimas de relacionamentos abusivos é a dependência emocional. Segundo a Teoria de Bowlby, que diz respeito ao apego, a maneira como ocorreu o desenvolvimento desta vítima, influencia diretamente seu comportamento amoroso, sendo necessário considerar esse ambiente de desenvolvimento (NORWOOD, 2003).

Nesses casos, a vítima se torna doadora incondicional de amor e afetos, buscando suprir a falta desse outro, procurando sempre parceiros amorosos que lhes remetam as vivências de infância, embarcando em uma necessidade de transformá-lo aos moldes da pessoa amável para si. Subentende-se que há uma busca por reviver as situações traumáticas da infância para que, nesse período, obtenha o controle da situação, o que muitas vezes resulta em fracasso (NORWOOD, 2003).

Em estudo, consegue-se visualizar através dos relatos das vítimas entrevistadas, aspectos referentes aos próprios relacionamentos abusivos que trazem percepções acerca de sua permanência nestes, dentre eles, destacando-se a religiosidade (FREITAS e SALES, 2019).

Essa associação entre relacionamento abusivo no matrimônio e viés religioso se dá pela prima de que a vítima internaliza o sentido de submissão apresentado religiosamente à violência em si, como uma prova na qual é necessário que se passe para obter a vitória, a salvação (FREITAS e SALES, 2019).

Ao ser realizado um estudo esclarecedor quanto aos fatores que influenciam na permanência de mulheres em relacionamentos abusivos, entrevistou-se psicólogas que prestaram atendimento a algumas vítimas e puderam extrair os significados atribuídos por estas (PORTO e BUCHER-MALUSCHKE, 2014).

Dentre os fatores presentes na pesquisa, encontra-se uma distorção por parte das vítimas acerca do que é ser mulher que relaciona-se com uma necessidade constante de aceitação, na qual percebe-se que as próprias vítimas justificam a violência sofrida através de situações como atraso na finalização do almoço, percebendo o quão introjetada se encontra a visão de submissão muitas vezes disseminadas por instituições religiosas (PORTO e BUCHER-MALUSCHKE, 2014).

A expectativa de mudança também é um fator presente, as vítimas acreditam que seus parceiros irão melhorar seus comportamentos, resumindo a violência em fases, amparam-se no sentido de amor com estes e vislumbram toda uma vida ao seu lado,

fazendo com que dessa forma se submetam as experiências de violência, que diferente do que acreditavam, não cessam com o tempo (FREITAS e SALES, 2019).

Quando a vítima tem filhos com o parceiro agressor, a motivação que as fazem permanecer nessa dinâmica violenta torna-se essa, os filhos, é um processo constante de colocar-se em segundo plano em detrimento de várias questões, como filhos, a família e até mesmo os próprios valores (PORTO e BUCHER-MALUSCHKE, 2014).

O medo também pode fundamentar o motivo de algumas vítimas continuarem em relacionamentos como esses, vez que é comum observar ameaças de morte do agressor para com a vítima, atando dessa forma suas defesas, uma vez que estas acreditam e temem por suas vidas, visto que o companheiro é capaz de agredi-las tão profundamente, podendo até mesmo atentar gravemente contra sua vida (FREITAS e SALES, 2019).

3.2 Dependência emocional como fator de permanência em relacionamentos violentos

A dependência emocional pode ser descrita por algumas definições e composta por questões motivacionais como, afetivo, comportamental e cognitivo. As questões motivacionais denominam-se pelo anseio ao suporte, orientação e aprovação. O ato afetivo, está relacionado à ansiedade sentida pelo indivíduo diante de situações nas quais ele necessita agir independentemente. O outro é o comportamental com a tendência a buscar suporte de outros e sempre submissa em interações interpessoais, e por fim, a percepção do indivíduo como inoperante (BUTION; WECHSLER, 2016).

Angústia, sofrimento e solidão surgem no momento em que um relacionamento abusivo acarreta a mulher, e que diante da situação não consegue deixar o parceiro e os malefícios que o mesmo lhe traz. A dependência emocional é um ato peculiar a essas situações, quando a mulher se vê enredada pelo medo da perda do parceiro e o fim do relacionamento (NORWOOD, 2005).

A teoria que se denomina de Atribuição Causal traz a possibilidade sobre a permanência de uma mulher em um relacionamento abusivo relacionado à causa por ela mesma atribuída, ao comportamento do parceiro violento (HEIDER, 1970 apud MARQUES, 2005). Nesse sentido, corrobora-se mencionando que a dependência emocional é considerada um distúrbio que afeta ambos os sexos, tornando o desejo do outro mais importante do que o próprio, onde o sujeito torna-se co-dependente,

colocando-se em último lugar sem medir as consequências sendo elas físicas ou emocionais com a justificativa que é por “amar demais” (NORWOOD,2005).

Outra visão sobre a dependência emocional analisada é a presença de comportamentos de submissão ao outro. Foram observados sinais de fissura e abstinência na ausência do objeto desejado, ausência de decisões nos relacionamentos, sentimentos de insatisfação, vazio emocional, medo da solidão, baixa tolerância à frustração, tédio, desejo de autodestruição e sentimentos negativos (SIRVENT apud BUTION; WECHSLER, 2016).

Apontou-se também em pesquisas relacionadas à dependência emocional e mulheres vítimas de violência, a falta de consciência sobre seus problemas, sensação de estarem presas ao relacionamento e de que não conseguirão deixá-lo, conflitos de identidade, foco excessivo no outro e autonegligência (BUTION e WECHSLER, 2016).

São várias as sequelas emocionais, que ocorrem em relacionamentos a curto e longo prazo, na vida das mulheres, corrompendo a identidade e causando insatisfação com autoimagem, causando sofrimento tanto emocional quanto na autoestima. Em algumas situações, a mulher na busca angustiante de romper o ciclo de violência, acaba cometendo violência auto infligida (FONSECA; LUCAS, 2006). À vista disso, afirma-se que a violência auto infligida ocorre quando uma pessoa pratica uma ação consciente de autodestruição que pode ter comportamento suicida podendo ser pensamento suicida, tentativa de suicídio ou suicídio propriamente dito ou de autoagressão o qual envolve atos como automutilação (VELOSO et al., 2017).

3.3 Filhos como fator de manutenção de relacionamentos violentos

Os filhos são um dos possíveis fatores para permanência de mulheres em situação de violência, porém alguns autores versam sobre as possíveis consequências que pode causar nesses indivíduos, as crianças que sofrem ou presenciam violência direta ou entre os pais geram consequências que podem ser permanentes (SANTOS e COSTA, 2004). Além de desenvolverem características específicas por conta da convivência com a violência como baixa estima; medo, ansiedade, insegurança e incerteza; dificuldades de concentração; dependência econômica e emocional; a possibilidade de automutilação e pensamentos e tentativas de suicídio (SANTOS e COSTA, 2004).

A esse processo de vivências dá-se o nome de violência intrafamiliar que se define como toda ação ou omissão que venha prejudicar o bem-estar, integridade física, mental ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro integrante familiar, se referindo além dos espaços físicos no qual ocorrem as agressões, mas há todas as relações construídas e consolidadas (BRASIL, 2001).

Um fator importante na violência são mulheres que decidem permanecer na relação, por pressão de familiares e especialmente, pelos filhos pré-adolescentes e adolescentes. Muitas mulheres se limitam ao agressor, em decorrência dos filhos discordarem da atitude da mesma no papel de mãe (SOUSA; CUNHA, 2015).

A violência como um fenômeno conjugal complexo necessita ter um olhar amplo e compreensivo para obter um tratamento adequado sendo que se trata de um processo contínuo e longo de perda de saúde, com graves consequências para toda a família, inclusive os filhos (MARQUES, 2005).

3.4 Implicações na saúde das mulheres vitimadas por relacionamentos abusivos

No âmbito de um relacionamento afetivo ou conjugal a maioria dos abusos cometidos pelos agressores contra as mulheres é de natureza física, ou seja, a prática de atos intencionais com o intuito de causar lesões corporais, como danos cutâneos, neurológicos, oculares e ósseos através de chutes, socos, mordidas, queimaduras ou qualquer ato que coloque em risco a sua segurança física (PEREIRA et al., 2018).

As agressões físicas sofridas pelas mulheres no âmbito dos relacionamentos abusivos normalmente acarretam lesões traumáticas que se manifestam sob a forma de equimoses, fraturas e distúrbios orgânicos, como dores imprecisas, que muitas vezes são relatadas nos prontuários de atendimento das vítimas de violência física no âmbito do relacionamento afetivo ou conjugal (AZEVEDO; ALVES, 2016).

Para compreender a violência contra a mulher como uma questão de saúde pública, faz-se necessário entender que os agravos gerados pela intimidação por meio dela acarretam em danos mentais e na sua saúde física. Assim, o medo e as apreensões sentidas pelo corpo desencadeiam em doenças orgânicas, podendo ocasionar inclusive a morte de muitas dessas vítimas (ECHEVERRIA, 2018, p. 132).

A violência praticada contra a mulher em um relacionamento abusivo se caracteriza por danos à saúde física e mental da vítima e não está relacionada apenas ao

emprego da força física, mas também a ideia de submissão empregada na relação entre gêneros, onde o homem se enxerga como ser dominante e a mulher como ser inferior (SILVA et al., 2015).

Dessa forma, entende-se que muito além dos danos físicos causados pela violência empregada pelos abusadores, há também implicações psicológicas e sociais. No âmbito dos relacionamentos abusivos o homem normalmente tenta controlar sua parceira destruindo a sua autoestima e referindo-se a ela sempre de maneira irônica, pejorativa e negativa, depreciando os seus aspectos físicos ou mentais, levando a distorção da sua imagem (LEITE et al., 2016).

Um estudo realizado em Canoas/RS teve como objetivo identificar algumas das consequências psicológicas das agressões sofridas por mulheres que passaram por relacionamentos abusivos e que recorreram aos serviços de saúde buscando assistência psicológica. As entrevistas realizadas apontaram que muitas das mulheres se sentiam decepcionadas e tinham sentimento de perda, mágoa, fracasso e desgosto em razão da violência sofrida (OLIVEIRA et al., 2010).

A violência psicológica também ocorre por meio do abuso verbal, intimidação, rejeição de carinho, ameaças de agressão e de morte dirigidas tanto à mulher quanto aos seus filhos ou familiares, da tentativa de impedir a mulher de trabalhar ou estudar, de ter amizades, de frequentar determinados locais, além da acusação de ter amantes, entre outros tipos de violências (CARNEIRO et al., 2016).

Um dos principais impactos desse tipo de violência para a saúde da mulher é o desenvolvimento de estresse pós-traumático. Estudo realizado teve como objetivo relacionar os tipos e as consequências da violência que acometem mulheres e mostrou que pelo menos 9,8% das participantes apresentaram quadros de estresse pós-traumático em razão da violência psicológica a que foram expostas (SILVA et al., 2017).

Quando um indivíduo passa por uma situação de perigo ou estresse, o organismo aprende com a experiência e é forçado a se adaptar com a nova condição. Dessa forma, quando é exposto novamente a uma situação similar, o corpo se mantém pronto para uma resposta e consegue manifestar as reações necessárias para enfrentar eventos adversos (SILVA et al., 2017).

No caso dos indivíduos com estresse pós-traumático o mecanismo de defesa contra situações de risco falha, ocorrendo uma incapacidade de esquecer lembranças

dolorosas, sendo que a tentativa de processar o sentido da experiência traumática gera reações exageradas e muitas vezes patológicas (LUCCHESI et al., 2017).

O estresse pós-traumático é consequência da exposição da mulher a eventos estressantes, onde a vítima reage com intenso conteúdo emocional, relacionado a dor e ao medo, trata-se de um prejuízo psíquico ou comportamental desorientado, provocado por estresse mental ou emocional ou mesmo danos físicos e está relacionado a eventos que podem provocar medo agudo ou crônico (AZEVEDO e ALVES, 2016).

Outro estudo realizado em 2014 também se ocupou em demonstrar as consequências na saúde da mulher decorrentes da violência praticada por seus parceiros ou cônjuges. Tratou-se de uma pesquisa realizada na cidade de João Pessoa/PB, composta por uma amostra de 406 mulheres que responderam um questionário acerca da violência sofrida durante a vivência de um relacionamento abusivo.

Os resultados do estudo evidenciaram que 67% das mulheres entrevistadas afirmaram terem sofrido algum tipo de violência psicológica durante o relacionamento abusivo pelo qual passaram. As respostas indicaram que as principais consequências dessa violência sofrida foram insegurança, depressão, dificuldades para dormir, além de sensação constante de medo e insegurança (SILVA et al., 2015).

Outra consequência significativa das agressões psicológicas para a saúde da mulher é o surgimento de patologias relacionadas à ansiedade, depressão, doenças imunológicas, alergias e mudanças do funcionamento hormonal, distúrbios alimentares e dificuldade de concentração (SILVA et al., 2017).

Mulheres que foram vítimas de violência são mais propensas a apresentarem um quadro precário de saúde e de cometer suicídio, além de fazer uso de substâncias e apresentarem mudanças fisiológicas geradas pelo estresse. Esse fenômeno acarreta, além de danos físicos, danos psicológicos como transtorno mental, depressão, distúrbios alimentares e de sono, além de estresse pós-traumático (LEITE et al., 2016, p. 855).

Por fim, e não menos importantes, a violência física e psicológica sofrida pela mulher também pode acarretar consequências sociais como dificuldades de interagir com outras pessoas e medo de entrar em outro relacionamento, pois as violências físicas e psicológicas ainda comprometem o desenvolvimento de potencialidades que permitem a mulher assegurar a sua própria subsistência (CARNEIRO et al., 2016).

Em geral, as mulheres vítimas de violência praticada por seu companheiro ou cônjuge têm dificuldades de trabalhar, de construir novas relações de amizade e até mesmo de sorrir. Em alguns casos, nota-se ainda o medo de frequentar lugares públicos e de interagir com pessoas desconhecidas (ECHEVERRIA, 2018).

4. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DAS MULHERES COMO FATOR DE MANUTENÇÃO DO RELACIONAMENTO VIOLENTO

Com as posições sociais de homens e mulheres sempre definidas historicamente, ao homem coube sempre o espaço público, provendo a família e à mulher foi confinada ao limite do lar, cuidando da casa, do marido e dos filhos, o que ensejou a formulação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor e outro de submissão, interno e reprodutor, cada um desempenhando a sua função (DIAS; REINHEIMER, 2011, p.195).

Tal situação contribui para que se perpetue o ideário de que os papéis de relevância do homem em detrimento da mulher não comportam mudanças, no entanto, as lutas emancipatórias trouxeram às mulheres a possibilidade de fuga desta delimitação, o que causa uma frequente resistência masculina.

Na tentativa de ruptura deste ideal hierárquico, cada um dos envolvidos usa as armas que possui: ele, os músculos e a violência; ela, as lágrimas; percebe-se que a figura feminina acaba levando a pior nesse contexto, tornando-se vítima desta violência masculina (DIAS; REIHMER, 2011, p.196).

Em pesquisa realizada no ano de 2017, a dependência econômica em relação ao agressor foi apontada por 29% das mulheres como fator que possivelmente impede uma mulher de denunciar a agressão (DATASENADO, 2018, p. 17). Já a pesquisa realizada em 2018, apontou que no âmbito de ocorrência de violência doméstica impera entre as vítimas receio de denunciar os agressores junto aos órgãos públicos que podem ser três principais aspectos: medo de sofrer mais violência, tanto por parte do agressor quanto por parte do Estado; medo do agressor sofrer violência por parte do Estado e, por último, medo de não conseguirem sustentar a si e/ou aos filhos, ou serem excluídas socialmente (DATASENADO, 2018, p.17).

Dados publicados pelo IBGE que se referem aos anos de 2014 até 2017 indicaram que a variação de taxa de desemprego foi elevada para todos os sexos, mas que “(...) entre os grupos de sexo/cor, as mulheres negras experimentaram o maior

aumento absoluto na taxa de desemprego (...)” (IBGE, 2018b), o que se pode verificar que há um recorte de raça entre as mulheres negras, que são ainda mais atingidas pela dependência econômica em relação a seus parceiros (DATASENADO, 2018, p.17).

Afora a estreita relação do patriarcado com o capitalismo, o que acaba por refletir em relações desiguais de gênero relacionado ao mercado de trabalho, há também convergências entre raça e classe que resultam em uma forma de opressão praticada por mulheres contra mulheres (BIROLI, 2016, p. 732). Isso significa dizer que mesmo dentro de um sistema desigual estabelecido pela divisão sexual do trabalho, ocorre um novo processo de opressão, que coloca as mulheres negras como aquelas mais afetadas (BIROLI; MIGUEL, 2015, p. 41).

A divisão sexual do trabalho, como base material de desigualdade dentro das relações de gênero, se sustenta com base em dois princípios organizadores, o primeiro, chamado de princípio da segregação, delimita que existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres e o segundo define que o trabalho de um homem possui mais valor que o trabalho de uma mulher (HIRATA; KERGOAT, 2007).

No aspecto relacionado ao desenvolvimento e autonomia econômica, o conceito de desenvolvimento milita no sentido do direito a um padrão de vida que assegure saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, dentre outros aspectos indicados no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2009, p.13).

Declaração Universal dos Direitos Humanos – artigo XXV: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social (ONU, 2009).

Para além da conceituação anterior, a visão de desenvolvimento converge para o sentido de que é a eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente (Sen, 2000). Assim, é necessário trabalhar a autonomia econômica de mulheres em situação de violência doméstica para que possam exercer livremente sua “condição de agente”,

que está ligada à possibilidade de que tenham capacidade de agir e que o façam conforme seus próprios fins e normas (PINHEIRO, 2012, p. 14).

4.1 Desenvolvimento de autonomia econômica de mulheres que vivem em relacionamentos violentos

No que tange a tratar de uma pessoa única, conceitua-se desenvolvimento no sentido de direito a um padrão de vida que assegure sua saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, lazer, dentre outros aspectos expressos no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2009, p.13).

Declaração Universal dos Direitos Humanos – artigo XXV: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social (ONU, 2009).

Para além desta conceituação, desenvolvimento é a eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente a condição de agente (SEM, 2000). Esta condição de agente aponta para a possibilidade de que as pessoas tenham capacidade de agir livremente e que a faça conforme seus próprios fins e normas (PINHEIRO, 2012, p.14)

A autonomia econômica de mulheres passou a ter uma maior atenção a partir da IV Conferência sobre a Mulher realizada no ano de 1995 em Pequim, ocasião onde pontuou-se a necessidade de serem tomadas medidas por parte dos governos para buscar rever, adotar e manter políticas econômicas e estratégias de desenvolvimento voltadas para as necessidades das mulheres e que apoiem seus esforços para superar a pobreza (ONU, 1995).

Partindo da expansão das liberdades reais, o que constrói uma base para que as pessoas possam exercer o que ele chama de “condição de agente”, se torna o vetor da concepção de desenvolvimento, que não ignora a importância de crescimento econômico, mas que considera também outras questões (PINHEIRO, 2012, p. 11-12).

Trazendo o foco de desenvolvimento para as pessoas, tem-se a necessidade de eliminar privações de liberdade que acabam por limitar as escolhas e oportunidades das

pessoas (SEN, 2010). Mesmo em países ricos existem fatores de privação de liberdade que atingem a população desfavorecida e relacionam-se à ausência de acesso aos serviços de saúde, educação, emprego ou segurança econômica e social (SEN, 2010).

Tais formas de privação, que são empecilhos de exercício de “liberdades substantivas”, tratam em um primeiro momento de elementos essenciais à vida física e em um segundo, de elementos vinculados à liberdade social, como liberdade política e direitos civis. Superadas estas fontes de privação, estariam as pessoas aptas a desenvolver outro tipo de liberdade, as “liberdades instrumentais”, que essencialmente se apresentam como um meio de aumento das liberdades substantivas (PINHEIRO, 2012).

Para Pinheiro (2012, p.16), as liberdades instrumentais são descritas da seguinte forma:

- 1) As liberdades políticas referem-se às escolhas das pessoas na arena política: escolher quem vai governar, sob quais regras etc.; isso inclui também a liberdade de crítica às autoridades e a expressão política, e outras;
- 2) As disponibilidades econômicas, referem-se ao poder de os indivíduos usarem os recursos econômicos, tais como os bens e serviços, as possibilidades de fazer transações, o acesso à renda e ao crédito etc. Incluem as oportunidades tidas pelos indivíduos para fins de consumo, produção e troca;
- 3) As oportunidades sociais referem-se aos arranjos sociais para o provimento de educação, saúde, e outros serviços sociais capacitantes;
- 4) As garantias de transparência dizem respeito à confiança mútua entre os indivíduos, em suas interações sociais, confiança que é fundamental para o sucesso dessas interações. As garantias de transparência incluem o direito à informação em todos os níveis, principalmente nas esferas públicas;
- 5) A proteção social inclui arranjos sociais destinados a proteger as parcelas mais vulneráveis da população: assistência e previdência social, seguro-desemprego, abertura de frentes de trabalho emergenciais etc. (PINHEIRO, 2012, p. 16).

Ao trazer tais conceitos para a realidade de mulheres em situação de violência doméstica que representa dependência econômica em relação ao agressor, pode-se dizer que suas liberdades substantivas são privadas pela violência sofrida (SEN, 2010).

Contudo, essa privação pode ser sanada por meio do exercício de liberdades instrumentais, especificamente as oportunidades sociais e proteção social, onde na relação entre liberdade e renda, percebe-se que o aumento da renda pessoal pode ser tanto um meio importante de se desenvolver as capacidades das pessoas quanto um resultado provável desse desenvolvimento (PINHEIRO, 2012, p. 28).

Não é à toa que Sen confere às mulheres uma condição de agente e vetores de transformação social, vez que saíram de uma condição passiva e receptoras de auxílio para seu bem-estar, assumindo condição de agentes ativos na mudança deste (SEN, 2010).

Essa condição de agente é essencialmente o meio pelo qual se alcança o desenvolvimento, mas que pode esbarrar em fatores externos, que são fontes de privação de liberdade pessoal, assim, há uma convergência para a ideia de que pessoas são o foco do desenvolvimento, na medida que podem exercer suas liberdades substantivas e instrumentais (SEN, 2010).

Desse modo, verifica-se uma convergência com o consolidado em Pequim/95, cuja noção do empoderamento de mulheres foi embasada com vistas à realçar a importância de que a mulher adquira controle sobre seu desenvolvimento, devendo o governo e a sociedade darem condições para tanto e apoiá-la nesse processo (ONU, 1995, p. 149).

Após debates dos movimentos de mulheres na Europa durante os anos 80, com questionamento sobre como fazer com que demandas iniciais de uma política mundial visando a promoção de igualdade e oportunidade para mulheres poderia chegar até governos nacionais, nasceu a proposta de transversalidade de gênero nas políticas públicas (BANDEIRA, 2005, p.10).

Nesse sentido, antes de decisões políticas e governamentais, os gestores deveriam analisar como se daria a repercussão entre homens e mulheres, cuja pergunta chave seria se modificam-se as condições de vida das mulheres e melhora-se a sua condição de empoderamento (BANDEIRA, 2005, p. 10-11).

Portanto, a finalidade principal do referido conceito nas políticas públicas segue para uma melhora das condições de empoderamento das mulheres, cuja noção tem relação com a condição das mulheres de adquirirem controle sobre seu desenvolvimento, com o dever do Estado e da sociedade de criarem condições e apoiarem-nas nesse sentido (ONU, 1995, p. 149).

O processo de empoderamento das mulheres questiona e desafia as relações patriarcais demarcadas pelas relações desiguais e desequilibradas entre homens e mulheres, especialmente, no âmbito familiar e na esfera do trabalho (ROCHA et al, 2017, p. 84).

Empoderamento, em seu fim, preceitua-se na busca pela autonomia em pelo menos três aspectos: físico, para que as mulheres possam exercer controle total sobre seus corpos, para decidir sobre saúde, reprodução, sexualidade, quanto para manter sua integridade física livre de violência; de decisões, para que seja possível tomar decisões individualmente e participar de decisões que atentem para a coletividade; e econômico, para adquirir e controlar seus recursos econômicos, além de gerir e decidir sobre a destinação destes recursos (SOARES, 2011, p. 281).

A autonomia econômica das mulheres não se restringe apenas à independência financeira e geração de renda, há também aspectos referentes à liberdade e condições favoráveis para escolher sua profissão, planejar seu futuro, ter tempo para o lazer e para se qualificar (SPM, 2016, p. 6).

Trata-se, assim, de um pilar fundamental para autonomia total das mulheres, que exige que percebam renda que possibilite transpor a pobreza, bem como para dispor tempo livre para capacitação profissional, ingresso no mercado de trabalho, desenvolvimento pessoal e profissional (CEPAL, 2016, p. 6).

No aspecto delimitado pelo empoderamento das mulheres e a busca pela autonomia delas em seus três aspectos, consta menção no item 3 da Declaração de Pequim de 1995, sobre a determinação dos governos de agir no sentido de promover os objetivos da igualdade, desenvolvimento e paz para todas as mulheres, em todos os lugares do mundo, no interesse de toda humanidade (NU, 1995, p. 151).

Sobre o fator de autonomia de mulheres, a Declaração supracitada, em seu item 26 diz:

26. Promover a independência econômica das mulheres, principalmente pelo trabalho, e eliminar a carga persistente e cada vez mais pesada que a pobreza faz recair sobre elas, enfrentando as causas estruturais da pobreza com reformas nas estruturas econômicas, de modo a assegurar a todas as mulheres, mesmo as das zonas rurais, a igualdade de acesso, como agentes vitais do desenvolvimento, aos recursos produtivos, às oportunidades e aos serviços públicos; (ONU, 1995, p. 152).

Como um resultado de Pequim/1995, foi formulado o programa chamado “Plataforma de Beijing”, com finalidade de orientar governos na formulação de políticas públicas e implementação de programas destinados à promoção da igualdade de gênero (RIBAS, 2019, p.3).

Tal programa serviu de base para implementação de ações governamentais em doze áreas de preocupação prioritárias, como exemplo podemos citar peso persistente e crescente da pobreza sobre a mulher, desigualdades e inadequações na educação e na formação profissional e acesso desigual à elas, além de desigualdades nas estruturas e políticas econômicas, em todas as atividades produtivas e no acesso aos recursos, dentre outros (ONU, 1995, p. 162).

Todas as formas de violência contra a mulher; Consequências para as mulheres, principalmente as que vivem em áreas sob ocupação estrangeira, de conflitos armados ou outros tipos de conflitos; Desigualdade entre mulheres e homens no exercício do poder e na tomada de decisões em todos os níveis; Ausência de mecanismos suficientes, em todos os níveis, para promover o avanço das mulheres; Desrespeito de todos os direitos humanos das mulheres e sua promoção e proteção insuficiente; Imagens estereotipadas das mulheres nos meios de comunicação e na mídia e desigualdade de seu acesso aos mesmos e participação neles; Desigualdades de gênero na gestão dos recursos naturais e na proteção do meio ambiente; Persistência da discriminação contra a menina e violação de seus direitos (ONU, 1995, p.162).

Para as mulheres, sofrer violência acarreta efeitos diretos em sua autonomia econômica, refletindo no enfraquecimento da capacidade de gerar renda própria, na queda dos níveis de produtividade, o absenteísmo no trabalho, e na propriedade de bens, dentre outros (CEPAL, 2016, p. 65).

Nesse sentido, os laços entre desenvolvimento socioeconômico e violência contra as mulheres se fazem em um sentido de mão dupla: por um lado a violência constitui uma barreira ao pleno desenvolvimento da mulher e, por outro, a maior participação no desenvolvimento socioeconômico diminui com a vulnerabilidade à violência (PITANGUY, 2013, p. 123-124).

Frisa-se que a organização administrativa do governo tende a refletir as prioridades dos grupos dominantes, criando um viés institucional na estrutura da administração pública em favor das questões importantes para grupos femininos (RIBAS, 2019, p. 3). Há, portanto, a possibilidade de caminhos via poder executivo ou via poder legislativo, sendo aquele utilizado no Brasil e firmando-se como mecanismo institucional que deve ser o organismo central de coordenação de políticas no seio dos governos, tendo como tarefa principal é dar apoio à incorporação de uma perspectiva da igualdade de gênero a todas as áreas políticas, nos diversos níveis do governo (RIBAS, 2019, p. 4).

4.2 Políticas Públicas de Gênero

A temática relacionada a políticas públicas parte de teorias originadas em áreas de conhecimento diversas e compreende uma articulação com o Direito, definir como campo de estudo jurídico o das políticas públicas é um movimento que faz parte da onda, relativamente recente, de interdisciplinaridade no direito (BUCC, 2001, p. 5).

Sobre a origem delas enquanto área de conhecimento, a política pública enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica nasce nos EUA, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos (SOUZA, 2006, p.21-22).

Na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. Já nos EUA, ao contrário, a área surge no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos. (SOUZA, 2006, p. 21-22).

Não há um conceito definitivo e unânime sobre o tema, refere-se que a definição mais utilizada, de Laswell, menciona que decisões e análises sobre política implicam em responder às questões de quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (SOUZA, 2006, p. 24).

Souza (2006), cita alguns conceitos:

“(...) Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer” (SOUZA, 2006, p. 24).

Os questionamentos sobre as ações e suas motivações, bem como as implicações na vida dos beneficiários, relacionam-se com o caráter do regime político local, além do grau de organização da sociedade civil, bem como da cultura política vivenciada (TEIXEIRA, 2002, p. 2).

A depender das orientações ideológicas de cada governo, as políticas públicas recebem maior ou menor grau de atenção, nesse sentido, elas refletem o estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2006, p.26).

Para que sejam consideradas públicas, as políticas governamentais precisam obedecer a uma sistemática de participação, destinação e de elaboração submetida ao debate público, caso contrário tratam-se simplesmente de políticas governamentais (TEIXEIRA, 2002, p. 2).

No Brasil, as primeiras atividades desenvolvidas para subsidiar políticas públicas, passaram a ocorrer a partir de 1930 em virtude da implantação do Estado Nacional-Desenvolvimentista, no entanto, entre os anos de 1945 e 1964, a sociedade civil passou a se organizar de modo a influenciar políticas públicas, o que mudou com o golpe de 64, que assegurou um regime restritivo de direitos civis. No processo de redemocratização dos anos 80, a Constituição Federal de 1988 exerceu papel fundamental ao determinar em nível constitucional a participação da sociedade civil na formulação de políticas públicas (FARAH, 2016, p. 965-972).

As políticas públicas obedecem a um ciclo, cujos estágios relacionam-se a definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação (SOUZA, 2006, p. 29).

O tipo de atuação governamental na implementação de políticas públicas é definido pela natureza, pela abrangência e pelos impactos que causam aos destinatários, neste último podendo ser classificadas em distributivas, redistributivas e regulatórias (TEIXEIRA, 2002, p. 3).

Quanto à natureza ou grau da intervenção:

- a) estrutural – buscam interferir em relações estruturais como renda, emprego, propriedade etc.
- b) conjuntural ou emergencial – objetivam amainar uma situação temporária, imediata.

Quanto à abrangência dos possíveis benefícios:

- a) universais – para todos os cidadãos.
 - b) segmentais – para um segmento da população, caracterizado por um fator determinado (idade, condição física, gênero etc.).
 - c) fragmentadas – destinadas a grupos sociais dentro de cada segmento
- (TEIXEIRA, 2002, p. 3).

Reduzir desigualdades implica reconhecer a diferença e a diversidade entre homem e mulher, e que as necessidades específicas de cada um devem ser contempladas pela sociedade e pelo Estado, as políticas públicas voltadas à equidade de gênero vêm apresentar esse grau de intervenção estrutural pelo Estado (SOARES, 2004, p.117).

O foco das políticas públicas de gênero são as relações sociais entre homens e mulheres, precisamente como os processos de socialização ocorrem, a natureza de conflitos entre homens e mulheres bem como negociações para que essas relações sejam estabelecidas (BANDEIRA, 2005, p.9).

Já em se tratando de políticas públicas para mulheres, são centralizadas em uma reprodução social do feminino, visando a responsabilidade feminina na sociedade e focalizam na manutenção e permanência da família, como demanda por creches, educação dos filhos e da saúde (BANDEIRA, 2005, p.8-9).

A construção de demandas de gênero no Brasil apresenta uma base voltada inicialmente para a constituição das mulheres como sujeitos políticos durante o processo de redemocratização na década de 70. Simultaneamente, os movimentos de mulheres levantaram questões específicas ligadas à condição de mulher. Nesse momento, o movimento feminista ratificou a necessidade de inclusão na agenda política de ações relacionadas às mulheres, o que mudou nos anos 80. Com o avanço da redemocratização, pós-ditadura, a questão de gênero passou a ser objeto de políticas públicas (FARAH, 2004, p.130).

No fim dos anos 1980 ocorreu uma alteração essencial na agenda de gênero, enquanto um lado inclinava-se em temas relacionados à saúde e violência contra a mulher, outro dialogava com a agenda mais geral de Reforma do Estado, evidenciando que havia concepções diferentes a respeito da própria incorporação de gênero por políticas públicas (FARAH, 2004, p.131).

Sobre a Reforma do Estado, Farah (2004) explica:

"Na década de 90, a agenda de Reforma do Estado sofreu uma inflexão, sob impacto da crise do Estado e de sua capacidade de investimento. Diante da escassez de recursos, reduziu-se a capacidade de resposta do Estado às demandas crescentes na área social. A agenda que emerge deste processo integra à agenda "democrática", dos anos 80, novos ingredientes, voltados à busca da eficiência, da eficácia e da efetividade na ação estatal" (FARAH, 2004, p. 130).

Esta alteração na agenda de gênero veio como uma resposta a alteração de Reforma estatal e foi pautada em quatro novos eixos, sendo o terceiro aquele que trouxe proposta de focalização em políticas sociais de gênero:

(...) o terceiro eixo da agenda de reforma se destaca como aquele em que se constituíram mais claramente diferentes visões a respeito de políticas públicas com enfoque em gênero: a proposta de focalização das políticas públicas, incluindo as políticas sociais. A temática da focalização incide diretamente sobre a questão de gênero, uma vez que as mulheres, mais especificamente as mulheres pobres – das cidades e da zona rural – têm sido consideradas como um dos segmentos mais vulneráveis da população, justificando a promoção de políticas focalizadas. (...)” (FARAH, 2004, p. 132).

A partir do ano de 2003, com o início do primeiro governo do Partido dos Trabalhadores, houve a criação da SPM e a consequente a implementação de políticas públicas de gênero avançou de forma mais contundente (LARA, 2018, p. 31).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa, a partir de uma revisão bibliográfica, buscou discorrer sobre os fatores associados à permanência de mulheres em relacionamentos violentos buscando uma compreensão a partir de fatores sociais, subjetivos, econômicos que contribuem para tal. Concluiu-se que vários aspectos são apontados na literatura como favoráveis à permanência da mulher na relação violenta, como: filhos, dependência emocional e dependência financeira, bem como a vulnerabilidade desta, frente a situações de violências, observando que muitas vezes há correlação com desigualdades sociais, econômicas e políticas.

Encontrou-se também resultados que revelaram consequências graves de ordem psicológica que atingem as mulheres que vivenciam a violência doméstica, desenvolvendo pensamentos de incapacidade, inutilidade e baixa autoestima, não se

reconhecendo e nem tendo autoconfiança e amor próprio, como também ansiedade, medo, angústia, vergonha, culpa, pânico, depressão, dentre outros. Assim, também foi possível concluir que muitas dessas vítimas tendem a continuar no ciclo vicioso da violência doméstica, tendo dificuldade de buscar ajuda, apoio ou proteção, muitas vezes por medo. Faz-se necessário que haja maior incentivo e maior acolhimento

para as vítimas, para que elas possam se sentir menos desconfortáveis ao buscar dar um ponto final e denunciar os companheiros.

Foi observado que existe uma grande quantidade de artigos sobre o tema, porém poucos direcionados ao foco deste estudo, revelando assim necessidade de mais pesquisas na área para discussões e debates estimulando assim a curiosidade e interesse de outros pesquisadores, acadêmicos, equipe profissional e população geral.

Muitas mudanças estão acontecendo nesse cenário, mas ainda há muitos obstáculos a serem vencidos pela própria mulher que a sofre, como compreender que ela é “vítima”, que não deve se calar e precisa buscar ajuda. Necessário se faz de políticas públicas mais eficazes, e conscientização maior da sociedade a respeito da gravidade dessa violência. Condecorar tal temática como sendo não apenas um problema de saúde pública, mas também social, favorece a elaboração de meios interventivos voltados tanto para a garantia de direitos e segurança da mulher, bem como prevenção, promoção à saúde e estratégias nesse contexto da violência doméstica.

Além de buscar preparo maior dos Estados para que, ao buscar maneiras de quebrar o ciclo de violência, as vítimas possam encontrar suporte e meios de obter conhecimento necessário para tornar possível seu ingresso no mercado, além de acompanhamento com equipes especializadas na área da psicologia, para que haja um enfrentamento mais forte dos traumas causados.

REFERÊNCIAS

Almeida, S. S. (2007). **Essa Violência mal-dita**. In: Almeida, S. S. de (Org.). *Violência de gênero e políticas públicas*. Rio de Janeiro: UFRJ.

Alves, B. M., & Pitanguy, J. (1991). **O que é feminismo?** (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Brasiliense.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 27 de setembro de 2022.

BARRETO, L. E. C. M. (2015). **Violência contra a mulher: o feminicídio no Brasil (Lei n.13.104/2015) e um comparativo com a Lei n. 11.340/2006 (Trabalho de Conclusão de Curso)**. Universidade Tiradentes – UNIT, Aracajú, SE, Brasil.

Coulanges, F. (1996). **A Cidade Antiga**. São Paulo: Hemus.

BECK, A. T. **Cognitive therapy and the emotional disorders**. New York: International Universities Press, 1976.

Cunha, T. R. A. (2008). **Violência conjugal: Os ricos também batem**. UEPG Humanas, 16, p.167-176.

CAZASSA, M.J.; OLIVEIRA, M. S. Terapia focada em esquemas: conceituação e pesquisas. **Revista Psiquiatria Clínica**. 2008.

CALDEIRA, C.T.M. **Perfil psicopatológico de agressores conjugais e fatores de risco**. 2012. 113 p. Dissertação (Mestrado na Especialidade Psicologia Clínica e da Saúde) – Universidade da Beira Interior, Covilhã.

CARVALHO, N.M.C. **Perfil psicológico das mulheres vítimas de violência doméstica e suas repercussões**. 2010. 60 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia Forense e da Transgressão) - Cooperativa De Ensino Superior Politécnico E Universitário, Portugal.

D'Oliveira, A. F. P. L., Schraiber, L. B, França-Junior, I., Ludermir, A. B., Portella, A. P., Diniz, C. S., Couto, M. T. & Valença, O. (2009). **Fatores associados à violência por parceiro íntimo em mulheres brasileiras**. Rev. Saúde Pública, p.299-310

DATASENADO. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Pesquisa Data Senado. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2017.

ECHEVERRIA, G.B. A violência psicológica contra a mulher: reconhecimento e visibilidade. **Caderno de Gênero e Diversidade**. Vol 04, N. 01 - Jan. - Mar., 2018.

Freud, S. (1922). **Alguns mecanismos neuróticos no ciúme, na paranoia e no homossexualismo** (Vol. 19). Rio de Janeiro: Imago.

FREITAS, M. S. C; SALES, M. M. **Maria, Marias: narrativas de mulheres sobre relacionamentos abusivos**. **Revista Pretextos**, v. 4, n. 7, p. 408-429, 2019.

FREITAS, M.F.C.; SALES, M.M. **Maria, Marias: narrativas de mulheres sobre relacionamentos abusivos**. **Pretextos - Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas**. v. 4, n. 7, jan./jun. 2019.

GARCIA, L.P.; SILVA, G.D.M. **Violência por parceiro íntimo: perfil dos atendimentos em serviços de urgência e emergência nas capitais dos estados brasileiros**. 2014. **Cadernos de Saúde Pública** 2018.

GLEASON, W.J. **Mental disorders in battered women: Na emoirical study**. **Violence and Victims**, 8, p. 53-68, 1993.

GOMES, R.M. Mulheres vítimas de violência doméstica e transtorno de estresse pós-traumático: um enfoque cognitivo comportamental. **Revista de Psicologia da IMED**, vol.4, n.2, p. 672-680, 2012.

Hirigoyen, M. (2006). **A Violência no Casal: da coação psicológica à agressão física**. (M. H. Kuhner, Trad.). Rio de Janeiro: Bertrand.

LUCENA, K.D.T. et al. Análise do ciclo da violência doméstica contra a mulher. **Journal of Human Growth and Development**, p.139-146.

LEITE, F. M. C. et al. **Mulheres vítimas de violência: percepção, queixas e comportamentos relacionados à sua saúde**. Revista de Enfermagem da UFPE online, v. 10, n. supl. p. 854-861, 2016.

“Mapa da Violência 2015: **Homicídios de Mulheres no Brasil**” de J. J. Waiselfisz, 2015.

MOREIRA, S. N. T., GALVÃO, L. L. L. F., Melo, C. O. M. & Azevedo, G. D. (2011). **Violência física contra a mulher na perspectiva de profissionais de saúde**. Rev. de Saúde Pública, 42 (6), 1053-1059.

MOREIRA, V. et al. **O estigma da violência sofrida por mulheres na relação com seus parceiros íntimos**. Psicol. Soc. vol.23 no.2 Florianópolis May/Aug. 2011. Disponível em: < http://old.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000200021&script=sci_arttext>. Acesso em 23 de abril de 2022.

MOZZATO, A. R. e GRZYBOVSKI, D. **Análise de Conteúdo como Técnica de Análise de Dados Qualitativos no Campo da Administração: Potencial e Desafios**. RAC, Curitiba, v. 15, n. 4, pp. 731-747, Jul./Ago. 2011. Disponível em: file: < <https://www.scielo.br/j/rac/a/YDnWhSkP3tzfXdb9YRLCPjn/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2022.

NASCIMENTO, E.C.; SOUZA, K.V.S. **Relações abusivas: um olhar cognitivo-comportamental**. Colegiado de Psicologia, Itabuna, 2018.

NORWOOD, R. **Mulheres que amam demais**. 15.ed. São Paulo: Editora Arx, 2003.

Organização Mundial Da Saúde. (2002). **Relatório Mundial Sobre Violência e Saúde**. Genebra. Recuperado de <https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2022.

OLIVEIRA, Luiz Ronaldo; BRESSAN, Cerita. **A percepção do sujeito que matou por amor**. Mudanças-Psicologia da Saúde, v. 22, n. 1, p. 21-30, 2014.

OLIVEIRA, E.C.S.; ARAÚJO, M.F. **Violência contra a mulher, psicanálise e o teatro oprimido**. Santa Catarina, 2010. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1277149236_ARQUIVO_Violenciacontraamulher.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2022.

PENA, M.V.J.; PITANGUY, J. **A questão de gênero no Brasil**. Rio de Janeiro:Cepia e Banco Mundial, 2003. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/doc/questao_de_genero.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2022.

- PEREIRA, M.N.C; PEREIRA, M.Z.C. **A violência doméstica contra a mulher.** Espaço do currículo, v.4, n.1, p.22-34, 2011.
- PIVA, A; SEVERO, A; DARIANO, J. **Poder e violência – formas de subjetivação e de subjetivação.** Revista Contemporânea - Psicanálise e Transdisciplinaridade, v.02, p. 65-66, 2007.
- PRATES, P.L. **Violência doméstica e de gênero: perfil sociodemográfico e psicossocial de mulheres abrangidas.** Dissertação de Mestrado em Saúde Pública, USP, 2007.
- PORTO, M.; BUCHER-MALUSCHKE, J.S.N.F. A permanência em situações de violência. **Rev. Psicologia: Teoria e Pesquisa.** Jul-Set 2014, Vol. 30 n. 3, pp. 267-276.
- PEREIRA-GOMES, N. et al. **Apoio social à mulher em situação de violência conjugal.** Revista de Saúde Pública, v. 17, n. 6, p. 823-835, 2015.
- PINTO, M. G. **Permanecer, abandonar ou retomar à relação abusiva: proteção de mulheres vítimas de violência conjugal.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Criminologia da Universidade do Porto, Porto, 2018. 136 fls.
- PORTO, M; MALUSCHKE, J. S. N. **A permanência de mulheres em situações de violência: considerações psicológicas.** Psicologia: teoria e pesquisa, v. 30, n. 3, p.267-276, 2014.
- RAFAEL, R.M.R. e MOURA, A.T.M.S. **Violência contra a mulher ou mulheres em situação de violência? Uma análise sobre a prevalência desse fenômeno.** Nova Iguaçu, 2014. Disponível em: <http://cisbaf.org.br/uploads/pagina/arquivos/Violencia-contra-a-mulher-ou-mulheres-em-situacao-de-violencia---uma-analise-sobre-a-prevalencia-do-fenomeno.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2022.
- RIBEIRO, D. P. **Violência contra a mulher.** 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- ROSA. J.T; MOTTA, I.F. **Violência e sofrimento de crianças e adolescentes: na perspectiva winnicottiana.** 2º Ed. São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2008.
- SANTOS, C.M.; IZUMINO, W. **Violência contra as mulheres e violência de gênero: Notas sobre estudos feministas no Brasil.** In E.I.A.L. Estudios Interdisciplinarios de América Latinay El Caribe, vol. 16, nº 1, p.147-164, 2005.
- SHAINNESS, G. **Doce Sofrimento: O masoquismo feminino.** São Paulo: Melhoramentos, 1985.
- SOUSA, P.A; ROSA, M.A. **Os motivos que mantêm as mulheres vítimas de violência no relacionamento violento.** Revista de Ciências Humanas, n 40, p. 509-527, 2006.

Saffioti, H. I. B. (1976). **A Mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. V. 4. Petrópolis: Vozes.

Saffioti, H. I. B. (2004). **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo.

SOARES, M. C. da S. **História oral da vida de mulheres que vivenciaram violência doméstica**. Tese doutorado – UFPB/CCS/PPGENF- João Pessoa-PB, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Arquivototal%20violencia%20mulher.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

TELES, M.A.A; MELO, M. **O que é violência contra a mulher**. 1º Edição, São Paulo: Editora e Livraria Brasiliense, 2002.

A HANSENÍASE E A BUSCA PELA CIDADANIA: elementos jurídicos e sociais em questão
LEPROSY AND THE QUEST FOR CITIZENSHIP: legal and social elements at stake

Lucas Catarino Pereira de Sousa¹
Manoel de Sousa Silva Júnior²

¹ Mestrando em Políticas Públicas (UFPI), Especialista em Garantia dos Direitos e Política de Cuidados à Criança e ao Adolescente (UnB), Graduado em Serviço Social (FSA), Integrante do Grupo de Estudos em Políticas de Seguridade Social e Serviço Social- GEPSS (UFPI), Experiência em Docência do Ensino Superior, no Curso de Serviço Social da Faculdade de Educação Memorial Adelaide Franco - FEMAF. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-4445-0930>. Lattes ID: <https://lattes.cnpq.br/8178895692182860>. E-mail: lucas.catarino@ufpi.edu.br

² Graduado em Direito pela UninovaFAP. Advogado, Docência do ensino superior, Esp. Direito constitucional, Especializando em direito previdenciário, Presidente da Comissão de Direitos Humanos na OAB/subseção Ibiapaba/Ceará. Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0004-5354-8376>. Lattes ID: <https://lattes.cnpq.br/3734331353378791>. E-mail: dr.manoeljunioradv@hotmail.com.

RESUMO

Este estudo teve por finalidade discutir sobre a promoção da cidadania da pessoa acometida pela hanseníase no contexto brasileiro, e os principais direitos relacionados à promoção da saúde, da educação, da renda, do trabalho, etc. na perspectiva do Serviço Social e do Direito. O objetivo geral consistiu em analisar a promoção da cidadania da pessoa com hanseníase no contexto brasileiro a partir dos elementos do Direito e do Serviço Social. A metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica e documental, de caráter exploratória e descritiva a partir de livros, artigos científicos, dissertações, teses e legislação em forma de documento digital coletados nas plataformas Google acadêmico e Scielo. Conclui-se que existe uma demanda legislativa e de saúde na garantia dos direitos e promoção da cidadania das pessoas com hanseníase no contexto brasileiro, entretanto, que necessita avançar no direcionamento de melhoria das políticas públicas vigentes e do combate ao preconceito e a estigmatização dos pacientes.

Palavras-chave: Hanseníase; Serviço Social; Direito; Cidadania.

ABSTRACT

The purpose of this study was to discuss the promotion of citizenship of the person with leprosy in the Brazilian context, and the main rights related to the promotion of health, education, income, work, etc. from the perspective of Social Service and Law. The general objective was to analyze the promotion of citizenship of the person with leprosy in the Brazilian context from the Law and Social Service elements. The methodology used was a bibliographic and documental review, of exploratory and descriptive character based on books, scientific articles, dissertations and thesis and legislation in digital document form collected in the platforms Google acadêmico and Scielo. It is concluded that there is a legislative and health demand in guaranteeing the rights and promoting citizenship of people with leprosy in the Brazilian context, however, it is necessary to advance in the direction of improving current public policies and combating prejudice and stigmatization of patients.

Keywords: Leprosy; Social Service; Law; Citizenship.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo teve por finalidade discutir sobre a promoção da cidadania da pessoa acometidas pela hanseníase no contexto brasileiro, e os principais direitos relacionados à promoção da saúde, da educação, da renda, do trabalho, etc. na perspectiva do Serviço Social e do Direito. Nesse sentido, apresenta-se o seguinte questionamento: Como o Serviço Social e o Direito atua na promoção da cidadania da pessoa com Hanseníase no contexto brasileiro?

No campo da Assistência Social, o Serviço Social atua dentro de uma dimensão técnico- operacional na garantia dos direitos das pessoas com hanseníase, enquanto que na perspectiva do Direito positivado, a sólida legislação constitucional e infraconstitucional, garantem a materialização das políticas públicas e sociais nos campos da saúde, acessibilidade, renda e trabalho para essas pessoas e seus dependentes, a exemplo, da pensão especial decorrente da internação compulsória de pessoas com hanseníase até 1986.

O objetivo geral consistiu em analisar a promoção da cidadania da pessoa com hanseníase no contexto brasileiro a partir dos elementos do Direito e do Serviço Social. E os objetivos específicos foram identificar a evolução histórica da hanseníase ao longo do tempo e seus desdobramentos no contexto brasileiro; demonstrar o avanço da legislação no combate ao estigma da hanseníase desde a mudança na nomenclatura até a promoção da educação em saúde e social para desestigmatizar a doença e analisar as formas de promoção da cidadania e dos direitos da pessoa com hanseníase no Brasil atual.

A metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica e documental, de caráter exploratória e descritiva a partir de livros, artigos científicos, dissertações e teses e legislação em forma de documento digital coletados nas plataformas Google acadêmico e Scielo.

Este estudo se divide em dois capítulos, no qual o primeiro abordou os elementos históricos e contemporâneos da hanseníase no Brasil, com o foco na origem milenar da doença e no avanço da legislação, e o segundo discutiu sobre a promoção da cidadania da pessoa com hanseníase sob a perspectiva do Serviço Social e do Direito.

Conclui-se que existe uma demanda legislativa e de saúde na garantia dos direitos e promoção da cidadania das pessoas com hanseníase no contexto brasileiro, entretanto, necessita avançar no direcionamento de melhoria das políticas públicas vigentes e do combate ao preconceito e a estigmatização dos pacientes.

2. ELEMENTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS ACERCA DA HANSENÍASE

A hanseníase caracteriza-se por ser infectocontagiosa, que evolui lentamente, evidenciada por sinais e sintomas dermatoneurológicos, apresentando lesões perceptíveis na pele e nervos periféricos, geralmente sobre os olhos, mãos e pés (BRASIL, 2008a).

Sua causa ocorre com o parasita *Mycobacterium leprae*, reconhecido também como bacilo de Hansen, que ataca e se aloja nas células cutâneas e dos nervos, na qual a sua multiplicação é considerada lenta com uma média de 16 dias (BRASIL, 2002 e 2008a).

Sobre o perfil das pessoas infectadas, a hanseníase constitui uma patologia que só afeta os seres humanos, em todas as idades e ambos os sexos, entretanto, as crianças são as menos atingidas, com prevalência nos homens. Se a pessoa é suscetível à doença, tem mais chances de infecção, e sem tratamento adequado, pode deixar sequelas como deformidades e levar a óbito (BRASIL, 2008).

A Hanseníase, conhecida também como anteriormente como lepra é uma doença de origem milenar. A sua gênese foi relatada por povos antigos, presentes na Bíblia reportando que há mais de 2.500 a.C. um homem chamado Jó foi ferido de uma chaga maligna, desde a planta do pé até ao alto da cabeça e tomando um pedaço de telha para raspar com ele as feridas, assentou-se no meio da cinza, sendo uma das histórias mais conhecidas do livro sagrado judaico-cristão. Há relatos dessa doença também em povos mais antigos, há pelo menos 4000 a. C. na China, Índia e Japão, e de 4.300 a. C. durante o reinado do Faraó Ramses II sendo identificada em um papiro desse período (PEREIRA, 2020; SILVA et al., 2020).

Observando tais relatos, nessa época da história, as pessoas com hanseníase, ainda conhecida como lepra, sofriam preconceitos sociais e religiosos, sendo tratados

como impuros e repudiados socialmente. Não havia tratamento disponível e, até o momento, ainda não há uma erradicação total da patologia.

De acordo com Maciel (2007) o primeiro leprosário do Brasil se originou na época colonial, em 1714, no Recife. A partir daí os Estados que mais concentraram grandes colônias dirigidas por entidades religiosas foram São Paulo e Minas Gerais. A maioria dos atendimentos às pessoas com Hanseníase nos anos iniciais do Brasil colonial eram realizados pelas Santas Casas de Misericórdia e também “a necessidade de isolar os leprosos, determinou que os governos municipais organizassem lazaretos, onde eram, dentro das limitações do tempo e da época, assistidos por um funcionário do município” (MACIEL, 2007, p. 34).

Alves et al. (2010) aponta os primeiros leprosários foram regulamentados em 1920 com uma inspetoria para o enfrentamento da lepra e doenças sexualmente transmissíveis.

Nesse sentido, Cid et al. (2012) aponta que o isolamento, foi uma medida de saúde pública nos primeiros anos da República, embasada em um processo de exclusão social amparada pelo estigma e preconceitos de pessoas com a doença, ou seja: “Os portadores de hanseníase eram excluídos de suas famílias, amigos e da sociedade e, em muitos casos, as famílias desses portadores eram destruídas” (CID et al., 2012).

Esses leprosários, eram locais de isolamento dentro do movimento sanitário brasileiro, que associava esta e outras doenças endêmicas das regiões mais pobres, como um empecilho para integração total do homem brasileiro ao projeto de modernização do país, e trouxe consequências:

O isolamento implicou na violação dos direitos humanos, pois quando as pessoas saíam dos hospitais-colônia, não conseguiam retornar para as suas famílias e muito menos integrar a comunidade, assim retornando ao isolamento [...] A segregação do indivíduo tinha implicações perversas, pois a pessoa com hanseníase passava a conviver com pessoas portadoras de outras enfermidades, com os quais adquiriam a hanseníase, e o doente de hanseníase, outras enfermidades (CID et al. 2012, p. 1006).

Em nossa opinião, embora a iniciativa básica seja de conter o contágio dessas doenças, podem ser considerados como campos de concentração nos moldes do nazismo, devido ao isolamento forçado das pessoas infectadas, apresentando toda uma estrutura contendo até delegacias para prisões das pessoas com lepra, na qual foi aprovada uma Lei Federal, que foi extinta apenas em 1986.

No ano de 1923, o Decreto nº 16.300 datado de 31/12, art. 445, inciso X, referente ao regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, determinou que a hanseníase deve ser notificada e investigada obrigatoriamente em todo o Brasil. Nesses casos, após o diagnóstico comprovado, deveria ser notificado através de uma ficha, ao órgão de vigilância epidemiológica (SANTOS; FARIA; MENESES, 2008).

Isso porque geralmente também era confundida com outras doenças de pele e com doenças sexualmente transmissíveis, sendo que sua transmissão fora associada também às relações sexuais (FREITAS et al., 2017).

Até 1940, não se conhecia tratamento eficaz para a lepra, e suas consequências provocavam diversos problemas físicos e mentais como ficar incapacitado para as atividades laborais, não poder socializar e apresentar outras doenças associadas como a depressão e o medo de sofrer preconceitos. Segundo Cid et al. (2012), somente em 1950, surge uma medicação chamada Sulfona, que fora utilizada no tratamento ambulatorial até ser substituída pela poliquimioterapia (PQT) na década de 1980.

Até meados de 1980, prevaleceu a ordem do Decreto nº 16.300/1923, decretando que toda pessoa com hanseníase deveria ser isolada compulsoriamente, sendo que após esse período houve o encerramento dessa prática e mudança do nome lepra para hanseníase (LOURES et al., 2017).

Na década de 1960, o renomado dermatologista Rotberg, ao assumir o Departamento de Dermatologia Sanitária, passou a lutar contra estigma e o preconceito com as pessoas portadoras da hanseníase: “ele combateu o uso da palavra lepra no Brasil e no mundo, enviando cartas aos colegas, dentro e fora do Brasil, e proferindo em conferências médicas sobre a nova terminologia por ele escolhida, “hanseníase” (SOUZA et al., 2020, p. 43).

Durante as décadas seguintes, Rotberg continuou sua luta em prol da desestigmatização da hanseníase, e no ano de 1975, o Decreto Presidencial nº 76.078 de 04 de agosto de 1975, que dentre as determinações substituiu de forma oficial o termo “lepra” por hanseníase. Na década seguinte, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a recomendar a poliquimioterapia (PQT) que consiste um tratamento medicamentoso com a associação de três antimicrobianos - rifampicina, dapsona e clofazimina a qual denomina-se de Poliquimioterapia Única (PQT-U) (SOUZA et al., 2020; ALVES, 2010).

Com o processo de redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a saúde no Brasil passa a configurar um direito fundamental positivado tanto de forma geral com o art. 6º, quanto de forma específica com os art. 196 e 200, ou seja:

Além da positivação na Constituição Federal, o direito à saúde foi estabelecida na Lei Federal Infraconstitucional que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), qual seja, Lei Orgânica de Saúde (Lei Federal nº 8.080/1990). No contexto do direito social à saúde, destaca-se, ainda, o direito ao recebimento gratuito de medicamentos mediante o Sistema Único de Saúde (SUS), tendo em vista que estes são de extrema necessidade para a promoção, proteção e recuperação da saúde (LIMA; SANTOS, 2023, p. 1052).

Como se observa, o art. 196 da CF/88 estabelece um pacto federativo entre a União, Estados e municípios, para ofertar a saúde em todo o território nacional, e de forma específica a Lei Orgânica da Saúde que deu origem ao SUS, e que se estabelece como um dos principais sistemas de saúde pública no mundo, que oferta todo o tratamento poliquimioterápico e de reabilitação de forma gratuita para pacientes com hanseníase.

De acordo com o art. 19-M, inciso I, da Lei Federal 8080/90 (Lei Orgânica de Saúde), a assistência terapêutica integral consiste na dispensação de medicamentos, cuja prescrição esteja em equivalência com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença, ou seja, todo usuário de serviço público de saúde tem o direito de auferir o tratamento integral para a doença que lhe acomete (LIMA; SANTOS, 2023, p. 1052).

A lei infraconstitucional que foi determinante no combate ao preconceito e ao estigma em pessoas com hanseníase: a Lei nº 9.010 de 29 de março de 1995, que dispõe da terminologia oficial relacionada à hanseníase e das outras providências: “art. 1º O termo "Lepra" e seus derivados não poderão ser utilizados na linguagem empregada nos documentos oficiais da Administração centralizada e descentralizada da União e dos Estados-membros” (BRASIL, 1995, p. 1).

Essa mudança de paradigma conceitual permitiu um novo olhar para as pessoas com hanseníase, sendo considerado um avanço do ponto de vista da educação em saúde, até porque persiste uma visão estigmatizante e preconceituosa da doença, ainda presente nas sociedades em geral.

Até meados de 1986, o Estado brasileiro adotava a prática de isolamento de pacientes com hanseníase, o que levou a muitos filhos serem separados dos pais,

encaminhados às instituições de tutela, e além da privação do convívio familiar, haviam graves violações de seus direitos como agressões físicas, psicológicas e sexuais, impactando o seu desenvolvimento pleno, nesse sentido:

As pessoas afastadas da sociedade pela política equivocadamente adotada alcançaram em 2007, fruto de muita luta, o direito a uma pensão vitalícia, instituída através da Lei nº 11.520/2007. Dessa forma, ao reparar financeiramente os ex- pacientes isolados, houve o reconhecimento, por parte do Poder Público, de que ocorreu um erro no passado que atingiu a vida de todos os envolvidos. Porém, o benefício não é extensível aos filhos dessas pessoas, que suportam danos que ainda não foram reparados ou compensados pelo Estado que os causou (CANTALUPPI; SARTORI, 2020, p 95).

Este benefício com caráter de pensão especial é um direito dos filhos de pais que foram isolados em decorrência da hanseníase até o ano de 1986, sendo mensal e vitalícia, não inferior ao salário mínimo vigente e não sendo transferido para dependentes e herdeiros.

Para Gonçalves et al. (2018) a hanseníase está nos grupos das chamadas doenças negligenciadas pelo fato de alcançar mais indivíduos pobres em países em desenvolvimento, existindo um baixo interesse das indústrias para a elaboração de fármacos, equipamentos e tecnologia sobre a doença.

Portanto, o próximo capítulo discute os desdobramentos das políticas e dos direitos das pessoas com hanseníase na perspectiva do Serviço Social e do Direito e como se efetiva atualmente as ações e programas voltados ao seu enfrentamento no atual contexto brasileiro.

3. O OLHAR DO SERVIÇO SOCIAL E DO DIREITO NA PERSPECTIVA DA CIDADANIA

Para compreender o desenrolar das políticas públicas quanto a atuação do Serviço Social e do Direito no enfrentamento da hanseníase e da promoção da cidadania deve-se compreender que é necessário o enfrentamento das desigualdades sociais como principal ação de combate à hanseníase. Isso implica, que as famílias beneficiárias do programa Bolsa Família tiveram uma redução de 14% do risco de adoecer por hanseníase e, quando esse indivíduo adquire a doença e possui bolsa família, percebeu-se uma redução de 25% das incapacidades físicas (PESCARINI, 2020).

Conforme anteposto, a historiadora Laurinda Rosa Maciel, (2007): “como havia o desconhecimento nas formas de transmissão e mecanismos de controle, o primeiro ato foi a proibição do contato do paciente com o não paciente. Isso perdurou por muitos anos.”

Essa política de isolamento compulsório afetou a vida de milhares de crianças e adolescentes, e deu origem à Lei nº 11.520/2007 na qual o Estado indeniza essas famílias, reconhecendo de forma indireta que houve violações de direitos. No contexto brasileiro, a hanseníase apresenta ainda elevada magnitude e morbidade, causando deficiências físicas e deformidades que evoluem no desfecho clínico, estigma social, perda de produtividade e elevados custos para os serviços de saúde. Anualmente, a hanseníase atinge cerca de 30 mil brasileiros, segundo o MS, deixando o país na vice-liderança no ranking mundial da doença, atrás apenas da Índia, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) (ALVES, 2010).

Para Silva et. al. (2020) no cenário Brasileiro as regiões sul e sudeste tiveram bons resultados na redução dos casos da hanseníase, diferente das regiões norte, nordeste e centro-oeste onde os casos de hanseníase ainda se encontram em um patamar elevado. Desde 2016 a região nordeste vem sendo responsável por uma boa parte dos casos de hanseníase diagnosticados no Brasil.

No enfrentamento da hanseníase e na promoção da cidadania, o Serviço Social desempenha importante papel nas equipes de saúde, atuando em conjunto com multiprofissionais como médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, agentes comunitários, e outros que possam contribuir com o acesso ao diagnóstico, tratamento, benefícios socioassistenciais e previdenciários, acesso ao mercado de trabalho e outros. Eis algumas demandas que o/a assistente social pode atuar na assistência à pessoa portadora da hanseníase:

Buscar os comunicantes (familiares, amigos, colegas íntimos, etc) que precisam fazer exames clínicos e tomar a BCG. Neste caso, ele trabalha com a enfermagem e conta também com a ajuda do agente comunitário de saúde, nas Unidades de Saúde da Família; buscar incentivos para evitar o abandono do tratamento, por meio de ações que facilitem o ir e vir do paciente, através de vales transportes, alimentação e outras ações; facilitar o contato entre o paciente e a Previdência Social, na busca de seus direitos; facilitar o contato entre o paciente e a instituição empregadora, para facilitar os seus direitos; criar uma boa relação com a comunidade, por meio de ações educativas, em escolas, associações comunitárias, sindicatos, e outros espaços que possam ajudar as pessoas com hanseníase (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE;

Todas essas demandas estão distribuídas nos mais diversos espaços sócio-ocupacionais do/a Assistente Social. Um desses espaços de atuação direta com pacientes portadores da hanseníase está o Movimento de Reintegração das Pessoas Atingidas pela Hanseníase (MORHAN).

A MORHAN é uma instituição sem fins lucrativos que existe desde 1981 e dentre suas ofertas estão a educação em saúde, atuação em sindicatos, escolas, empresas, unidades de saúde, universidades, proposição de políticas públicas e participação nos conselhos de saúde em todo o território nacional (OLIVEIRA, 2022).

Nesse contexto, o/a Assistente Social pode atuar diretamente nos serviços de convivência e fortalecimento dos vínculos e ainda: “serviços de proteção social especial para pessoas com deficiência, idosas e suas famílias, formação política cidadã de grupos familiares, defesa e garantia de direitos, capacitação de conselheiros e lideranças populares” (OLIVEIRA, 2022, p. 26).

Além desses serviços, na instrumentalização técnico- operacional de atuação na MORHAN, o/a Assistente Social atua na elaboração, acompanhamento e avaliação das atividades ofertadas, realiza visitas técnicas e parecer social para encaminhamento aos órgãos competentes, etc.

Na esfera jurídica existem várias leis que visam à proteção e promoção da saúde e bem estar da pessoa com hanseníases, destacando o direito à pessoa com incapacidade, direito a acessibilidade à locomoção, educação, trabalho, passe livre, previdência e assistência social, conforme o quadro 1.

Quadro 1: Legislação e direitos da pessoa com hanseníase

| Legislação | Direito Garantido |
|------------------------|---|
| Decreto nº. 5.296/2004 | - Pessoa com deficiência auditiva, visual, física, mental e múltipla, com limitação ou incapacidade para desempenhar alguma atividade; - Acesso pleno à educação, acessibilidade, trabalho, cultura, lazer, esporte, turismo, etc. |
| Lei nº. 8.899/1994 | - Passe Livre Federal, Estadual e municipal, transporte coletivo, convencional de ônibus, trem, barco e transporte semiurbano para pessoas com deficiência e pessoa idosa. |
| Portaria do Ministério | - As pessoas com hanseníase e outras doenças, têm direito ao sigilo de suas |

- da Saúde nº 1.820/2009 informações pessoais e de saúde nos serviços de saúde, mesmo após o seu óbito, salvo em casos de riscos à coletividade.
- Lei nº 8.213/1991 - no art. 89 da referida lei, a pessoa com incapacidade total ou parcial para o trabalho tem direito a ser reabilitada através de meios de reeducação e readaptação profissional e social no seu contexto social e laboral;
- no parágrafo único do art. 89 a pessoa incapacitada tem direito a receber órtese, prótese e instrumentos auxiliares de locomoção ou a reparação e substituição desses;
- direito ao auxílio- doença, um benefício em decorrência da incapacidade temporária, para propiciar condições para que a pessoa possa voltar às suas atividades laborais;
- Lei 13.146/2015 -art. 14 da referida lei trata de habilitação e reabilitação para pessoas com deficiência, incluindo portadores de hanseníase com sequelas, a partir de suas potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da sua autonomia.

Fonte: a partir de Teixeira (2017, p. 42-47) e Brasil, Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde e Departamento de Vigilância Epidemiológica (2008, p. 55-61).

Os direitos elencados fazem parte de um conjunto de leis para as pessoas com deficiência, onde se destaca a acessibilidade, auxílio doença, direito ao sigilo médico, mesmo após a morte do paciente. Dentre os benefícios previdenciários e assistenciais previstos legalmente, se destacam a aposentadoria por invalidez, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e a pensão especial decorrente de internação compulsória.

No artigo 42, a aposentadoria por invalidez consiste em um benefício para a pessoa incapacitada: “insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição” (TEIXEIRA, 2017, p. 45). Esse benefício previdenciário, é um direito do contribuinte da previdência social que se torne incapacitado, geralmente o empregado formal.

De acordo com a Lei nº 8.742/93 o Benefício de Prestação Continuada (BPC) consiste em uma renda mínima para a pessoa com deficiência e a pessoa idosa com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, de um salário mínimo mensal. Este benefício, assegura que a pessoa portadora da hanseníase e incapacitada, possa usufruir do BPC (TEIXEIRA, 2017).

Como anteposto, a pensão especial decorrente de internação compulsória é uma forma de indenização Estatal aos filhos de pais com hanseníase, com um valor não menor que um salário mínimo. Essa pensão é vitalícia e intransferível.

Diante do exposto, é um desafio ao tomador de decisões quanto à construção de políticas públicas para o enfrentamento dessa patologia, devendo investir nas ações de prevenção e vigilância da doença, com mais precisão à população mais vulnerável, buscando e otimizando a inovação tecnológica sustentável e aplicável aos serviços de saúde, para a minimização da hanseníase nos municípios mais afetados, acreditando ser essa a maior missão de uma instituição de Saúde Pública, e da garantia da cidadania para esses pacientes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve por finalidade discutir sobre a promoção da cidadania da pessoa portadora da hanseníase no contexto brasileiro, e os principais direitos relacionados à promoção da saúde, da educação, da renda, do trabalho, etc. na perspectiva do Serviço Social e do Direito.

Existem diversas legislações que asseguram direitos como a acessibilidade através do passe livre, o direito às próteses quando há consequências físicas, o direito à renda mínima com o BPC e a pensão especial em decorrência da internação compulsória dos pais, às cotas para pessoas incapacitadas, e outras.

No contexto da saúde, o SUS é grande garantidor quanto ao diagnóstico e tratamento ofertando a poliquimioterapia, recebendo doação de grupos farmacêuticos Suíços e da Organização Pan-Americana (OPAS/OMS). Um dos problemas reias quanto a esse aspecto é a falta de autossuficiência do Brasil em produzir os medicamentos para poliquimioterapia, e além dos impactos dos cortes dos gastos em saúde durante a pandemia, acabou provocando o desabastecimento desses medicamentos prejudicando o tratamento de milhares de pessoas.

Nesse sentido, recomenda-se que o atual poder público possa desenvolver programas de autoprodução de medicamentos, além de intensificar as campanhas educativas através das equipes multidisciplinares, na qual o/a Assistente Social possa atuar em conjunto com a equipes de saúde e da assistência social. No campo jurídico, que haja garantia efetiva de cumprimento da legislação, seja pelo Estado e pela

sociedade civil, garantindo que as pessoas com hanseníase tenham seus direitos efetivados e sua cidadania de forma plena e sem preconceitos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cinthia Janine Meira et al. Avaliação do grau de incapacidade dos pacientes com diagnóstico de hanseníase em Serviço de Dermatologia do Estado de São Paulo. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, v. 43, p. 460-461, 2010.
- ARAÚJO, Marcelo Grossi. Hanseníase no Brasil. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, v. 36, n° 3, 2003.
- BRASIL. **Lei nº 9.010 de 25 de março de 1995**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil, 1995.
- BRASIL. **Vigilância em Saúde: Dengue, Esquistossomose, Hanseníase, Malária, Tracoma e Tuberculose**. (Cadernos de Atenção Básica, n.21) **Brasília: Ministério da Saúde**, 2008a
- BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE; SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE; DEPARTAMENTO DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA. **Hanseníase e direitos humanos: direitos e deveres dos usuários do SUS / Ministério da Saúde**, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Vigilância Epidemiológica. – Brasília : Ministério da Saúde, 2008.
- BRASIL. **Guia para o controle da hanseníase/Ministério da Saúde, Secretária de Políticas de Saúde**. 1ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.
- CANTALUPPI, Jhessica Bueno da Silva; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Dever do estado brasileiro de indenizar os filhos dos pacientes de hanseníase pela política de isoamento compulsória e sua imprescritibilidade. **Hanseníase, direitos humanos, saúde e cidadania**. 1ª ed. Porto Alegre: Rede Unida, 2020.
- CID, Renata Dias de Souza et al. Percepção de usuários sobre o preconceito da hanseníase. **Rev Rene**, v. 13, n. 5, p. 1004-1014, 2012.
- FREITAS, D. V. et al. Perfil Epidemiológico da Hanseníase no Município de Ilhéus-BA, no Período de 2010 a 2014. **J Health Sci**, 19(4), 2017.
- GONÇALVES, Marcela et al. Mulheres e hanseníase: interferências e vivências. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, v. 29, 2021.
- JESUS, Isabela Luísa Rodrigues de et al. Hanseníase e vulnerabilidade: uma revisão de escopo. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 28, p. 143-154, 2023.

LIMA, Miriele Garcia Ribeiro de; SANTOS, José Sávio dos. O DIREITO À SAUDE E A JUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE ATENDER PACIENTES ACOMETIDOS PELA HANSENÍASE. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2021. p. 1050-1064.

LOURES, L. F. et al. Percepção do estigma e repercussões sociais em indivíduos com hanseníase. **Psicologia Em Estudo**, 21(4), 2017.

MACIEL, Laurinda Rosa; FERREIRA, Isaías Nery. A presença da hanseníase no Brasil- alguns aspectos relevantes nessa trajetória. **HANSENÍASE**, p. 19, 2014.

OLIVEIRA, Kalicia Pereira de et al. **Análise sobre a dimensão técnico-operativa dos (as) assistentes sociais no movimento de reintegração das pessoas atingidas pela hanseníase (MORHAN) durante a pandemia de covid-19 no bairro Colônia Antônio Aleixo na cidade de Manaus-AM**. 2022.

OPROMOLLA, Paula Araujo; MARTELLI, Antonio Carlos Ceribelli. A terminologia relativa à hanseníase. **Anais brasileiros de dermatologia**, v. 80, p. 293-294, 2005.

PEREIRA, Osmarino Gomes. **Perfil clínico-epidemiológico da hanseníase no estado do Maranhão, no período de 2015 à 2018**. 2020.

PINHEIRO, Mônica Gisele Costa et al. Conhecimento sobre prevenção de incapacidades em um grupo de autocuidado em hanseníase. **Reme: Revista Mineira de Enfermagem**, v. 18, n. 4, p. 895-901, 2014.

SANTOS, Washington da Silva; SILVA, Edvania Gomes da. A MEMÓRIA SOBRE A LEPROA NO DISCURSO FUNDADOR RELIGIOSO. **Revista Caminhos-Revista de Ciências da Religião**, v. 18, n. 1, p. 13-30, 2020.

SANTOS, Pedro De Jeová Estumano et al. PERFIL EPIDEMIOLÓGICO DA HANSENÍASE NO MUNICÍPIO DE PINHEIRO–MARANHÃO. **Scientia Generalis**, v. 3, n. 1, p. 314-322, 2022.

SILVA, L. S. R. et al.. Perfil clinico e epidemiológico dos casos de hanseníase em pacientes adultos em um município do maranhão. **REAS/EJCH** 12(9), 2020.

SILVA, Patrícia Samara Ribeiro da et al. Perfil clínico-epidemiológico de pacientes portadores de hanseníase em um município do Maranhão. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 12, n. 8, p. e3468-e3468, 2020.

SILVA, Carlene de Jesus Alves et al. Motivos do abandono ou interrupção do tratamento de pacientes hansenianos atendidos em uma unidade de saúde da família da Cidade de São Luís, Estado do Maranhão, Brasil. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 11, p. e53491110250-e53491110250, 2020.

TEIXEIRA, Rafael Monteiro. **Direitos e Garantias da Pessoa Atingida pela Hanseníase**. Editora Dialética, 2021.

O ESTADO NEOLIBERAL E A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: medidas liberalizantes na regulação laboral brasileira

THE NEOLIBERAL STATE AND THE 2017 LABOR REFORM: liberalizing measures in Brazilian labor regulation

William Sousa Vilanova ¹

Geysa Elane Rodrigues de Carvalho Sá ²

¹ Mestrando em Políticas Públicas (UFPI), Bacharel em Ciências Econômicas, Licenciado em História (UFPI). Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-2775-1827>. Lattes ID: <https://lattes.cnpq.br/7751026783923790>. E-mail: williamsvilanovaeconomia@gmail.com.

² Doutoranda em Política Públicas (UFPI), Bacharela em Ciências Econômicas (UFPI), Mestra em Políticas Públicas (UFPI), Especialista em Administração (UFPI) e Controle Externo (FACID). Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-0713-4661>. Lattes ID: <https://lattes.cnpq.br/7150987666664315>. E-mail: geysaelane@hotmail.com.

RESUMO

O objetivo deste artigo é discutir, de forma sucinta, sobre a atuação do Estado neoliberal após a implantação da reforma trabalhista de 2017 no mercado de trabalho brasileiro. A partir de então, passa-se à compreensão de qual o papel do Estado na sociedade capitalista, mostrando que o aparato estatal não é uma instituição neutra ou exógena aos interesses de classes. Nesta perspectiva, ideologia e racionalidade neoliberal têm um papel fundamental, pois se trata de uma nova razão governamental que se utiliza do Estado para atender os interesses capitalistas. O neoliberalismo é muito mais do que uma doutrina econômica ou ideologia, é uma racionalidade de mundo que estrutura e organiza tanto as ações governamentais como a própria conduta dos governados. Não é apenas o Estado que se adequa a essa nova racionalidade neoliberal, mas toda a sociedade passa a ser concebida como um “mercado”, no qual cada sujeito é uma “empresa” que está em contínua concorrência. Foi sob esta inspiração que se aprovou a Reforma Trabalhista de 2017, provocando uma maior flexibilização e precarização do mercado de trabalho com o objetivo de reduzir os custos sociais do trabalho e incrementar a margem de lucro do empresariado, piorando, assim, as condições de trabalho e renda dos trabalhadores.

Palavras-chave: Estado. Racionalidade neoliberal. Reforma trabalhista. Mercado de trabalho brasileiro.

ABSTRACT

The purpose of this article is to briefly discuss the role of the neoliberal state through the implementation of the 2017 labor reform in the Brazilian labor market. From then on, there is an understanding of the role of the State in capitalist society, showing that the state apparatus is not a neutral institution or exogenous to the interests of classes. In this perspective, neoliberal ideology and rationality have a fundamental role, as it is a new governmental reason that uses the State to meet capitalist interests. That said, neoliberalism is much more than an economic doctrine or ideology, but a rationality of the world that structures and organizes both governmental actions and the conduct of the governed. It is not just the State that adapts to this

new neoliberal rationality, but the whole of society is conceived as a “market”, in which each subject is a “company” that is in continuous competition. It was under this inspiration that the 2017 Labor Reform was approved, provoking greater flexibility and precariousness in the labor market with the aim of reducing the social costs of work and increasing the profit margin of the business community, thus worsening working conditions and income of workers.

Keywords: State. Neoliberal rationality. Labor reform. Brazilian labor market.

1. INTRODUÇÃO

A política neoliberal tem impactado o mercado de trabalho brasileiro com suas medidas liberalizantes. Sancionada em julho de 2017 e em vigor desde novembro desse mesmo ano, a Lei nº 13.467/2017, conhecida como *Reforma Trabalhista*, foi implementada com a finalidade declarada de aumentar o número de postos de trabalho e a formalização dos vínculos contratuais no Brasil. O meio adotado para o alcance desse fim foi a introdução de um conjunto de mudanças na legislação trabalhista sob o argumento de promover uma maior modernização das relações de trabalho.

Os defensores dessa reforma, entidades patronais e parlamentares alinhados aos seus interesses, afirmavam que a legislação trabalhista vigente à época, era obsoleta e promovia o engessamento das relações de trabalho, aumentando o custo do trabalho e a burocracia. Era necessário, pois, modernizá-la para aumentar a produtividade e proporcionar maior competitividade, gerando, assim, mais empregos formais.

O objetivo geral neste estudo é discutir, mesmo que brevemente, a relação entre o Estado neoliberal (através da sua racionalidade governamental) e o mercado de trabalho brasileiro por meio dos impactos da reforma trabalhista de 2017, buscando compreender qual o papel do Estado na relação assimétrica entre capital e trabalho.

Nesse contexto, as perguntas norteadoras do presente texto são: Qual o papel do Estado na sociedade capitalista? Quais seriam os limites de atuação do Estado conforme a racionalidade neoliberal? Quais são os impactos da reforma de cunho neoliberal trabalhista de 2017 no mercado de trabalho brasileiro?

O texto está dividido em cinco seções, incluindo introdução e conclusão. Na segunda seção, discute-se o papel do Estado na sociedade capitalista a partir das contribuições teóricas de Marx (2003, 2011), Marx e Engels (2017), Lênin (2017) e Poulantzas (1977, 2000). Na terceira, o tema em questão é a racionalidade neoliberal e o papel do Estado a partir das ideias de Dardot e Laval (2016), Anderson (1995), Lazzarato (2011) e Moraes (2001). Na sequência, fundamentada nos textos de Antunes

(2018), Biavashchi e Teixeira (2020), Krein e Oliveira (2019), Filgueiras (2021) e Joseph (2021), a quarta seção discorre sobre o caráter neoliberal da reforma trabalhista de 2017 e seus efeitos no mercado de trabalho brasileiro.

2. O PAPEL DO ESTADO NA SOCIEDADE CAPITALISTA

Esta seção tem o objetivo de analisar a função do Estado na sociedade capitalista. A compreensão funcional do Estado ajuda no entendimento de a quem ele serve e como as instituições são direcionadas para atender os interesses de classe ou frações de classes. Ademais, é a partir da análise do papel do Estado que se depreendem as suas decisões no campo das políticas públicas.

Marx (2011), em sua obra *A Guerra Civil na França*, assinala que o Estado, no modo de produção capitalista, é uma instituição de dominação e opressão de uma classe (a classe capitalista) sobre outra classe (a classe trabalhadora). Para o economista e filósofo alemão, o Estado, no modo de produção capitalista, está a serviço dos interesses dos representantes do capital (a classe burguesa). Assim, o Estado tem um caráter de classe. “O poder do Estado foi assumindo cada vez mais o caráter do poder nacional do capital sobre o trabalho, de uma força política organizada para a escravização social, de uma máquina do despotismo de classe” (MARX, 2011, p. 55).

Na obra *O Dezoito de Brumário de Louis Bonaparte*, Marx (2003) já ressaltava que, a burguesia, apesar de ser a classe dominante no capitalismo, não é homogênea. Existem frações de classes no seu interior que, em alguns momentos, defendem interesses contraditórios. Mas o que há de comum entre essas frações da classe capitalista (burguesia industrial, burguesia financeira e burguesia agrária) é o aumento da exploração da classe trabalhadora e a maximização do lucro (MARX, 2003).

De acordo com Lênin (2017, p. 29), “O Estado é o produto e a manifestação do caráter inconciliável das contradições de classe”. Desta forma, ele passa a atender os interesses políticos de um bloco de poder formado por várias classes ou frações de classe politicamente dominantes e assume uma posição hegemônica (POULANTZAS, 1977).

Nessa perspectiva, a função do Estado na sociedade capitalista é política. Visa garantir a unidade da formação social com dominância política de uma classe ou fração de classe, utilizando a ideologia jurídico-política para escamotear os interesses econômicos da classe dominante e transformá-los em interesses gerais do povo.

Com efeito, o Estado tem um papel essencial nas relações de produção e na delimitação-reprodução das classes sociais (POULANTZAS, 2000). É neste aspecto que a ideologia dominante exerce um papel fundamental para manter os interesses da classe dominante. Como destacam Marx e Engels (2007): “As ideias da classe dominante são as ideias dominantes em cada época, quer dizer a classe que exerce o poder *objetal* dominante na sociedade é, ao mesmo tempo, seu poder *espiritual* dominante” (MARX; ENGELS, 2007, p. 71, grifos do autor).

Assim, a ideologia, de acordo com esses autores, está relacionada à produção de ideias, de representação e da consciência (MARX; ENGELS, 2007). Essa produção, por sua vez, é um reflexo da atividade e do intercâmbio material da vida real humana. A ideologia é um conjunto de coerências relativas de representações, valores e crenças. Diz respeito tanto a uma relação real, relação do homem com a natureza, com a sociedade, com outros homens, com a economia e a política, como a uma relação imaginária, da experiência vivida do homem com suas condições de existência (POULANTZAS, 1977).

A ideologia, enquanto instância específica de uma organização social ou modo de produção, tem o papel de coesão social que está a serviço da classe dominante.

A ideologia, ao contrário da noção científica de sistema, não admite em seu seio a contradição, ela tenta resolvê-la pela sua ausência. Isso significa dizer que a estrutura do discurso ideológico e a do discurso científico são fundamentalmente diferentes (POULANTZAS, 1977, p. 202).

Neste sentido, a relação entre a ideologia e o Estado é que a primeira tenta impor ao conjunto da sociedade um estilo ou “modo de vida” no qual o aparato estatal (o Estado) é visto como o representante legítimo do conjunto da sociedade, buscando esconder a dominação e a exploração de classe. No modo de produção capitalista, para compreender a sua dinâmica de acumulação, é preciso descortinar o universo ideológico que sustenta os interesses da classe dominante desvelando as relações mantidas entre o Estado e a classe capitalista. Isso está delineado na próxima seção quando se discute o papel da ideologia e da racionalidade neoliberal na legitimação dos interesses da classe capitalista no contexto contemporâneo.

3. A RACIONALIDADE NEOLIBERAL E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO ESTADO

Esta seção busca discorrer sobre o papel do Estado sob a ótica do pensamento neoliberal. Com base nas contribuições teóricas de Perry Anderson (1995), Pierre Dardot e Cristian Laval (2016) e Reginaldo Moraes (2001), a discussão sobre o neoliberalismo possui diversos matizes, porém com pontos em comum. Nessa perspectiva, faz-se necessário compreender os principais eixos do pensamento neoliberal, apresentados a seguir.

Segundo Anderson (1995), o neoliberalismo é um fenômeno distinto do liberalismo clássico e teve suas origens após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se de uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista e de bem-estar social. De acordo com o historiador inglês citado, o texto que deu origem à ideologia neoliberal é *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek, escrito em 1944. O principal propósito da doutrina e política neoliberal é combater o keynesianismo e qualquer forma de igualitarismo e o solidarismo reinante a fim de preparar as bases de um capitalismo mais duro e livre de regras (ANDERSON, 1995).

Na concepção neoliberal, o Estado deve ser forte, sim, mas na capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, devendo ser parco nos gastos sociais e nas intervenções econômicas. Com efeito, o neoliberalismo tomou a social-democracia como sua inimiga central, mormente nos países de capitalismo avançado (ANDERSON, 1995).

Para Anderson (1995), as principais metas da política neoliberal são a estabilidade monetária, a disciplina orçamentária (contenção dos gastos com bem-estar) e a restauração da taxa “natural” de desemprego, ou seja, a criação de um exército industrial de reserva de trabalhadores para quebrar os sindicatos. Para Hayek (1990) e os defensores do neoliberalismo, o poder excessivo dos sindicatos e movimentos operários eram as principais causas da crise do sistema capitalista em 1973. Assim, as reformas fiscais eram imprescindíveis para incentivar os agentes econômicos e estimular o livre mercado. O neoliberalismo, portanto, é contrário a qualquer forma de intervenção estatal na economia.

Segundo Moraes (2001), o neoliberalismo constitui-se, em primeiro lugar, como uma ideologia, uma forma de ver o mundo social, uma corrente de pensamento. Moraes

(2001) corrobora as ideias de Anderson (1995) de que o neoliberalismo surgiu, enquanto ideologia, com as ideias de Ludwiwg von Mises, mas que tem como principal expoente Friedrich Hayek, em sua obra *O Caminho da Servidão*. Nesta obra, Hayek (1990) se contrapõe às ideias socialistas e intervencionistas.

Dardot e Laval (2016) trazem uma nova concepção sobre o neoliberalismo. Para eles, o neoliberalismo seria muito mais do que uma doutrina econômica que defende o Estado mínimo, sendo, em primeiro lugar, uma racionalidade. De acordo com esse entendimento, o neoliberalismo é ideológico e possui uma racionalidade própria que visa à acumulação de capital e defesa do livre mercado. Na verdade, o neoliberalismo é uma racionalidade que “busca intervir nas políticas sociais para individualizá-los” (LAZZARATO, 2011, p. 22).

Como racionalidade, o neoliberalismo tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados. Para Dardot e Laval (2016, p. 17), “A racionalidade neoliberal tem como característica principal a generalização da concorrência como norma e da empresa como modelo de subjetivação”. O neoliberalismo seria a *nova razão do* capitalismo contemporâneo. De acordo com os autores supramencionados, o neoliberalismo é uma nova racionalidade governamental. “O neoliberalismo pode ser definido como um conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17).

Considerando que o neoliberalismo é uma nova razão do capitalismo ou nova racionalidade governamental, o Estado é um ator importante na conformação da sociedade e na adoção das políticas públicas. Essa nova racionalidade governamental busca alterar profundamente as relações sociais, mudando o papel das instituições de proteção social e educação no sentido de orientar a conduta dos sujeitos para uma concorrência generalizada. “O neoliberalismo emprega técnicas de poder inéditas sobre as condutas e as subjetividades” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 21). Como ensinam os autores, o papel do Estado, conforme a ideologia neoliberal, é assegurar a generalização da concorrência mercantil através de normas e instituições a fim de garantir os interesses da lógica de acumulação do capital (DARDOT; LAVAL, 2016).

O neoliberalismo visa à mercantilização irrestrita das relações sociais e o Estado tem um papel fundamental na consecução desse objetivo. Trata-se de uma nova

racionalidade governamental que não apenas destrói regras, instituições e direitos, mas também produz certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver, certas subjetividades. Ou seja, o neoliberalismo é uma estratégia universal que busca moldar a forma de existência humana, tendo como princípio a individualização das relações sociais e a expansão generalizada da livre concorrência.

Outra característica da política e racionalidade neoliberais é a superexploração da classe trabalhadora e o desmonte das políticas de proteção social. Conforme Martins (2011), numa economia globalizada, esse processo de superexploração do trabalho não se resumiria a um cenário de baixo desenvolvimento tecnológico, mas também num contexto de evolução tecnológica. Os impactos do neoliberalismo no mercado de trabalho brasileiro são o tema da seção seguinte.

4. REFORMA TRABALHISTA DE 2017: uma resposta neoliberal ao mercado de trabalho brasileiro

Esta seção tem como objetivo analisar os impactos da reforma trabalhista de 2017, de cunho neoliberal, no mercado de trabalho nacional, mostrando como essa nova legislação do trabalho aumentou a precarização das relações laborais e desconstruiu a proteção social dos trabalhadores, favorecendo os interesses do empresariado.

Na primeira década do século XXI, o mercado de trabalho brasileiro foi marcado por uma fase de ascensão, tendo como principais características a relativa queda da taxa de desemprego, a valorização do salário mínimo e o aumento do emprego formal. Isto se deveu ao ciclo do *boom* das commodities, à retomada do consumo e das exportações de bens manufaturados. Segundo Dedecca e Rosandiski (2006, p. 172), “a própria desvalorização cambial criou barreiras à dimensão de bens importados no mercado nacional, estimulando que empresas [...] retomassem planos de produção e mesmo de investimentos”.

Assim, diferentemente dos anos 1990, a economia brasileira, especialmente após 2003, foi marcada por elevadas taxas de crescimento. Na primeira década dos anos 2000, houve um crescimento do emprego formal. Portanto o avanço do processo de reestruturação do mercado de trabalho com forte crescimento formal deve ser compreendido dentro de uma perspectiva de mudança de funcionamento da economia, ou seja, tal processo resultou em alterações da dinâmica do mercado de trabalho no

sentido de uma trajetória de maior estruturação, com forte aumento do emprego formal e da formalização dos estabelecimentos, em simultâneo à diminuição das outras posições no contexto ocupacional do país (POCHMANN, 2008).

Campos (2016) destaca que a ação do Estado teve um papel importante para o fenômeno do emprego formal na primeira década dos anos 2000, dadas a estrutura ocupacional e as práticas trabalhistas herdadas dos anos 1990. “O crescimento do emprego formal e de seus salários apontam para uma ação deliberada do Estado na forma de políticas públicas” (CAMPOS, 2016, p. 21). A atuação do poder público na regulação, fiscalização e promoção da atividade econômica e relações de trabalho no Brasil favoreceu o crescimento econômico, traduzindo-se em elevação do emprego formal e valorização do salário mínimo.

Essa maior intervenção do Estado ocorreu no campo da desburocratização da relação da empresa com o Estado e também na política de fiscalização de emprego e admissão por ação fiscal. Tais políticas contribuíram para o crescimento do emprego formal. Cabe notar que o Estado brasileiro expandiu a contratação de servidores e, ao mesmo tempo, ampliou a contratação de serviços do setor privado (CAMPOS, 2016; KREIN; MANZANO, 2014).

No interregno de 2003 a 2012, os indicadores do mercado de trabalho do Brasil apresentaram, em geral, um desempenho positivo. Um conjunto de alterações institucionais implementadas no mercado de trabalho brasileiro contribuiu para a retomada da regulação nas relações de trabalho na primeira década do século XXI. Merecem destaque, no pós-2002, a valorização do salário-mínimo, a ampliação do seguro-desemprego no ápice da crise de 2008 e 2009, a nova regulamentação do estágio e o estímulo para inclusão do autônomo na seguridade social. Apesar destes avanços, deve-se desincrustar a informalidade da sociedade brasileira mediante maior efetividade das leis e aprimoramento institucionais, pois tal problema ainda persiste no país (VARGAS, 2107).

Após uma década de crescimento econômico com baixas de desemprego, crescimento real e relativa diminuição das desigualdades sociais, o Brasil passou por uma forte desaceleração econômica a partir de 2014, seguida de uma crise política e institucional. No que tange ao mercado de trabalho, há uma crescente tendência à precarização e aumento da informalidade, ocasionando a deterioração das condições de

vida e de trabalho da classe trabalhadora.

De acordo com Tavares (2021), observa-se um aumento significativo do excedente mundial da força de trabalho e da taxa de desemprego nas últimas décadas. “A taxa de desemprego aberto tem aumentado tanto para as nações desenvolvidas como para as nações não desenvolvidas” (TAVARES, 2021, p. 23). Quanto ao Brasil, o número de assalariamento sem registro e de ocupações não assalariadas vem crescendo substancialmente, resultando na precarização das condições e relações de trabalho.

Como destacam Miranda e Carcanholo (2022), o capitalismo contemporâneo (ou capitalismo neoliberal) está relacionado a um conjunto de medidas que trazem uma nova configuração, priorizando o capital financeiro. Essa nova configuração está relacionada ao ataque feroz aos direitos trabalhistas e a um processo de reestruturação produtiva, ambos tendo em vista a recuperação da lucratividade do capital, maciça privatização de serviços públicos, expropriação de bens comuns públicos e expansão do capital fictício.

Dito isso e acompanhando as transformações recentes no sistema capitalista atual e na economia nacional, o Brasil vem apresentando, nas últimas décadas, profundas alterações na sua estrutura de mercado de trabalho. Nesse contexto, surgiram novas propostas e implementações de alterações nas legislações trabalhistas. E, em pleno cenário de crise política e econômica, sobretudo diante dos dados de desemprego e de informalidade, promulgou-se a reforma trabalhista através da Lei nº 13.467/2017.

Tal reforma se materializou numa alteração substancial da Consolidação das Leis Trabalhistas como também na aprovação da Lei nº 13.429/2017, que permite a terceirização irrestrita e amplia os contratos temporários. Mesmo após a aprovação dessas leis, medidas pontuais, como revogação de normas reguladoras e edição de decretos vêm procurando aprofundar a lógica imposta pela reforma trabalhista de 2017, em um movimento de aprofundamento da flexibilização e da precarização do trabalho.

Essas reformas estão embasadas na visão de um mundo neoliberal, onde a sociedade deve ser estruturada a partir de uma concorrência generalizada, e o papel do Estado é o de preservar e promover essa concorrência a partir de normas e instituições que permitam e proporcionem o funcionamento mais eficaz possível dos mecanismos de oferta e demanda (DARDOT; LAVAL, 2016).

A partir dessa visão, a reforma trabalhista não só se realiza a partir das

desigualdades sociais, como também age para mantê-las e aumentá-las, visando posicionar todos os indivíduos em um estado de “igual desigualdade” (uma desigualdade relativa, generalizada por toda a sociedade). Assim, há uma fragilização das posições do “mercado de trabalho”, a partir da atuação política social neoliberal, que combina antigas técnicas disciplinares e recentes técnicas securitárias (LAZZARATO, 2011).

A proposta da reforma trabalhista de 2017 surgiu sob a retórica de promover uma maior modernização das relações de trabalho e aperfeiçoamento das regras laborais a fim de alavancar o crescimento econômico e gerar mais emprego. Deste modo, foi apresentada à sociedade brasileira como uma política pública que objetivava gerar novos postos de trabalho formais. Contudo, para alcançar esse objetivo, era necessário modificar a legislação trabalhista vigente.

O argumento era de que a legislação trabalhista brasileira (até então em vigor) era muito rígida, impedindo, assim, a criação de novos postos de trabalho e a retomada da atividade produtiva. Portanto era necessário flexibilizá-la. Na verdade, a reforma trabalhista atingiu praticamente toda a proteção do trabalho e fortaleceu o arbítrio patronal (BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2020; JOSEPH, 2021).

De acordo com Krein e Oliveira (2019), os resultados práticos da reforma trabalhista não foram, até o presente momento, concretizados pelos seus defensores. Pelo contrário, o que se evidenciou (e ainda se evidencia) foi o aumento crescente da taxa de desemprego e da informalidade, ampliando a vulnerabilidade e a insegurança dos trabalhadores.

Na verdade, a reforma trabalhista introduziu um conjunto de mudanças na legislação trabalhista que visa, em sua quase totalidade, cortar custos (direta ou indiretamente) dos empresários, provenientes da relação com os trabalhadores: custos relacionados à contratação, à remuneração, aos intervalos e deslocamentos, à saúde e segurança, à manutenção da força de trabalho, à dispensa e às consequências jurídicas do descumprimento da legislação.

Segundo Antunes (2018, p. 269), o principal objetivo da reforma trabalhista de 2017 era “preservar os grandes interesses dominantes e impor a demolição completa dos direitos do trabalho no Brasil”. Assim, essa reforma está concatenada a uma contrarrevolução preventiva, do tipo neoliberal (ou ultraliberal) em fase mais agressiva. Para o autor, a reforma trabalhista está relacionada a uma trípode destrutiva

que consiste em privatizar tudo que tem, impor o negociado sobre o legislado e flexibilizar totalmente as relações de trabalho (ANTUNES, 2018).

Segundo Filgueiras (2021), a reforma trabalhista de 2017 foi um conjunto de medidas de cunho neoliberal que buscava desconstruir o mundo do trabalho no Brasil, embasado numa narrativa de “modernização” e de algo novo no contexto das relações trabalhistas. Para os neoliberais, a desregulamentação das leis de proteção ao trabalho constitui um componente econômico fundamental, baseado na competitividade e na produtividade. Ao reivindicar por menos regulamentos legais, os neoliberais estão preconizando a redução da intervenção do Estado no mercado de trabalho. No lugar da lei, propõem que a normatização das relações de trabalho seja realizada exclusivamente pelas partes nelas envolvidas (JOSEPH, 2021).

Um dos principais pontos da Reforma Trabalhista abriu a possibilidade de que as negociações entre trabalhadores e empresas se sobreponham à legislação trabalhista, o chamado “acordado sobre o legislado”. Poderão ser negociados à revelia da lei o parcelamento de férias, a jornada de trabalho, a redução de salário e o banco de horas. Por outro lado, as empresas não poderão discutir o fundo de garantia, o salário-mínimo, o décimo terceiro e as férias proporcionais (JOSEPH, 2021).

Portanto a reforma trabalhista, implementada no governo Temer, segue em consonância com a racionalidade neoliberal vigente no século que defende que o salário e as condições de trabalho sejam estabelecidos a partir da livre negociação entre os indivíduos. A formalização do contrato de trabalho deve ser realizada sem o intermédio de tutelas corporativas. A celebração do contrato de trabalho deve ser concebida como um ato individual e não coletivo, posto que a negociação coletiva reduz a autonomia das empresas na fixação das condições de trabalho.

A reforma trabalhista de 2017, a pretexto de modernizar a legislação laboral, ampliou a flexibilização das relações de trabalho, reduzindo e retirando direitos sociais, aumentando a vulnerabilidade do trabalhador e incidindo negativamente sobre as formas de organização sindical. Portanto não trouxe respostas satisfatórias aos problemas estruturais, sobretudo ao desemprego formal; “o que se vê é a manutenção do elevado nível de desemprego e o aprofundamento da precariedade em função das novas formas de contratação” (BIAVASCHI; TEIXEIRA, 2020, p. 29).

A atual reforma trabalhista gerou insegurança, aumentou a desigualdade salarial

e o empobrecimento dos trabalhadores, sendo inevitável o endividamento e o aumento da precarização de vida da classe trabalhadora. A desigualdade salarial poderia ser revertida com o crescimento do PIB, porém a reforma trabalhista não promoveu o crescimento econômico e, muito menos, a redução da desigualdade socioeconômica dos assalariados e a geração de empregos formais (BALTAR; ROLIM, 2018).

Na realidade, o principal objetivo da reforma trabalhista, sob a lógica de atender os interesses do capital, consistiu na redução dos custos sociais dos trabalhadores e na diminuição dos rendimentos formais. “Os salários dos trabalhadores admitidos [...] após a reforma, comparando salários médios de cada mês com o salário de admissão do mês anterior, têm piorado à medida que os meses passam” (FILGUEIRAS, 2019, p. 33).

A nova legislação trabalhista reduz custos e facilita ao empregador demitir os trabalhadores. Ademais, a diminuição dos gastos sociais dos trabalhadores provocou o aumento da margem do lucro dos empresários. No entanto essa redução não favoreceu maiores investimentos: “no primeiro trimestre de 2019, a participação atinge o menor nível em 50 anos” (FILGUEIRAS, 2019, p. 33).

Portanto a adoção de uma agenda ultraneoliberal no mercado de trabalho brasileiro, por meio de uma nova legislação trabalhista (consubstanciada na reforma trabalhista de 2017) resultou (até agora) numa piora nos indicadores do mundo do trabalho. O desemprego aumentou e a informalidade se ampliou. Com o incremento das atividades com remuneração mais baixa (trabalhadores por conta própria e subocupados), o processo de desestruturação do mercado de trabalho colaborou com a diminuição das fontes de financiamento da seguridade social, tornando o déficit não uma realidade, mas uma profecia autorrealizável (KREIN; COLOMBI, 2019).

5. CONCLUSÃO

O objetivo central deste texto foi realizar uma breve análise acerca da relação entre o Estado neoliberal e o mercado de trabalho brasileiro, mostrando que a reforma trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017), fundamentada na racionalidade neoliberal, trouxe profundas alterações na regulação laboral, proporcionando maior liberdade para os empregadores ajustarem a demanda e a forma de utilização da força de trabalho de acordo com as suas necessidades, criando dispositivos que retiram a proteção do trabalhador, ampliam a flexibilização e promovem a precarização do mercado de

trabalho brasileiro.

Partindo do pressuposto de que a reforma trabalhista foi uma política pública, a pretexto de modernizar as relações de trabalho e gerar novos empregos, objetivando atender os interesses da lógica de acumulação de capital, faz-se necessário discutir o papel do Estado na sociedade capitalista. Este tema foi abordado na primeira seção deste artigo. Com base nos pressupostos teóricos de Marx (2003, 2011), Marx e Engels (2007), Lênin (2017) e Poulantzas (1977, 2000), conclui-se que o Estado é instrumento de dominação de classe, não representando algo neutro ou exógeno aos interesses de classes ou de frações de classes.

Na segunda seção, tratou-se sobre o neoliberalismo na perspectiva de uma racionalidade governamental que atua no propósito de atender os interesses do capital. De acordo com as conclusões teóricas de Dardot e Laval (2016) para a racionalidade neoliberal, o Estado é um ator importante para assegurar os interesses capitalistas por meio de leis e políticas governamentais que promovam a generalização da concorrência e a individualização das políticas sociais.

Na terceira seção, discutiu-se sobre a reforma trabalhista de 2017 e seus impactos no mercado de trabalho. Como medida de caráter neoliberal, a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017), sob a retórica de modernizar as relações de trabalho e gerar novos empregos formais, trouxe importantes impactos no mercado de trabalho brasileiro que resultaram numa maior precariedade e na piora das condições de vida dos trabalhadores.

De fato, é possível inferir que o real objetivo da nova legislação trabalhista foi diminuir os custos sociais e aumentar a margem de lucro do empresariado. Sem contar que tal reforma fragiliza o movimento sindical, haja vista que ela impõe uma pauta patronal na maior parte das negociações, predominando o “negociado sobre o legislado”.

As promessas de modernização das relações de trabalho e redução do desemprego formal da reforma trabalhista de 2017 não se concretizaram. Ao contrário, agravaram-se os níveis de informalidade, flexibilidade e precarização do trabalho, aumentando o número de trabalhadores vulneráveis sem acesso ao emprego formal no país.

O artigo em tela não pretende esgotar o assunto, mas, sim, alargar o espaço de

discussão da temática. A relação entre Estado neoliberal e mercado de trabalho brasileiro, em virtude das mudanças na legislação e no padrão de regulação laboral, merece estudos mais aprofundados, especialmente no que tange ao processo de *uberização* e digitalização da economia (mercado de trabalho 4.0) deste século.

Conclui-se que o desemprego e a informalidade ainda são problemas estruturais e urgentes a serem resolvidos no Brasil e que somente a mudança da legislação do trabalho não é suficiente para o equacionamento desses problemas. Para tanto, faz-se mister a realização de políticas públicas que possibilitem a retomada do crescimento econômico com geração de emprego (formal) e renda, somada à inclusão social.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In*: SADER, Emílio; GENTILI, Pablo (org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BALTAR, Carolina Trancoso; ROLIM, Lilian Nogueira. Desigualdade e vulnerabilidade no mundo do trabalho. *In*: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luiz dos (Org.). **Dimensões críticas da reforma trabalhista**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018.

BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane. As reformas trabalhistas no Brasil e na Argentina: ataque no sistema público de regulação do trabalho e resistência dos atores sociais. *In*: LEITE, Márcia de Paula; BIAVASCHI, Magda Barros; LIMA, Jacob Carlos (org.). **O Trabalho em crise: flexibilidade e precariedades**. São Carlos: EduFscar, 2020.

CAMPOS, Guilherme Caldas Souza. **O emprego formal no Brasil dos anos 2000: um estudo da Relação Anual de Informações Sociais (2000-2013)**. 2016. 118f. Dissertação (Mestrado em Economia Social e do Trabalho) – Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Instituto de Economia, Campinas, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEDECCA, Claudio Salvadori; ROSANDISKI, Eliane Navarro. Recuperação econômica e a geração de empregos formais. **Parcerias Estratégicas**, Brasília, v. 11, n. 22, 2006.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Org.). **Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. “**É tudo novo**”, **de novo**: as narrativas sobre grandes mudanças no mundo do trabalho como ferramenta do capital. São Paulo: Boitempo, 2021.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Trad. Anna Maria Capovilla *et al.* 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

JOSEPH, Lázaro Camilo Recompensa. **Introdução à Economia do Trabalho**: apontes para um livro de texto. Curitiba: Editora CRV, 2021.

KREIN, José Dari; COLOMBI, Ana Paula Fregnani. A Reforma Trabalhista em Foco: desconstrução da proteção social em tempos de neoliberalismo autoritário. **Educação & Sociedade**, v. 40, 2019. 10.1590/es0101-73302019223441.

KREIN, José Dari; MANZANO, Marcelo. **Notas sobre a formalização**: estudo de caso: Brasil. Brasília: OIT, 2014.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Verás de. Para além do discurso: impactos efetivos da reforma nas formas de contratação. *In*: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Verás de; FILGUEIRAS, V. A. (Orgs.). **Reforma Trabalhista no Brasil**: promessas e realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019.

LAZZARATO, Maurício. **O governo das desigualdades**: crítica da insegurança neoliberal. São Paulo: EdUFScar, 2011.

LÊNIN, Vladimir. **O Estado e a revolução**: a doutrina do marxismo sobre o Estado e as tarefas do proletariado na revolução. São Paulo: Boitempo, 2017.

MARTINS, Carlos Eduardo. **Globalização, dependência e neoliberalismo na América Latina**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **O dezoito de Brumário de Louis Bonaparte**. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2003.

MARX, Karl. **A guerra civil na França**. Tradução e notas Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: crítica da novíssima filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauere Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas, 1845-1846. Tradução, prefácio e notas de Marcelo Backes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MIRANDA, Flávio; CARCANHOLO, Marcelo Dias. Crise do capital, ultraliberalismo e coronavírus. *In*: ALENCAR JÚNIOR, Osmar Gomes de; CRESPO, Maria de Fátima Vieira; GONÇALVES, Wagna Maquis Cardoso de Melo (Org.). **Economia na pandemia**: crise global e o impacto na economia, na política, na sociedade e no meio ambiente. São Carlos: Diagrama Acadêmico, 2022.

MORAES, Reginaldo. **Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?** São Paulo: Editora Senac, 2001.

POCHMANN, Márcio. **O emprego no desenvolvimento da nação.** São Paulo: Boitempo, 2008.

POULANTZAS, Nicos. **Poder político e classes sociais.** São Paulo: Martins Fontes, 1977.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

TAVARES, Maria Augusta. **Informalidade e precarização do trabalho: a nova trama da produção capitalista.** São Paulo: Cortez Editora, 2021.

VARGAS, Juliano. **A informalidade no mercado de trabalho: um desafio institucional permanente para a economia brasileira.** Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PANDEMIA: fonte, objetivos, razões e dilemas *STATE INTERVENTION IN THE PANDEMIC: source, objectives, reasons and dilemmas*

Felipe Cardoso Rodrigues Vieira ¹

¹ Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Bacharel em Direito. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-7301-5623>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/9585477678289843>. E-mail: felipecrv@hotmail.com.

RESUMO

A deflagração da pandemia de Covid-19 impôs ao Estado e às instituições numerosos desafios, em especial acerca da intervenção na conduta dos indivíduos em tempos de instabilidade sanitária como a vivenciada com o novo Coronavírus. O presente artigo objetiva analisar as razões, os objetivos, os dilemas e a fonte do poder estatal nas intervenções objetivando o enfrentamento a pandemia de Covid-19. Constatou-se que um bom conjunto de leis, em sentido amplo, é essencial para manutenção ou estabelecimento da ordem pública e a atuação estatal se baseou em medidas legislativas protecionistas em prol da preservação da saúde dos indivíduos em sociedade e aplicação de penalidades e restrições como medidas reparadoras e educativas. A atuação do Estado na pandemia de Covid-19 deriva diretamente do poder legitimado, onde os atos de governo representam a exteriorização da expressão da vontade geral. Entre os dilemas quanto a sua atuação para conter a expansão da doença, destaca-se o dever estatal de atuar para o bem da coletividade frente a liberdade individual.

Palavras-chave: Intervenção estatal. Legitimidade. Pandemia.

ABSTRACT

The outbreak of the Covid-19 pandemic imposed numerous challenges on the State and institutions, in particular regarding intervention in the conduct of individuals in times of health instability such as the one experienced with the new Coronavirus. This article aims to analyze the reasons, objectives, dilemmas and the source of state power in interventions aimed at confronting the Covid-19 pandemic. It appears that a good set of laws, in a broad sense, is essential for maintaining or establishing public order and state action was based on protectionist legislative measures in favor of preserving the health of individuals in society and applying penalties and restrictions as restorative and educational measures. The role of the State in the Covid-19 pandemic derives directly from legitimized power, where government acts represent the expression of the general will. Among the dilemmas regarding its action to contain the spread of the disease, the state's duty to act for the good of the community in the face of individual freedom stands out.

Keywords: State intervention. Legitimacy. Pandemic.

1. INTRODUÇÃO

A deflagração da pandemia de Covid-19 no Brasil, formalmente reconhecida pelo Ministério da Saúde como Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional pela Portaria nº 188/GM/MS, em 3 de fevereiro de 2020, impôs ao Estado brasileiro e às instituições numerosos desafios, em especial acerca da intervenção do Estado na conduta dos indivíduos em tempos de instabilidade sanitária como a vivenciada com o novo Coronavírus.

Ressalta-se que a Lei nº 13.979/2020, que prevê várias medidas para evitar a contaminação ou a propagação da doença, destacando-se o isolamento, a quarentena e a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos médicos específicos, é a fonte normativa de destaque para a matéria. Assim, os entes públicos que não aplicam estas medidas estão sujeitos à responsabilidade.

Nesta perspectiva, analisar as razões, os objetivos, os dilemas e a fonte do poder estatal nas intervenções objetivando o enfrentamento a pandemia de Covid-19 torna-se de crucial importância. Posto isto, o presente artigo tem por objetivo realizar esta análise utilizando os textos de Polanyi (1999), Berlin (1981), Hirschman (2000), Nicolau Maquiavel (1982) e Jean-Jacques Rousseau (1978) como base para essa discussão.

2. PROTEÇÃO OU LIBERDADE NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19: OS DILEMAS DO ESTADO

Sobre a perspectiva da atuação estatal de imposição das restrições individuais, dentre elas, da liberdade, Polanyi (1999) destaca bem que mesmo um sistema organizado de equilíbrio de poder só pode assegurar a paz, sem a ameaça permanente da guerra, se puder atuar diretamente sobre fatores internos e impedir o desequilíbrio *in status nascendi*. Uma vez que esse desequilíbrio tome impulso, só a força poderá endireitá-lo. Assim, em uma compreensão analógica, em face do desequilíbrio que a sociedade apresenta pela ocorrência da pandemia do Covid-19, surge para o Estado a necessidade e o dever do uso da força (política e em algumas ocasiões, coercitivas) para tentar reestabelecer o equilíbrio.

Polanyi (1999) comenta ainda que não podemos atingir a liberdade que procuramos, a menos que compreendamos o verdadeiro significado da liberdade numa

sociedade complexa. Assim, não existe uma sociedade sem o poder e a compulsão, nem um mundo em que a força não tenha qualquer função. Era uma ilusão admitir uma sociedade que fosse modelada apenas pelo desejo e a vontade do homem. O poder e o valor econômico são um paradigma da realidade social. A função do poder é assegurar a medida de conformidade necessária à sobrevivência do grupo; por sua vez, o valor econômico garante a utilidade dos bens produzidos. Sua fonte são os desejos humanos e a escassez. Qualquer opinião ou desejo far-nos-á participantes na criação do poder e na constituição do valor econômico. Não é concebível uma liberdade que atue de outra maneira.

Assim, ao analisarmos as palavras de Polanyi (1999), a liberdade está na centralidade dessa relação entre o poder estatal e a constituição do valor econômico, onde a função do poder estatal é assegurar a sobrevivência da sociedade e impor sua força, em especial, em tempos de instabilidade, como ocorre na pandemia do Covid-19, ainda que esse poder estatal venha a impactar a produção do valor econômico aos indivíduos, fazendo-se necessário para o reequilíbrio da estabilidade social.

Berlin (1981) ao tratar sobre conceitos de liberdade estabelece a distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva. No sentido da liberdade negativa, diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém. Neste sentido, quanto mais ampla a área de não interferência, mais ampla seria a liberdade. Já a liberdade positiva refere-se ao desejo que a vida e as decisões dependam de si mesmo e não de decisões externas de qualquer tipo (autodomínio). Todavia, Berlin (1981) acrescenta que esses dois egos acaba por possuírem princípios que visam atingir o mesmo fim: sendo a primeira, a da auto-abnegação com vistas a atingir a independência; a segunda, a da auto-realização ou total auto-identificação.

Neste sentido, as restrições estabelecidas pelo Estado frente à pandemia do Covid-19 acabaram por impactar tanto na liberdade negativa, ao interferir nas atividades dos indivíduos, quanto na liberdade positiva, ao impor decisões externas sem anuência dos indivíduos.

Contudo, o Estado ao limitar a livre locomoção dos indivíduos em tempo de pandemia buscou um bem da coletividade em detrimento de eventual interesse privado, o que acabou por gerar descontentamentos por parte de alguns indivíduos. Neste

diapásão, Berlin (1981) assevera que é possível e algumas vezes justificável coagir os homens em nome de algum objetivo (bem-estar público) que eles mesmos perseguiriam se fossem mais esclarecidos, mas não o fazem pelo fato de serem cegos, ignorantes ou corruptos. Os homens em grande parte são interdependentes e a atividade de nenhum homem é tão completamente privada, que nunca venha a obstruir as vidas dos outros de uma forma ou de outra.

Nesta mesma perspectiva, Hirschman (2000) cita a relação do equilíbrio de interesses, fazendo-se necessária discussão a propósito das vantagens para o interesse público, que podem resultar da presença de uma variedade de interesses individuais e de uma certa tensão entre eles, apresentando, também, a ideia de Hobbes acerca da convergência geral de interesses entre os muitos e aquele que governa.

Outra maneira de ver a questão das restrições à liberdade tem como ponto de partida os questionamentos propostos por Berlin (1981): O que é liberdade para aqueles que não podem dela fazer uso? Sem as condições adequadas para o uso da liberdade, qual o valor da liberdade? Ainda, Hirschman (2000) citando os ensinamentos de John Millar expõe que o espírito da liberdade, nas nações comerciantes, parece depender principalmente de duas circunstâncias: primeiro, a condição do povo relativamente à distribuição da propriedade e dos meios de subsistência; segundo, a facilidade com que os vários membros da sociedade são capazes de se associar e agir combinadamente uns com os outros. Logo, a liberdade perpassa pela capacidade que os indivíduos têm não apenas de possuí-la, mas de exercê-la ativamente e isso está intimamente relacionada às condições sociais, econômicas e culturais, que impõem restrições à liberdade por natureza.

3. AS INTERVENÇÕES DO ESTADO NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 NAS PERSPECTIVAS DE MAQUIAVEL E ROUSSEAU

O surgimento e a expansão da pandemia de Covid-19 impuseram aos indivíduos e aos Estados nacionais desafios de difícil combate, que demandaram uma atuação imediata das autoridades públicas e uma necessária colaboração dos indivíduos, buscando, conjuntamente, reduzir o contágio da doença e os efeitos danosos tanto na saúde como em diversas outras áreas sociais.

Nesta perspectiva, entender como os indivíduos se organizaram historicamente para a formação das cidades ou Estados nacionais fornece base aos estudos contemporâneos sobre a atuação estatal nas mais variadas situações, seja de instabilidade ou não, sendo que os teóricos Nicolau Maquiavel (1982) e Jean-Jacques Rousseau (1978) apresentam em suas obras ensinamentos e explicações que auxiliam a entendermos o momento atual que vivenciamos com a pandemia de Covid-19.

Inicialmente, Maquiavel (1982), ao fazer um estudo histórico comparando fatos antigos e contemporâneos da sua época buscou facilitar a compreensão sobre os surgimentos das cidades, tendo por peça chave a república romana. Este apresenta que as cidades, em regra, foram fundadas ou por nacionais que se reuniram e “decidiram habitar em conjunto um local de escolha que ofereça maior comodidade e cuja defesa seja mais fácil” ou por “estrangeiros, homens livres ou dependentes de outro Estado” (MAQUIAVEL, 1982, p. 19).

Neste contexto, independe da origem, “feliz é a república à qual o destino outorga um legislador prudente, cujas leis se combinam de modo a assegurar a tranquilidade de todos” (MAQUIAVEL, 1982, p. 23). Assim sendo, Maquiavel (1982) nos apresenta a importância de um bom conjunto de leis, em sentido amplo, para a manutenção ou estabelecimento da ordem pública, no qual, ao remetermos para a discussão da atuação do Estado na pandemia de Covid-19 vemos que a promulgação da Lei nº 13.979/2020, as instruções normativas do governo federal e os decretos dos governos estaduais e municipais representam a forma de atuação dos entes federativos para reestabelecer a ordem pública abalada pela crise sanitária advinda do novo Coronavírus.

Outra perspectiva trazida por Maquiavel (1982) é que a escolha de um determinado sistema de governo sempre era realizada tendo por base aquele em que participavam todas as instituições “por julgá-lo mais sólido e estável: se o príncipe, os aristocratas e o povo governam em conjunto o Estado, podem com facilidade controlar-se mutuamente”. Neste sentido, “é necessário que quem estabelece a forma de um Estado, e promulga suas leis, parta do princípio de que todos os homens são maus, estando dispostos a agir com perversidade, sempre que haja ocasião” e que “uma excelente disciplina é a consequência necessária de leis apropriadas” (MAQUIAVEL, 1982, p. 25-31).

Posto isso, acrescenta-se ainda, do ponto de vista da liberdade, que, para Maquiavel (1982), não se pode ter um “direito mais útil e necessário do que o de poder de acusar os cidadãos que tenham atentado contra esta liberdade”. Ademais, nas cidades que vivem sob o império da liberdade, a calúnia deve ser detestada e, para isto, o melhor meio é abrir caminho às denúncias, onde “todo cidadão poderá ser acusado e os caluniadores devem ser punidos rigorosamente” (MAQUIAVEL, 1982, p. 41-46). Logo, isso vai ao encontro do controle mútuo entre as instituições, da necessária criação de meios para a participação dos indivíduos nas decisões estatais e da concepção pelo Estado de um corpo de leis que garanta a disciplina necessária e a ordem pública.

Cumprir também, que com surgimento da crise sanitária, a atuação estatal se baseou em medidas legislativas protecionistas em prol da preservação da saúde dos indivíduos em sociedade, contudo, tal atuação gerou muitas críticas e, até mesmo, ações contrárias às medidas impostas pelo Estado. Maquiavel (1982, p. 75) bem salienta que “os bons costumes só podem ser conservados com o apoio de boas leis e a observação das leis exige bons costumes”, (...) “e se os acontecimentos determinam alterações nas leis, como o mais comum é que as instituições não se modifiquem, a legislação nova fica sem efeito, já que as instituições originais cedo as corrompem”.

Nesse diapasão, Maquiavel (1982, p. 177) destaca que “os homens são levados muitas vezes pela audácia a se queixar em voz alta das medidas tomadas pelos governantes; mas diante do castigo, perdem a confiança que tinham uns nos outros, e terminam por obedecer às ordens recebidas”. Assim, diante da desobediência das medidas impostas, o Estado acaba por aplicar penalidades descritas em lei como multa, restrições de locomoção e exercícios de outros direitos, que funcionam como medidas reparadoras e educativas.

Agora, parte-se da perspectiva do contrato social de Rousseau (1978), sendo este um acordo entre indivíduos para se criar uma sociedade, e só então um Estado, isto é, o contrato é um pacto de associação, e não de submissão, marcado pelos ideais de povo soberano e da igualdade de direitos entre os homens. Na questão do direito do mais forte, Rousseau (1978, p. 15) convencionou que a “força não faz direito, e que não se é obrigado a obedecer senão às autoridades legítimas”, sendo “as convenções a base de toda a autoridade legítima entre os homens”.

Assim, o contrato social é para Rousseau (1978, p. 24) a solução para o estado primitivo dos indivíduos que não tinha mais condições de subsistir, sendo “uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente”. As cláusulas deste contrato são as mesmas em todas as partes, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, numa espécie de pacto social onde ocorre a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade. Nesta feita, este pacto social se reduz aos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 1978, p. 25-26).

Para Rousseau (1978, p. 29), “cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou dessemelhante à vontade geral que possui na qualidade de cidadão”, contudo “o pacto social contém tacitamente a obrigação, a única a poder dar forças às outras, de que quem se recusar a obedecer à vontade geral a isto será constrangido pelo corpo em conjunto”. Assim, “somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizam, sociedade nenhuma poderia existir, sendo à base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada” (ROUSSEAU, 1978, p. 36).

Levando em conta toda essa perspectiva de Rousseau (1978), a atuação do Estado na pandemia do Covid-19 deriva diretamente do poder legitimado pela convenção entre os indivíduos em se associar para buscar uma vontade geral soberana, onde, mesmo existindo interesses particulares, o Estado age para satisfazer essa intersecção de vontades (comuns), sendo os atos de governo a exteriorização da expressão dessa vontade geral. Em contrapartida, quanto menos essas vontades particulares se relacionam com a vontade geral, mais deve aumentar a força repressiva, autenticada pelo estabelecimento da lei e sua execução.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, infere-se que a pandemia do Covid-19 impôs ao Estado dilemas quanto a sua atuação para conter a expansão da doença. Se por um lado, os indivíduos tem sua

liberdade inerente de agir com suas convicções do que seja melhor para sua vida, por outro lado o Estado tem o dever de atuar para o bem da coletividade, mesmo que em detrimento de eventual interesse individual. Assim, a atuação do Estado, restringindo a liberdade dos indivíduos, é legitimada pela necessária efetivação de proteção da saúde da população, onde a vida é o bem maior a ser protegido frente a qualquer outro direito conflitante.

Partindo da obra de Maquiavel (1982), infere-se ainda que um bom conjunto de leis, em sentido amplo, é essencial para manutenção ou estabelecimento da ordem pública e, nos Estados onde as instituições governam em conjunto, podem com facilidade controlar-se mutuamente e gerar decisões e atuações mais homogêneas. Neste ínterim, o autor parte do princípio de que todos os homens são maus e que uma excelente disciplina é a consequência necessária de leis apropriadas. Ademais, analisando o surgimento da crise sanitária do Covid-19, a atuação estatal se baseou em medidas legislativas protecionistas em prol da preservação da saúde dos indivíduos em sociedade, onde, com a desobediência das medidas impostas, o Estado acaba por aplicar penalidades e restrições descritas em lei, que funcionam como medidas reparadoras e educativas.

Já partindo da obra de Rousseau (1978), infere-se que os indivíduos, que mais não podiam viver em um estado natural, convencionam um pacto social com a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade, sendo à base da vontade geral (interesse comum) que a sociedade deve ser governada. Neste panorama, a atuação do Estado na pandemia de Covid-19 deriva diretamente do poder legitimado por esse contrato social, onde os atos de governo representam a exteriorização da expressão dessa vontade geral e quando as vontades particulares tentam sobrepujar a vontade geral, deve-se aumentar a força repressiva pelo estabelecimento e execução das leis.

A pandemia de Covid-19 representou terreno fértil para as medidas urgentes adotadas pelas autoridades nacionais, a quem essa complexa situação de crise sanitária impunha o dever de agir prontamente. Entender essa atuação estatal não é tarefa fácil, mas a discussão da situação contemporânea com os ensinamentos de teóricos clássicos pode ajudar nessa compreensão.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *In*: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da UnB, 1981, p. 133 – 175. (42 p).

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 26 jun. 2023.

HIRSCHMAN, Albert O. **As Paixões e os interesses: argumentos políticos para o capitalismo antes do seu triunfo**. 2.ed. Trad. Lúcia Campelo. São Paulo: Paz e Terra, 2000, 119p.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de tito lívio**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Trad. Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, cap. 1-13.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social** ou princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 *THE LIMITS OF STATE INTERVENTION IN FIGHTING THE COVID-19 PANDEMIC*

William Sousa Vilanova ¹
Ana Valéria Matias Cardoso ²
Marilene Borges de Sousa ³
Cristina Santos Freitas ⁴

¹ Mestrando em Políticas Públicas. Pós-Graduação em Políticas Públicas – UFPI. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-2775-1827>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/7751026783923790>. E-mail: williamsvilanovaeconomia@gmail.com.

² Doutoranda em Políticas Públicas. Pós-Graduação em Políticas Públicas – UFPI. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-0321-5712>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/5487421448856606>. E-mail: anavaleriamatcard2@gmail.com.

³ Mestranda em Políticas Públicas. Pós-Graduação em Políticas Públicas – UFPI. Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0001-1444-9497X>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/0328772409951049>. E-mail: marilleneborges@hotmail.com.

⁴ Assistente Social. Prefeitura Municipal de Piracuruca - PI. Especialista em Gestão em Saúde. Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0007-7077-4051>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/5912567692317270>. E-mail: cristina.freitas99@hotmail.com.

RESUMO

Neste texto, discute-se, sucintamente, a atuação e os limites da intervenção do Estado no período da pandemia de Covid-19 no Brasil à luz do pensamento de Adam Smith (2015) e John Stuart Mill (2019). Com a pandemia, a atuação do Estado foi necessária visando mitigar os efeitos das crises sanitária e econômica. Entretanto qual deveria ser o limite dessa interferência? Para Smith (2015), a atuação do Estado no tecido social e econômico deve ser mínima, porém necessária, quando o objetivo for conter as paixões destrutivas do ser humano. No momento em que o homem perde o controle e não exerce o seu senso de dever, sua capacidade de sentir prazer e /ou dor do outro, o Estado deve intervir na conduta e nas relações sociais para salvaguarda dos próprios indivíduos. Para Mill (2019), outro pensador liberal, a intervenção do Estado na conduta social deve se dar por meio de regras e partir do princípio de que o limite da liberdade das pessoas reside em não trazer dano a outros. É neste sentido que o Estado deve atuar. Em se tratando de um contexto pandêmico e de negacionismo às ciências e medidas sanitário-protetivas, as premissas de Mill e Smith se revelam sempre atualizadas e perenes. Suas reflexões sobre a atuação do Estado na sociedade são de grande valia, na contemporaneidade, para entender o comportamento e a condição atual do ser humano, sobretudo numa situação de calamidade pública e quando a saúde e a vida das pessoas são colocadas em xeque.

Palavras-chave: Adam Smith. John Stuart Mill. Estado. Pandemia. Liberdade.

ABSTRACT

In this text, we briefly discuss the role and limits of State intervention during the Covid-19 pandemic in Brazil in the light of the thinking of Adam Smith (2015) and John Stuart Mill

(2019). With the pandemic, the State's action was necessary to mitigate the effects of the health and economic crises. However what should be the limit of this interference? For Smith (2015), the role of the State in the social and economic fabric should be minimal, but necessary, when the objective is to contain the destructive passions of human beings. When man loses control and does not exercise his sense of duty, his ability to feel the pleasure and/or pain of the other, the State must intervene in conduct and social relations to safeguard the individuals themselves. For Mill (2019), another liberal thinker, the State's intervention in social conduct should take place through rules and based on the principle that the limit of people's freedom lies in not harming others. It is in this sense that the State must act. In the case of a pandemic context and denial of science and sanitary-protective measures, Mill and Smith's assumptions are always up-to-date and perennial. His reflections on the role of the State in society are of great value, in contemporary times, to understand the behavior and current condition of human beings, especially in a situation of public calamity and when people's health and lives are put in check.

Keywords: Adam Smith. John Stuart Mill. State, Pandemic. Freedom.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 é resultado da disseminação por todos os países do novo coronavírus que chegou ao Brasil em fevereiro de 2020. Trata-se de uma grave emergência de saúde que mostrou ser capaz de gerar problemas e instabilidades políticas, econômicas e sociais. A crise sanitária causada pela Covid-19 rompeu a condição de normalidade em que o homem se encontrava, gerando impactos que ultrapassam as questões de saúde pública.

A partir disso, os Estados nacionais passaram a ter uma atuação incisiva no combate à pandemia. Assim, cabe as seguintes indagações: quais os limites da intervenção do Estado no combate à pandemia? Até onde pode ir a liberdade individual? Na tentativa de responder a estes questionamentos, o presente texto analisa os limites da ação do Estado em suas diferentes intervenções no combate à pandemia de Covid-19, trazendo reflexões sobre a relação entre Estado e sociedade sob a ótica do pensamento de Adam Smith (2015) e John Stuart Mill (2019). O texto está dividido em quatro seções, inclusas aí a introdução e a conclusão. Na segunda seção, discutem-se os limites da intervenção do Estado no combate à pandemia, sob a luz do pensamento de Adam Smith (2015), que visava, com eles, moldar o comportamento dos indivíduos e conter suas paixões. Já a terceira seção trata-se de uma reflexão sob a ótica de John Stuart Mill (2019) sobre a relação entre o Estado e a sociedade, mostrando que o princípio do dano é elemento limitante da liberdade dos indivíduos, mormente num contexto de pandemia.

2. PANDEMIA, FALTA DE SIMPATIA (OU EMPATIA) E INTERVENÇÃO ESTATAL

Quando surgiram os primeiros casos de Covid-19 no Brasil, ainda no final de fevereiro de 2020, poucas pessoas poderiam imaginar quais seriam os próximos episódios dessa trama e os seus desdobramentos na sociedade brasileira. Nesse contexto inicial, havia um ambiente de muita perplexidade, desinformação, falta de consenso entre as instâncias de poder em nível federal (Executivo, Legislativo e Judiciário) e ausência de certezas no ambiente científico. Tudo isso contribuiu para a disseminação de informações falsas e o fortalecimento de discursos (e comportamentos) que negavam a ciência e as consequências da Covid-19 na saúde das pessoas.

A partir desse cenário, o Estado brasileiro passou a intervir no combate à disseminação da Covid-19. É preciso considerar que a intervenção do Estado também se deveu à má conduta de alguns indivíduos que, em pleno contexto pandêmico, não obedeciam às regras sanitárias, colocando em risco a saúde das pessoas, revelando uma total falta de empatia (ou simpatia, como destaca Adam Smith).

Adam Smith (2015), em sua obra *Teoria dos Sentimentos Morais*, traz uma compreensão sobre a questão da contenção das paixões humanas. A compreensão ou inteligibilidade da condição humana e da ordem social, para o autor, passa pela sensibilidade, pela experiência e pela percepção. Não se compreendem os fenômenos humanos e sociais a partir de uma ideia perfeita e completa, mas a partir da observação do homem como ele realmente é, com suas riquezas, limitações e circunstâncias, buscando compreender suas paixões ou os sentidos que os movem.

Este é o ponto de partida da análise de Adam Smith (2015): a natureza humana. Diferentemente dos pensadores contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau) que partem do estado natureza, Smith (2015) parte do princípio de que o homem é um ser social que depende da aprovação do outro em relação a sua própria conduta. O autor inicia pela análise da percepção do outro como elemento central do comportamento humano. As atitudes humanas são estimuladas pelo desejo de aprovação do outro. No fundo, todo indivíduo deseja ser estimado, ou seja, assegurar para si os bons sentimentos e a disposição favorável daqueles que o rodeiam. Como observa o filósofo supracitado: “Quando criou o homem para a sociedade, a natureza o dotou de um desejo original de agradar, e de uma aversão primária a ofender seus irmãos. Ensinou-o a sentir prazer com a opinião favorável deste, e a sofrer com a opinião desfavorável” (SMITH, 2015, p.

146).

A partir dessa premissa da necessidade de aprovação do outro, o filósofo escocês desenvolveu sua análise de como *o homem deveria ser*. “A jurisdição do homem interior funda-se inteiramente no desejo de ser louvável e na aversão a ser censurável” (SMITH, 2015, p. 160). A ética de Smith é fundada na *simpatia*. A simpatia é a capacidade de sentir a dor ou o prazer do outro, ou seja, é a capacidade de sentir dor ou prazer diante da prática da virtude ou do vício. É a partir dessa capacidade que se forma o *senso do dever*. Essa questão da simpatia, tratada por Smith (2015), é um mecanismo de controle da conduta humana.

O princípio pelo qual naturalmente aprovamos ou desaprovamos nossa própria conduta parece em tudo igual ao princípio pelo qual formamos juízos semelhantes a respeito da conduta de outras pessoas. Aprovamos ou desaprovamos a conduta de outro segundo sintamos que, ao fazermos nosso caso, podemos ou não simpatizar inteiramente com os sentimentos e motivos que o nortearam. E, da mesma maneira, aprovamos ou desaprovamos nossa própria conduta segundo sintamos que, quando colocamos na situação de outro homem, como se a contemplássemos com seus olhos de seu ponto de vista, podemos ou não entender os sentimentos ou motivos que a determinaram, simpatizando inteiramente com ela (SMITH, 2015, p. 139).

Cabe esclarecer que, ao considerar que não sabemos experimentar os sentimentos de outras pessoas com a mesma intensidade que elas, Smith (2015) leva-nos à moderação de nossos próprios sentimentos para que as pessoas possam compartilhar deles e possam exibir sua simpatia para conosco, como se houvesse o que o filósofo e economista escocês chama de “espectador imparcial”. Como destaca o autor: “A fim de que a retidão de nossos próprios juízos relativos à conveniência de nossa conduta sofra desvio nem sempre é necessário que o espectador real e imparcial esteja muito distanciado” (SMITH, 2015, p. 189).

No contexto da pandemia, muitas pessoas comuns, grupos sociais, empresários e até pessoas ligadas à ciência não tinham simpatia (ou empatia) pelo outro e nem senso do dever. Muitas delas se comportavam como se a pandemia não existisse. Várias pessoas andavam sem máscara, não respeitavam o distanciamento social e ainda geravam aglomerações; alguns tentavam descredibilizar a vacina, colocando em risco a vida das pessoas.

Autoridades políticas e governamentais se portaram de forma insensível para com familiares vítimas da Covid-19. Frases, como: “é só uma gripezinha”, “E daí,

lamento”. “Querque eu faça o quê?”, “Se tomar a vacina e virar jacaré, não tenho nada a ver com isso” expressam a falta de sensibilidade e de empatia com as pessoas em pleno contexto de dor e falta de esperança. Tal comportamento também produziu insensibilidade em parte da população. Smith(2015) observa que ansiamos por saber se somos aprovados ou censurados pelos outros, mas que “é preciso examinar nossas próprias paixões e condutas, e considerar o que devem parecer aos outros, pensando o que a nós pareceriam se estivéssemos em seu lugar” (SMITH, 2015, p.141).

As ideias de Smith (2015), inseridas no contexto da pandemia, permitem refletir acerca da necessidade de intervenção pelo Estado no combate à pandemia, para salvaguarda dos indivíduos. A interferência do Estado se faz necessária para conter as paixões destrutivas, porque a filosofia moral e o preceito religioso não são suficientes para controlá-las. A necessidade intervencionista do Estado vem daqueles que não são capazes de administrar suas condutas a partir do julgamento do “espectador imparcial” que cada um de nós é capaz de ser. Para Smith (2015), o homem sábio é aquele que sabe controlar suas paixões. Em suas palavras:

O homem sábio e justo que recebeu toda sua educação de grande escola de autodomínio, de azáfama e dos grandes negócios deste mundo, talvez exposto à violência, e injustiça das facções, às durezas e riscos de guerra, mantém esse controle dos sentimentos passivos em todas as ocasiões (SMITH, 2015, p. 176).

Com o intuito de moldar as ações humanas, confia-se ao Estado a tarefa de controlá-las por intermédio da lei. Assim, o Estado brasileiro, por meio das leis nº 13.979/20 e nº 14.019/20, estabeleceu medidas que objetivavam combater a pandemia e garantir a proteção do direito à saúde da coletividade. Na busca de garantir a vida e a proteção das pessoas, tomou uma série de medidas, como: a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos; o isolamento social (separação de pessoas doentes ou contaminadas); a quarentena (restrição ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes); a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e outras (BRASIL, 2020a, 2020b).

A partir desse cenário pandêmico, o Estado brasileiro, utilizando instrumentos legais e institucionais, passou a intervir no propósito de ordenar a conduta e conter as

paixões humanas. A ação estatal é legítima na proporção em que busca a manutenção do bem-estar, o equilíbrio social entre as vontades individuais e o respeito às regras gerais de conduta, assegurando o senso do dever. “O respeito às regras gerais de conduta é o que se chama propriamente senso de dever, princípio da maior importância na vida humana, e o único pelo qual a maioria da humanidade é capaz de ordenar suas ações” (SMITH, 2015, p. 195).

Com efeito, para refrear as paixões humanas, é preciso entender a importância e os limites da liberdade civil. Na próxima seção, apresentamos as concepções acerca desse assunto sob a perspectiva do pensamento de John Stuart Mill (2019).

3. PANDEMIA, INTERVENÇÃO DO ESTADO E LIMITES DA LIBERDADE

As restrições à liberdade (de locomoção/convívio social/desenvolvimento de atividades econômicas) impostas no contexto da pandemia do novo coronavírus traz à tona conflitos decorrentes da relação Estado e sociedade, na qual o primeiro deve salvaguardar a saúde pública em prol do corpo social em detrimento do direito privado de liberdade. Seria possível, nessa conjuntura, viver em liberdade? Qual o limite dessa liberdade?

Verifica-se a dificuldade em encontrar respostas conclusivas (satisfatórias) aos questionamentos levantados, tendo em vista um fator primordial envolvido: o direito à vida, inerente à pessoa humana, o qual cabe ao Estado o dever de garantir de forma irrestrita.

O filósofo e economista inglês John Stuart Mill, reconhecido como importante pensador liberal do século XIX, notabilizou-se por se opor à tendência da sociedade de impor-se ao indivíduo, reduzindo a área de não interferência com a homogeneização das condutas e pensamentos. Mill (2019) foi um grande defensor da liberdade e do direito das mulheres.

Mill (2019), em sua obra *Sobre a liberdade*, trata acerca da liberdade civil ou social e a respeito dos limites do poder que a sociedade exerce legitimamente sobre o indivíduo. Sua obra considera que toda forma de tirania (seja do poder político ou da sociedade) é um perigo para a liberdade e as nações modernas. “Como outras tiranias, a tirania da maioria de início despertou e ainda comumente desperta pavor, sobretudo quando opera por meio dos atos das autoridades públicas” (MILL, 2019, p. 15).

Em uma situação de pandemia, qual o limite da liberdade? Mill (2019), em sua análise, destaca que o princípio racional do dano governa a sociedade em relação ao indivíduo, quando fala que “o único propósito para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar dano aos outros” (MILL, 2019, p. 22).

O avanço da pandemia e a necessidade de dar-lhe combate trouxeram à sociedade brasileira a discussão sobre a intervenção do Estado e sobre quais seriam os seus limites e alternativas de atuação para garantir a manutenção dos direitos dos cidadãos, mormente o direito à saúde. O conjunto de medidas adotadas pelo poder público, através da Lei nº 13.979/2020, implicou restrição dos direitos fundamentais, sob variados prismas, atingindo especialmente os direitos de ir e vir, a liberdade de culto e a livre iniciativa (BRASIL, 2020a). Uma parcela da população concordou com as medidas restritivas adotadas pelo Estado, considerando-as necessárias para garantir a saúde e a proteção das pessoas. Como destaca o filósofo e economista inglês: “todo aquele que recebe a proteção da sociedade deve retribuição pelo benefício, e o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada qual se obrigue a observar uma determinada linha de conduta em relação aos demais” (MILL, 2019, p. 115).

Por outro lado, grupos sociais com forte poder de mobilização, mormente nas redes sociais, levantaram-se contra as medidas sanitárias e limitadoras do Estado, alegando que eram arbitrárias, exageradas e perniciosas. Esse grupo social argumentava que tais medidas feriam a liberdade das pessoas. No entanto, Mill (2019, p. 27) nos ensina que “A única liberdade que merece esse nome é a de buscarmos nosso próprio bem à nossa maneira, desde que não tentemos privar os outros de seu bem nem tolhamos seus esforços de obtê-lo. Cada um é guardião de sua própria saúde, seja física ou espiritual”.

Com o propósito de evitar a difusão da doença e proteger o cidadão, o Estado também regulamentou as consequências para aqueles que não cumpriam as normas sanitárias por meio de multas e outras sanções previstas em lei, com penalidades de caráter civil, penal e administrativo. A população estava submissa às regras, e o direito de garantir a vida e a saúde das pessoas devia ser cumprido, mesmo a contragosto daqueles que se recusavam a abdicar de qualquer parcela de sua liberdade. Conforme Mill (2019, p. 116): “quando qualquer parte da conduta de uma pessoa afeta

prejudicialmente os interesses de outrem, a sociedade tem jurisdição sobre ela e abre-se o debate se a interferência será positiva ou não para o bem-estar geral”.

Para Mill (2019), o princípio do dano é a base de legitimação da conduta e da liberdade civil. Conforme o filósofo supracitado, os seres humanos são falíveis, sujeitos ao erro. O exercício das faculdades de percepção, julgamento, atividade moral e atividade mental é privilégio do ser humano. Assim, “homens e governos devem agir segundo o melhor de sua capacidade” (MILL, 2019, p. 36). No contexto pandêmico, a melhor escolha foi salvaguardar a saúde e a vida das pessoas, colocando os interesses coletivos acima dos interesses individuais, o que leva à conclusão de que o Estado deve intervir nos atos dos indivíduos, quando estes acarretam dano a outros.

Por conseguinte, depreende-se que, para Mill (2019), o limite da liberdade está em não provocar dano ao outro. Assim, a intervenção do Estado deve estabelecer limites quando os atos dos indivíduos trazem prejuízos a terceiros. Neste aspecto, o Estado se valeu das medidas restritivas e sanitária, com respaldo legal, para combater a disseminação do novo coronavírus e a salvaguarda dos indivíduos.

4. CONCLUSÃO

A finalidade central deste texto foi mostrar as alternativas e intervenções do Estado brasileiro no combate à pandemia de Covid-19, a partir das reflexões de autores que, em seu escopo teórico, analisam as relações entre Estado, sociedade e indivíduo. Neste caso, Adam Smith (2015) e John Stuart Mill (2019).

À luz de Adam Smith (2015), ficou evidente que a principal fonte de regulação da conduta humana é o outro, ou seja, a própria sociedade. Isso se deve à necessidade que o indivíduo tem da aprovação do outro. Porém a intervenção estatal se faz necessária quando os indivíduos não são capazes de controlar suas paixões e condutas e muito menos desenvolver o senso do dever por meio da simpatia (capacidade que o indivíduo tem de, pela percepção, sentir dor ou prazer diante da prática da virtude e do vício), sobretudo em uma situação de pandemia.

Já na perspectiva de Mill (2019), o princípio que rege a intervenção do Estado na liberdade e conduta humana é o princípio do dano. Para o autor, a liberdade individual deve ser respeitada, entretanto respeitando as outras liberdades individuais e sem acarretar prejuízos a outros.

Destarte, frisa-se que, em pleno contexto da pandemia da Covid-19, os limites da intervenção do Estado devem ser direcionados para refrear as paixões humanas e para o cumprimento das regras de conduta que buscam garantir a integridade da saúde e da vida dos indivíduos. Assim, verifica-se que, na pandemia do novo coronavírus, coube ao Estado regulamentar as medidas e, nesse sentido, disciplinar as ações humanas que podem ser consideradas paixões destrutivas e que podem trazer danos a outros indivíduos. Cabe ressaltar que Estado e sociedade estão imbricados um com o outro, sendo assim, os indivíduos, enquanto corpo coletivo, interferem nas decisões do próprio Estado, seja através do movimento contrário às medidas restritivas, seja na defesa das estratégias de biossegurança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, DF, Edição 27, Seção 1, p. 1, de 07 de fevereiro de 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20192022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 14.019, de 06 de julho de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos, sobre a adoção de medidas de assepsia de locais de acesso público, inclusive transportes públicos, e sobre a disponibilização de produtos saneantes aos usuários durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. **Diário Oficial da União**, DF, Edição 172-A, Seção 1, Extra, p. 1, de 08 de setembro de 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14019.htm. Acesso em: 05 jun. 2022.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre, RS: L&PM, 2019.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. Tradução de Lya Luft. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO: Direito à saúde, judicialização e principais jurisprudências dos tribunais superiores *

SUPPLY OF MEDICINES BY THE STATE: Right to health, judicialization and main jurisprudence of superior courts

Felipe Cardoso Rodrigues Vieira ¹

¹ Bacharel em Direito. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-7301-5623>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/9585477678289843>. E-mail: felipecrv@hotmail.com.

* Este estudo faz parte do trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras, Teresina-PI.

RESUMO

A saúde, direito fundamental social previsto na Constituição Federal de 1988, insere-se em um contexto maior de proteção social do Estado orientado na organização das funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade. A judicialização, representado pelo busca do Poder Judiciário para concretização de um direito fundamental, acontece quando há inercia e/ou inefetividade do acesso a políticas públicas destinadas à saúde do indivíduo, dentre elas, a política de acesso a medicamentos. O objetivo geral da pesquisa foi analisar a judicialização acerca do fornecimento de medicamentos pelo Estado e identificar as principais demandas judiciais julgadas pelos Tribunais Superiores entre os anos de 2018 e 2021 no que concerne a essa temática. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica e documental dos acórdãos proferidos pelo STF e STJ no referido recorte temporal. Portanto, diante dos resultados, conclui-se que as cortes superiores possuem um papel fundamental na uniformização de entendimentos jurisprudenciais quanto às demandas tão sensíveis como a concretização do direito fundamental à saúde, mais especificamente, o acesso a medicamentos pelos cidadãos.

Palavras-chave: Fornecimento. Medicamento. Estado.

ABSTRACT

Health, a fundamental social right provided for in the Federal Constitution of 1988, is part of a larger context of social protection of the State oriented towards the organization of governmental public functions for the promotion, protection and recovery of the health of individuals and the community. Judicialization, represented by the pursuit of the Judiciary to implement a fundamental right, happens when there is inertia and/or ineffectiveness of access to public policies aimed at the health of the individual, among them, the policy of access to medicines. The general objective of the research was to analyze the judicialization regarding the provision of medicines by the State and to identify the main judicial demands judged by the Superior Courts between the years 2018 and 2021 regarding this theme. The methodology used was the bibliographic and documentary research of the judgments handed down by the STF and STJ in that time frame. Therefore, in view of the results, it is concluded that the superior courts

have a fundamental role in the standardization of jurisprudential understandings regarding demands as sensitive as the realization of the fundamental right to health, more specifically, access to medicines by citizens.

Keywords: Provision. Medicine. State.

1. INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 196, da Constituição Federal de 1988, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Antes mesmo do artigo supracitado, o direito à saúde está estampado no art. 6º, *caput*, no bojo dos direitos fundamentais sociais.

A implementação de direitos sociais se dá essencialmente através de políticas públicas, na qual, Bucci (2006) esclarece que a nota característica da política pública é se tratar de programa de ação e que o ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo.

Nesse sentido, as políticas públicas na área de saúde, concretizadas por meio de um conjunto normativo, devem contemplar as prestações no campo farmacêutico, considerando-se que o acesso aos medicamentos é imprescindível para que o direito à saúde seja assegurado de forma integral (AGUSTINI, 2009).

A possibilidade das políticas públicas serem submetidas ao controle jurisdicional deriva da ampla garantia constitucional expressa no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, a falta, omissão ou ineficiência da atuação do Poder Público no fornecimento de medicamento está sujeita à atuação do Poder Judiciário.

Neste sentido, Barroso (2012) esclarece que esse fenômeno da judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, encontrando-se dentre as suas causas a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, tendo o ambiente democrático reavivado a cidadania, refletindo na busca pela proteção judicial de direitos.

A constitucionalização do direito à saúde como direito social (art. 6º, da Constituição Federal de 1988) e dever do Estado trouxe a concepção jurídica de saúde para o plano da responsabilidade solidária dos entes da federação (art. 23, II), os quais devem construir políticas públicas que promovam o atendimento integral das necessidades da população (art. 198, caput, II). Apesar dos avanços nas políticas públicas de assistência farmacêutica, no Brasil, são identificadas dificuldades de acesso da população aos medicamentos necessários, o que implica prejuízo à assistência integral à saúde, sendo o Poder Judiciário a alternativa buscada pela população para acesso aos medicamentos.

Entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revelou a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução” (BRASIL, 2019a). Esse estudo, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstrou ainda que mais de 71% das decisões no âmbito da segunda instância judicial foram em processos relativos à demanda por fornecimento de medicamento.

Além disso, dados do relatório Justiça em Números de 2019 do Conselho Nacional de Justiça apontam que eram mais de 544 mil ações judiciais em curso até o final do ano de 2018 no Poder Judiciário brasileiro sobre o tema Fornecimento de Medicamentos (SUS) (BRASIL, 2019b). Além disso, a concessão do fornecimento de medicamentos por meio de decisões judiciais onera demasiadamente os orçamentos dos entes federativos, impactando o equilíbrio inicialmente previsto no orçamento. Como exemplo, os gastos da União e dos estados aumentaram 1.300% no período entre 2008 e 2015, saltando de aproximadamente R\$ 70 milhões, em 2008, para aproximadamente R\$ 1 bilhão, em 2015 (BRASIL, 2017).

Assim, em vista do crescente número de ações judiciais com base no fornecimento de medicamento pelo Poder Público e dos impactos desse fenômeno, analisar as recentes demandas por fornecimento de medicamento pelo Estado no âmbito dos tribunais superiores (STF e STJ) se faz necessário para compreender esse fenômeno da judicialização da política pública de saúde, neste ponto de importância social que é o acesso aos medicamentos pela população.

Como metodologia para obtenção dos dados foi realizado pesquisa de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que tiveram julgamento entre os anos de 2018 e 2021, utilizando como palavras-chaves os termos “fornecimento”, “medicamento”, “poder público” e “Estado” na sessão de pesquisa de Jurisprudência disponível no sítio na internet do STF (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>) e do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>). Assim, foram analisados os principais julgados dos últimos quatro anos do STF e STJ que versam sobre o fornecimento de medicamento pelo Estado, sendo identificada a natureza das demandas judiciais e os critérios utilizados para a concessão judicial do fornecimento de medicamento pelo Estado.

Esse trabalho encontra-se dividido em: a) SAÚDE: DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL, abordando o Sistema Único de Saúde e a construção como Política Social, além da Assistência Farmacêutica e o fornecimento de medicamento pelo Estado; b) JUDICIALIZAÇÃO: A PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS, descrevendo sobre a busca pela proteção judicial de direitos sociais e a judicialização pelo fornecimento de medicamentos; c) ANÁLISE DAS JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, analisando os principais julgados referente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado no âmbito do STF e STJ entre os anos de 2018 e 2021.

2. SAÚDE: DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

2.1 Sistema único de saúde e a construção como política social

O processo de construção do Sistema Único de Saúde (SUS) é resultante de um conjunto de embates políticos e ideológicos, travados por diferentes atores sociais ao longo dos anos. Decorrentes de concepções diferenciadas, as políticas de saúde e as formas como se organizam os serviços não são fruto apenas do contexto atual. Ao contrário, têm uma longa trajetória de formulações e de lutas. (CUNHA; CUNHA, 1998).

Na construção histórica de direitos pelo mundo, a partir dos anos 1950 até o advento do neoliberalismo econômico, no final da década de 1970, verificou-se a fase de construção dos direitos sociais. A universalização de direitos sociais deve muito ao

campo da saúde, cuja oferta pública de atenção se tornou universal e, portanto, socialmente inclusiva (SOUSA; BRIONES; MACAMBIRA, 2020).

Esping-Andersen (1991), em sua tipologia de modelos de *Welfare States*, avança ao caracterizar os Sistemas de Proteção Social conforme a menor ou maior mercantilização (ou desmercantilização) do “social” e a participação do Estado. É justamente no modelo liberal, que países, em particular os da América Latina, se enquadram, alguns com nuances para o corporativista. O Brasil, graças à luta do movimento sanitário durante a redemocratização, conseguiu emplacar na Constituição de 1988 o Sistema Único de Saúde (SUS), público e gratuito, portanto, “desmercantilizando” a saúde para os pobres, regido pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade (SOUSA; BRIONES; MACAMBIRA, 2020).

O sistema de saúde brasileiro é constituído por uma variedade de concepções de cuidado estabelecida em diferentes períodos históricos, tendo os modelos de intervenção do Estado brasileiro na área da saúde sofrido constantes mudanças, até que em meados da década de 1970, durante a luta pela redemocratização, estruturou-se o contexto da universalização da saúde pública (PAIM et al, 2011).

Precedida de conferências municipais e estaduais, a VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em Brasília, em 1986, com ampla participação de trabalhadores, governo, usuários e parte dos prestadores de serviços de saúde, significou um marco na formulação das propostas de mudança do setor saúde, consolidadas na Reforma Sanitária brasileira. Seu documento final sistematiza o processo de construção de um modelo reformador para a saúde e serviu de base para as negociações na Assembleia Nacional Constituinte, que se reuniria logo após (CUNHA; CUNHA, 1998).

Em 1988 a Assembleia Nacional Constituinte aprovou a nova Constituição Brasileira, incluindo, pela primeira vez, uma seção sobre a Saúde. Esta seção sobre Saúde incorporou, em grande parte, os conceitos e propostas da VIII Conferência Nacional de Saúde, podendo-se dizer que na essência, a Constituição adotou a proposta da Reforma Sanitária e do SUS. O SUS, no entanto, não pode ser implantado da noite para o dia, pois as mudanças que ele propõe são muitas e complexas; assim como os interesses que ele questiona. Dessa forma, o SUS, como parte da Reforma Sanitária é um processo que estará sempre em aperfeiçoamento e adaptação (RODRIGUEZ NETO, 1998).

O SUS insere-se em um contexto mais amplo da política pública – a Seguridade Social – que abrange, além da Política de Saúde, as Políticas de Previdência e Assistência Social. A definição do modelo de Seguridade Social no Brasil significou a formulação, pela primeira vez na história do país, de uma estrutura de proteção social abrangente, justa, equânime e democrática, na qual cabe ao Estado a provisão e o dever de atenção. Com esse modelo, rompe-se definitivamente com o padrão político anterior excludente e baseado no mérito e afirma-se o compromisso com a democracia (BAPTISTA, 2007).

A Política de Saúde integra o campo de proteção social do Estado orientado na organização das funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade. No Brasil, a Política de Saúde orienta-se desde 1988, conforme a Constituição Federal, pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços e pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade, na organização de um sistema único de saúde no território nacional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao adotar o modelo de Seguridade Social para assegurar os direitos relativos à Previdência, Saúde e Assistência Social, determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado (LUCCHESI, 2004).

2.2 Assistência farmacêutica e o fornecimento de medicamento pelo estado

As políticas públicas na área de saúde, concretizadas por meio de um conjunto normativo, devem contemplar as prestações no campo farmacêutico, considerando-se que o acesso aos medicamentos é imprescindível para que o direito à saúde seja assegurado de forma integral (AGUSTINI, 2009).

A Lei nº 8.080/90, conhecida como “Lei Orgânica do SUS”, apresenta princípios que norteiam as políticas de saúde, a saber: universalidade, a integralidade e a igualdade no atendimento, os quais servem para ampliar o acesso da população às ações e serviços na área da saúde, onde está inserida a assistência farmacêutica.

Diante deste cenário, é apresentada a Política Nacional de Medicamentos (PNM), vinculada à Política Nacional de Saúde (PNS), por meio da Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que tem por finalidade precípua proporcionar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes, de qualidade e a baixo custo, o qual possui

oito diretrizes a serem seguidas pelos gestores do SUS na órbita federal, estadual e municipal, que devem atuar de forma integrada, sendo a adoção da relação de medicamentos essenciais (RENAME), como meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS (BRASIL, 1998).

A Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada por meio da Resolução CNS nº 338/2004, tem o propósito de demonstrar a relevância da assistência farmacêutica do SUS, corroborando os termos da Política Nacional de Medicamentos. O inciso VII do artigo 2º, desta Resolução, estabelece que a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), revisada periodicamente, deve ser utilizada como parâmetro para a racionalização da assistência farmacêutica (BRASIL, 2004). Atualmente, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2022, estabelecido pela Portaria nº 3.435, de 8 de dezembro de 2021, é a utilizada no âmbito do SUS (BRASIL, 2022).

O fornecimento de medicamentos pelo SUS exige que os fármacos prescritos pelo profissional da saúde estejam de acordo com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, os quais estabelecem, mediante comprovação científica, conforme melhores evidências, os medicamentos ou produtos mais adequados para o tratamento da doença. Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) objetivam estabelecer os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e as doses adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos, além de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz. Os PCDTs também auxiliam os gestores de saúde nas três esferas de governo, como instrumento de apoio na disponibilização de procedimentos e na tomada de decisão quanto à aquisição e dispensação de medicamentos tanto no âmbito da atenção primária como no da atenção especializada, cumprindo um papel fundamental nos aspectos legais envolvidos no acesso a medicamentos e na assistência como um todo (BRASIL, 2010).

Com o advento da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, tanto os protocolos clínicos quanto o ingresso ou exclusão de medicamentos da RENAME são constantemente revisados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), órgão de assessoramento do Ministério da Saúde, composto de

representantes de diversos setores, Secretarias do Ministério da Saúde, do Departamento de Assistência Farmacêutica, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) (BRASIL, 2011a).

Já o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, regulamentando a Lei nº 8.080/90, trata da organização do Sistema Único de Saúde (SUS), do planejamento da saúde, da assistência à saúde e da articulação interfederativa, reforçando os princípios da universalidade e da igualdade que informam o SUS, vinculando-os à assistência farmacêutica, o que produz efeitos sobre a RENAME, que passa a ter uma maior abrangência. O artigo 28 do referido decreto dispõe que a garantia do usuário de acesso universal e igualitário à assistência terapêutica integral exige a presença cumulativa de alguns pressupostos: o atendimento do cidadão e a prescrição do fármaco no âmbito do SUS; que a prescrição esteja de acordo com a RENAME e com os protocolos e diretrizes terapêuticas, ou com a relação estadual, distrital ou municipal de medicamentos e que a dispensação ocorra em unidades indicadas pelo SUS (BRASIL, 2011b).

Além da competência da União na formulação das políticas nacionais e elaboração da RENAME, os demais entes federativos também elaboram as listas de medicamentos que devem ser fornecidos à população, muito embora não haja previsão nesse sentido na CRFB/1988 ou em qualquer lei, mas somente em alguns atos administrativos federais. Aos municípios compete elaborar a relação municipal de medicamentos essenciais (REMUME), de acordo com a RENAME e executar a assistência farmacêutica, priorizando a disponibilização de medicamentos voltados à atenção básica à saúde e de outros medicamentos essenciais relacionados no Plano Municipal de Saúde; já aos estados cabe a definição do rol de medicamentos a serem adquiridos diretamente, em especial os denominados medicamentos de dispensação em caráter excepcional, consistentes naqueles fármacos utilizados no tratamento de doenças específicas, que acometem um número limitado de pessoas, mas são de alto custo, considerando-se não somente o valor unitário, mas o tempo estimado para o tratamento (BARROSO, 2009).

3. JUDICIALIZAÇÃO: A PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS

3.1 A busca pela proteção judicial de direitos sociais

A implementação de direitos sociais dá-se essencialmente através de Políticas Públicas, cuja falta, omissão ou ineficiência está sujeita à atuação do Poder Judiciário. Bucci (2006) define que a nota característica da Política Pública é se tratar de programa de ação e que o ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo.

Barroso (2012) esclarece que judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais – o Congresso Nacional e o Poder Executivo – envolvendo uma transferência de poder para juízes e tribunais, encontrando-se dentre as suas causas a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, tendo o ambiente democrático reavivado a cidadania, refletindo na busca pela proteção judicial de direitos.

Bitencourt (2008) define por judicialização das políticas públicas a tendência de atribuir, ou submeter aos tribunais judiciários, a decisão de mérito que de regra possui o chamado caráter político, pois diz respeito ao interesse da comunidade ou importa orientar em direção a determinados objetivos a estrutura governamental, em razão do interesse público, do interesse comum. Através do processo de judicialização, atribui-se ao Judiciário decisões que, levando a cabo a teoria da clássica separação de poderes, seriam encargo do Poder Executivo ou do Legislativo.

A possibilidade das Políticas Públicas serem submetidas ao controle jurisdicional deriva da ampla garantia constitucional expressa no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Conforme o art. 196, da CF/88, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Antes mesmo do artigo

supracitado, o direito à saúde está estampado no art. 6º, caput, da nossa Carta Magna, no bojo dos direitos fundamentais sociais.

Sarlet (2015) ao explicar sobre o caráter programático do direito à saúde instrui que:

tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que é correto [...] deduzir da constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos), também parece certo que ao enunciar que a saúde – além de ser um ‘direito de todos’, ‘é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos [...]’, nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático (SARLET, 2015, p. 303).

Neste diapasão, o entendimento de que as normas de direitos sociais, por terem caráter programático, são insuscetíveis de conferir direitos subjetivos adjudicáveis encontra-se superado. Segundo as palavras do Ministro Celso de Mello, relator da RE 393.175 AgR/RS, o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (BRASIL, 2006).

Barcellos (2002) enfatiza, por derradeiro, que a efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração condicionada à cláusula da reserva do possível perpassa pelo binômio razoabilidade da pretensão-disponibilidade financeira do Estado:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa

dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002).

Porém, acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais, o Ministro Celso de Mello bem assevera sobre o tema, no RE 482.611/SC:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, 2010).

Como bem leciona Krell (2002), a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. O controle jurisdicional das políticas públicas centra-se na proteção ao direito, excluindo, portanto, os juízos sobre qualidade ou adequação das opções ou caminhos políticos ou administrativos escolhidos pelo governo.

3.2 A judicialização pelo fornecimento de medicamentos

No contexto do acesso a medicamentos, toda a organização constitucional e legal do direito à saúde traz a responsabilidade direta do Estado brasileiro pelo atendimento das necessidades de saúde da população, de forma universal, igualitária e integral, na qual o cidadão é sujeito de direitos subjetivos e que tem a possibilidade de busca pela tutela judicial individual e coletiva do direito à assistência à saúde.

Segundo Sant’Ana et al. (2011) as demandas judiciais de medicamentos são bem variadas e perpassam pelos seguintes objetos:

- a) medicamentos presentes em listas oficiais de financiamento e solicitados ao ente federativo responsável pelo seu fornecimento segundo prévia pactuação intergestores; b) medicamentos presentes em listas oficiais de financiamento, porém solicitados ao ente federativo de forma diversa ao pactuado pelas instâncias gestoras — por exemplo, na pactuação caberia à instância municipal o fornecimento, mas o pedido judicial concedido obriga a instância estadual, entendendo a obrigação solidária dos entes federativos na garantia do direito à saúde; c) medicamentos presentes na Rename, mas cuja responsabilidade do financiamento e fornecimento ainda não está pactuada; d) medicamentos com registro sanitário no País, porém não incorporados em protocolos clínicos, listas de seleção ou de financiamento; e) medicamentos sem registro sanitário no País, ou que não possuem registro sanitário para a indicação requerida pelo cidadão (off label), ou ainda, que ainda estão sendo testados em ensaios clínicos (SANT’ANA et al, 2011).

Se por um lado, o aumento desse tipo de demanda pode estar relacionado à implementação insatisfatória do direito à assistência farmacêutica. Por outro lado, chamam atenção também para as graves distorções que podem causar as ordens judiciais no sistema de saúde, quer do ponto de vista ético, técnico, organizacional e da

saúde do reivindicante, quando, por exemplo, as demandas não são individualizadas adequadamente.

Nesse diapasão, em face da insatisfação em relação à efetivação dos direitos à saúde pelo Estado, a judicialização vem se tornando cada vez mais procurada pela população, em especial quando o assunto é fornecimento de medicamentos. No entanto, como bem identifica Eduardo Mendonça, citado no Recurso Extraordinário nº 566.471, essa intervenção judicial nas políticas públicas pode gerar:

(i) a desorganização administrativa, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais; (ii) a ineficiência alocativa, porque as compras para cumprir decisões judiciais se dão em pequena escala, sem o benefício das compras de atacado; e (iii) a seletividade, porque as soluções providas em decisões judiciais beneficiam apenas as partes na ação, sem que sejam universalizadas (BRASIL, 2007).

Há um embate entre o direito individual à saúde, cujo atendimento é objeto de pedido dirigido à apreciação do Poder Judiciário, e o direito coletivo à saúde, que deve ser garantido a todos por meio de políticas públicas, elaboradas com base em critérios de racionalização da prestação pelo Estado, considerando as prementes necessidades da população (MARQUES, 2008).

Assim, nas ações individuais submetidas ao controle do Poder Judiciário, a prestação jurisdicional se dá sob a ótica da microjustiça, ou seja, a justiça é realizada de acordo com a prova produzida nos autos do processo e a solução para o caso ocorre de forma individualizada. Outrossim, de outro lado, as políticas públicas na área da saúde, derivadas da atuação dos poderes Executivo e Legislativo, são calcadas nos ideais da macrojustiça ou da justiça distributiva, na qual, por meio de critérios distributivos, é planejada a alocação de recursos públicos para a realização da política pública. Portanto, nesse contexto, os operadores do Direito deveriam compatibilizar esses interesses que entram em conflito: interesses individuais x saúde coletiva, visando ao equilíbrio entre a liberdade, de um lado, e igualdade, de outro (MARQUES, 2008; DALLARI, 1988), para a construção de uma jurisprudência que contribua para a realização do direito à saúde, enquanto direito da coletividade.

Barroso (2009) enfatiza que excessos e inconsistências na judicialização da política de saúde pode gerar efeitos contrários à efetividade coletiva desse direito.

Nesse contexto,

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal (BARROSO, 2009, p. 310).

Sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado, Barros (2016) delinea cinco hipóteses de ocorrência:

1) Casos em que há política pública determinada, mas que a mesma não é executada ou está sendo executada de maneira inadequada. São os casos em que são prescritos medicamentos que pertencem ao protocolo do SUS, mas que demoram semanas para chegar ao paciente, ou sua distribuição ocorre de maneira diversa da prescrita pelo médico; 2) Casos em que há política pública determinada, mas que se apresenta de maneira ineficiente para aquele paciente específico, ou seja, o paciente não mostrou resultado com o tratamento previsto no protocolo por razões específicas de seu organismo; 3) Casos em que não há política pública definida; 4) Casos em que há política pública determinada, mas que o médico prescreve de imediato protocolo diverso do previsto no SUS, podendo haver substituto igualmente eficaz dentro do protocolo; 5) Casos que independentemente de haver ou não política pública definida, são prescritos tratamentos experimentais com medicamentos não registrados na Anvisa ou com uso fora da bula (*off-label*) (BARROS, 2016, p. 78-79).

Todo esse contexto da judicialização da saúde insere-se ainda no panorama de crise estrutural do capitalismo neoliberal marcado pelas políticas de austeridade fiscal caracterizada por escolhas que exigem grandes sacrifícios da população, seja porque aumentam a carga tributária seja pela implementação de medidas que restringem a

oferta de benefícios, bens e serviços públicos, em razão de cortes de despesas e/ou da realização de reformas estruturais (SANTOS; VIEIRA, 2018).

4. Análise das jurisprudências acerca do fornecimento de medicamentos

Considerando os critérios metodológicos de busca de jurisprudências do STF e STJ, através da pesquisa com as palavras-chaves “fornecimento”, “medicamento” e “estado” foram encontrados como resultado de busca 89 acórdãos no STF e 201 acórdãos no STJ, julgados entre os anos de 2018 e 2021. Após análise de conteúdo das ementas e do inteiro teor dos referidos acórdãos, pode-se filtrar pela relevância e pertinência temática com o estudo e assim serem identificadas as naturezas e os critérios utilizados para a concessão judicial do fornecimento de medicamento pelo Estado do ponto de vista das supremas cortes brasileiras.

4.1 Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA

A Corte Superior da Cidadania, em meados de novembro de 2018, fixou a tese jurídica a partir do Tema Repetitivo 990 (REsp 1726563/SP) de que as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Tal tese corroborava com o entendimento da Suprema Corte Constitucional sobre a indispensabilidade do registro pela ANVISA como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do medicamento, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar a incorporação de um medicamento em suas listas oficiais (STA nº 175/CE AgR), além de recomendação do CNJ e os enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, os quais dispunham os seguintes termos: “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”; e, “É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental”.

O Supremo Tribunal Federal debruçou-se mais detidamente sobre a temática no ano seguinte, 2019, e em meados de maio do referido ano fixou a tese de repercussão geral (RE 657718/MG - Tema 500) com os seguintes termos:

I - O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; II - A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; III - É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; IV - As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (RE 657718/MG. Repercussão Geral – Mérito (Tema 500). Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 22 mai. 2019. Data de publicação: 09 nov. 2020).

Assim, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na ANVISA constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. Já no caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo dos três requisitos elencados na tese.

Quadro 1: Principais ações judiciais acerca do dever do estado de fornecer medicamento não registrado pela Anvisa julgados entre 2018 e 2021

| STF | STJ |
|---------------------------|-----------------------------|
| RE 657718 / MG (Tema 500) | AgInt no CC 177800 / RS |
| ADI 5501 / DF | AgInt no CC 179144 / SC |
| | REsp 1885384 / RJ |
| | AgInt no CC 172502 / SC |
| | AgInt no CC 172061 / PA |
| | AgInt no CC 170436 / SC |
| | AgInt no AREsp 1144147 / PE |
| | REsp 1726563 / SP |

Fonte: A autoria própria (2022).

4.2 Responsabilidade solidária dos entes federados

A primeira disposição constitucional na seção reservada ao trato do direito à saúde é o comando (art. 196) que traça a obrigação a todo o Estado de garantir o direito à saúde. Por essa razão, todos os entes federados possuem o dever constitucional de assegurar a “promoção, proteção e recuperação” da saúde dos cidadãos brasileiros, de modo igualitário e universal. A prefacial ordem constitucional, portanto, rechaça o argumento da ausência de responsabilidade de qualquer dos entes, seja qual for a etapa da implementação do direito à saúde.

Além disso, a indicação constitucional de competência comum no cuidado e na assistência à saúde prevista no art. 23, II, da CF/88, exige indubitavelmente a participação de todos os entes, mas sem sobreposição de atribuições entre eles.

Nas palavras do Ministro da Suprema Corte, Dias Toffoli, a compreensão de cada um dos conceitos definidos pelo constituinte se harmonizam perfeitamente com a decisão prolatada nos autos da STA nº 175/CE AgR – no qual, se depreende, em síntese, que:

- i) a obrigação de garantir a saúde é comum a todos os entes e o sistema correspondente é único (nesse preciso sentido, a responsabilidade é solidária);
- ii) o sistema é formado por uma rede de atendimento, a qual pressupõe uma organização por colaboração, e não por superposição;
- iii) a rede de atendimento deve estar próxima do cidadão, ser municipalizada (sendo, por isso, a ele mais acessível), sem deixar de ser regional (as regiões de saúde devem estar aptas a suprir as carências locais para garantir a integralidade das ações e dos serviços de saúde);
- iv) deve haver uma hierarquização dos atendimentos, segundo seu grau de complexidade (quanto mais complexo for o atendimento, maior será a possibilidade de que ele seja afastado do ente local e direcionado ao ente mais afeto à especialização

técnica - estados e, sequencialmente, a União) (RE 855178 ED / SE. Repercussão Geral – Mérito (Tema 793). Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Luiz Fux. Redator(a) do acórdão: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 23 mai. 2019. Data de publicação: 16 abr. 2020).

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal fixou em maio de 2019 a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793):

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (RE 855178 ED / SE. Repercussão Geral – Mérito (Tema 793). Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Luiz Fux. Redator(a) do acórdão: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 23 mai. 2019. Data de publicação: 16 abr. 2020).

A jurisprudência da Suprema Corte entende que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados, sendo que o polo passivo da demanda pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. Além disso, a fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Por fim, quanto ao fornecimento de medicamento não incluído nas políticas públicas, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União, pois o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (Rcl 48760 AgR / SC. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 04 out. 2021. Data de publicação: 11 out. 2021).

Quadro 2: Principais ações judiciais acerca da Responsabilidade solidária dos entes federados julgados entre 2018 e 2021

| STF | STJ |
|------------------------|--|
| RE 855178 ED(Tema 793) | AgInt no AREsp 1279806 / RS |
| ARE 1221111 AgR | AgInt no REsp 1940176 / SE |
| ARE 963232 AgR | AgInt no CC 182107 / SC |
| STP 738 AgR | EDcl no AgInt no CC 174437 / PR |
| STP 384 AgR | EDcl no AgInt no CC 178897 / PR |
| ARE 1301670 AgR | EDcl no AgInt no CC 179241 / PR |
| Rcl 45030 AgR | EDcl no CC 172026 / SC |
| ARE 1298325 AgR | AgInt no CC 179338 / MG |
| RE 1321137 AgR | AgInt no AREsp 1702630 / PR |
| STP 798 AgR-segundo | AgInt no CC 178700 / SC |
| RE 1310912 AgR | AgInt no CC 177570 / PR |
| | AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1097812 / RS |
| | AgInt no CC 178378 / SC |
| | AgInt no CC 178939 / SC |
| | AgInt no CC 178253 / SC |
| | AgInt no CC 175152 / RS |
| | REsp 1722605 / MG |
| | AgInt no CC 174544 / PR |
| | AgInt no CC 172502 / SC |
| | AgInt no CC 173750 / RS |
| | AgInt no REsp 1606349 / PI |
| | CC 173415 / SC CC 172817 / SC |
| | AREsp 1579684 / SP |
| | AgInt no AREsp 873437 / MG |
| | AgInt no REsp 1755145 / PR |
| | AgInt no AREsp 1286959 / MG |
| | REsp 1789058 / MG |
| | AgInt no REsp 1710679 / MG |

Fonte: Autoria própria (2022).

4.3 Dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária

O julgado paradigma do RE nº 657.718 (Tema 500), embora tenha discutido acerca do fornecimento do medicamento sem registro na ANVISA, porquanto ali não se cogitou de medicamentos ou substâncias que, embora não tenham registro na ANVISA, tenham a chancela do órgão sanitário para importação e consumo próprio, diante de determinadas circunstâncias.

Neste sentido, a Suprema Corte se debruçou sobre a temática e fixou a seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1161:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS (RE 1165959 / SP. Repercussão Geral – Mérito (Tema 1161). Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 21 jun. 2021. Data de publicação: 22 out. 2021).

Nas palavras do relator do referido paradigma no RE 1165959 / SP (Tema 1161), Ministro Marco Aurélio:

Em regra geral, a ausência do registro impede o fornecimento de medicamento por força de decisão judicial, não constando das exceções as autorizações de importação e comercialização implementadas pela própria Agência, “com intuito de fornecer à população brasileira produtos seguros e de qualidade à base de substâncias derivadas de *Cannabis*”. É necessário fazê-lo. Conclusão diversa implica submeter a sobrevivência do cidadão a ato estritamente formal – deliberação da ANVISA no sentido do registro. Há de prevalecer a necessidade maior, individualizada, de pessoa acometida por doença grave. À míngua não deve – e não pode – ficar o paciente. Havendo permissão por parte da ANVISA e sendo caso de importação excepcional para uso próprio, individualizado, ao Estado cumpre viabilizar a aquisição (RE 1165959 / SP. Repercussão Geral – Mérito (Tema 1161). Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 21 jun. 2021. Data de publicação: 22 out. 2021).

Em suma, cumpre ao Estado o custeio de medicamento, embora sem registro na Anvisa, uma vez por esta autorizada, individualmente, a importação.

4.4 Atuação do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público contornos institucionais de amplo e único espectro, intensificando o seu regime de garantias e

atribuições. O legislador constituinte transformou o Ministério Público em verdadeiro defensor da sociedade e da cidadania, seja na esfera penal, mediante a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto na esfera cível, por meio do inquérito civil e da ação civil pública (MORAES, 2017).

No arcabouço constitucional, o art. 129 da CRFB/88 dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público, dentre as quais: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inciso III); e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (inciso IX). Ademais, o art. 127 da CRFB/88 assenta como incumbência institucional do Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre os quais desde já se assenta entender estar incluso o direito à saúde.

A atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesses metaindividuais, e também de direitos e interesses indisponíveis, viabilizada, instrumentalmente, por meio processual adequado (a ação civil pública, no caso), que lhe permite invocar a tutela jurisdicional do Estado com o objetivo de fazer com que os Poderes Públicos respeitem, em favor da cidadania, os serviços de relevância pública (CF, art. 129, II), como se qualificam, constitucionalmente, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), legitima-se, plenamente, em decorrência da condição institucional de “defensor do povo” que é conferida ao “Parquet” pela própria Constituição da República.

Neste sentido, a Suprema Corte firmou entendimento em sede de repercussão geral (Tema 262) de que “O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença” (RE 605533 / MG. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 15 ago. 2018. Data de publicação: 12 fev. 2020).

A Corte da Cidadania, na mesma toada da Corte Constitucional, firmou tese jurídica (Tema Repetitivo 766) o qual instrui que

"O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na

forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)" (REsp 1682836 / SP. Relator Min. OG Fernandes, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, Data do julgamento: 25 abr. 2018. Data da publicação: DJe 30 abr. 2018).

Quadro 3: Principais ações judiciais acerca da atuação no Ministério Público julgados entre 2018 e 2021

| STF | STJ |
|----------------|----------------------------|
| RE 605533 / MG | REsp 1682836 / SP |
| ADI 5501 | AREsp 1841444 / MG |
| | AgInt no CC 177471 / PR |
| | AgInt no REsp 1634111 / MG |
| | REsp 1682836 / SP |

Fonte: Autoria própria (2022).

4.5 Fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado

Um ponto chave quanto à judicialização da saúde é relativo ao dever do Estado de fornecer medicamentos – de alto custo ou não incorporados ao SUS – a portador de doença grave que não possui condições financeiras para sua aquisição. Essa é a discussão que embasa o TEMA 6 de Repercussão Geral no STF, de relatoria do min. Marco Aurélio (RE 566.471 / RN), ainda pendente de julgamento de mérito.

Atualmente, o referido autos em repercussão geral encontra-se com pedido de vista pelo Ministro Gilmar Mendes. Contudo, pelos votos já proferidos pelo relator e outros dois ministros da Suprema Corte, pode-se extrair importantes ditames a serem considerados para a tese a ser firmada.

O voto do Relator Ministro Marco Aurélio fixa a seguinte tese:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (RE 566471 / RN – Repercussão Geral – Tema 6. Relator: Min. Marco Aurélio).

Já o voto do Ministro Alexandre de Moraes fixa tese no seguinte sentido:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento (RE 566471 / RN – Repercussão Geral – Tema 6. Relator: Min. Marco Aurélio).

Por fim, do voto do Ministro Roberto Barroso a seguinte tese é fixada:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os

órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS (RE 566471 / RN – Repercussão Geral – Tema 6. Relator: Min. Marco Aurélio).

Até o momento, é possível perceber a divergência de critérios apresentados pelos julgadores, em relação ao fornecimento de medicamentos de alto custo e indisponíveis no SUS. Apesar de o julgamento representar um marco na questão da judicialização da saúde no Brasil, a inexistência de critérios fixos faz aumentar ainda mais a propositura de demandas em busca da efetivação do direito à saúde.

4.6 Fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde - SUS

No que se refere ao Fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, a Corte Superior da Cidadania, em sede do Tema Repetitivo 106 (REsp 1657156 / RJ), fixou tese jurídica nos seguintes termos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência (REsp 1657156 / RJ. Relator Min. Benedito Gonçalves. Órgão Julgador S1 - Primeira Seção. Data do julgamento: 25 abr. 2018. Data da publicação: DJe 04 mai. 2018).

Na modulação dos efeitos da tese anterior, o STJ entendeu que:

é possível o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde - SUS mediante protocolos clínicos, quando comprovada a imprescindibilidade do tratamento prescrito, nos processos iniciados antes de 4/5/2018 (REsp 1657156 / RJ. Relator Min. Benedito Gonçalves. Órgão Julgador S1 - Primeira Seção. Data do julgamento: 25 abr. 2018. Data da publicação: DJe 04 mai. 2018).

Quadro 4: Principais ações judiciais acerca do fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde - SUS julgados entre 2018 e 2021

| STF | STJ |
|-----------------|-----------------------------|
| STP 101 AgR | REsp 1657156 / RJ |
| ARE 1287156 AgR | AgInt no RMS 50171 / RO |
| ARE 1312944 AgR | AgInt no AREsp 1726726 / PE |
| | REsp 1830241 / SP |
| | AREsp 1529130 / SP |
| | AgInt no AREsp 1377236 / PR |
| | AgInt no REsp 1694975 / PR |
| | REsp 1794059 / RJ |

Fonte: Autoria própria (2022).

Além disso, segundo a jurisprudência do STJ, a escolha do medicamento compete a médico habilitado e conhecedor do quadro clínico do paciente, podendo ser tanto um profissional particular quanto um da rede pública. O que é imprescindível é a comprovação da necessidade médica e da hipossuficiência econômica (REsp 1794059 / RJ. Relator Min. Herman Benjamin. Órgão Julgador T2 – Segunda Turma. Data do julgamento: 19 mar. 2019. Data da publicação: DJe 22 abr. 2019).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, inicialmente este trabalho apresentou o Sistema Único de Saúde e sua construção como proteção social do Estado orientado na organização das funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade. O SUS, fruto de lutas e de construção político-social, conforme a Constituição Federal de 1988, é orientado pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços e pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade, na organização de um sistema único de saúde no território nacional. Na Política Social de Saúde insere-se a Assistência farmacêutica, com função precípua de cumprir um papel fundamental nos aspectos envolvidos no acesso a medicamentos e na assistência como um todo.

Em seguida, foi apresentada a judicialização como fenômeno compreendido pela provocação do Poder Judiciário e sua consequente atuação em prol da concretização da assistência à saúde, uma vez que, dentre outras funções inerentes ao aludido Poder, uma das mais importantes é garantir a efetivação dos direitos fundamentais, solucionando os

conflitos existentes entre os cidadãos e o Estado. O acesso a medicamentos, inserido na organização constitucional e legal do direito à saúde traz a responsabilidade direta do Estado brasileiro pelo atendimento das necessidades de saúde da população, de forma universal, igualitária e integral, na qual o cidadão é sujeito de direitos subjetivos e que tem a possibilidade de busca pela tutela judicial individual e coletiva do direito à assistência à saúde.

Por fim, foram apresentados os resultados referente à pesquisa realizada com a finalidade de identificar as principais demandas judiciais julgadas pelos Tribunais Superior entre os anos de 2018 e 2021 no que concerne ao fornecimento de medicamento pelo Estado. Como resultado de busca, foram encontradas como temáticas de maior incidência e relevância tratadas pelas cortes superiores as referentes ao Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA; Responsabilidade solidária dos entes federados; Dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária; Atuação do Ministério Público; Fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado e Fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS.

As cortes superiores possuem um papel fundamental na uniformização de entendimentos jurisprudenciais quanto às demandas tão sensíveis como a concretização do direito fundamental à saúde. Quanto ao acesso a medicamentos pelos cidadãos, tem-se, pois, um grande desafio para que esse direito à saúde seja efetivado, por meio de políticas públicas, conforme assegurado pela CF/88, como direito de todos e dever do Estado.

Assim, espera-se que esta pesquisa possa contribuir para ampliar conhecimentos acadêmicos e profissionais acerca da temática estudada, além de ampliar as discussões sobre os motivos que ocasionam a crescente judicialização para efetivação do fornecimento de medicamentos e sobre o papel das instituições estatais tanto no âmbito governamental quanto judiciário e legislativo para solução dessa problemática.

REFERÊNCIAS

AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. **Protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamento excepcional**. 2009. 367 p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa

Catarina, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103223>. Acesso em: 13 set. 2022.

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. *In*: MATTA, Gustavo Corrêa. **Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde**. Organizado por Gustavo Corrêa Matta e Ana Lúcia de Moura Pontes. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

BARROS, Livia Dias. **JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: uma análise acerca do fornecimento judicial de medicamentos no estado de Pernambuco**. 2016. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/17153>. Acesso em: 12 set. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-335.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 13 set. 2022.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Repensando a teoria da separação de poderes: novas perspectivas com relação ao Judiciário em face da necessidade de realização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito**. 2008. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_o bra=165021. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**, Brasília, 2019a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**, 2019b. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá

outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília: Presidência da República, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998**. Brasília: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. v. 1. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolos_clinicos_diretrizes_terapeuticas_v1.pdf. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename 2022**. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2022/01/RENAME-2022.pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. **Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 338 de 06 de maio de 2004**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1657156**. Rio de Janeiro. Relator Min. Benedito Gonçalves. Órgão Julgador S1 - Primeira Seção. Data do julgamento: 25 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1682836**. São Paulo. Relator Min. OG Fernandes, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção, Data do julgamento: 25 abr. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1794059**. Rio de Janeiro. Relator Min. Herman Benjamin. Órgão Julgador T2 – Segunda Turma. Data do julgamento: 19 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 48760**. Santa Catarina. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178**. Sergipe. Repercussão Geral – Mérito (Tema 793). Órgão

juizador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Luiz Fux. Redator(a) do acórdão: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 23 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1165959**. São Paulo. Repercussão Geral – Mérito (Tema 1161). Órgão juizador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 21 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 482.611**. Santa Catarina. Decisão Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 23 mar. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2391964>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471**. Rio Grande do Norte. Repercussão Geral – Tema 6. Relator: Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471/RN**. Rel. min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 605.533**. Minas Gerais. Órgão juizador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 15 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718**. Minas Gerais. Repercussão Geral – Mérito (Tema 500). Órgão juizador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 22 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 482.611**. Santa Catarina. Decisão Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 23 mar. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2391964>. Acesso em: 13 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. 2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 13 set. 2022.

BUCCI, M.P.D. (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, J.P.P., CUNHA, R.E. Sistema único de saúde - sus: princípios. In: CAMPOS, F.E., OLIVEIRA JÚNIOR, M., TONON, L.M. **Cadernos de Saúde. Planejamento e Gestão em Saúde**. Belo Horizonte: COOPMED, 1998.

DALLARI, S. G. **O direito à saúde**. Rev. Saúde Públ., São Paulo, n. 22, p. 57-63, 1988.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 22-23.

LUCCHESI, Patrícia T. R. **Políticas públicas em saúde pública**. Coord. Dayse Santos Aguiar, Tatiana Vargas, Luciana Dias de Lima, Rosana Magalhães, Giselle Lavinias Monerat. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

MARQUES, S. B. **O direito à saúde**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 639.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. **The Lancet**. 9 mai. 2011. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/artigos/artigo_saude_brasil_1.pdf. Acesso em: 13 set. 2022.

RODRIGUEZ NETO, E. A reforma sanitária e o sistema único de saúde: suas origens, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas. *In*: MINISTÉRIO DA SAÚDE. NESP. **Incentivo a participação popular e controle social no sus: textos para conselheiros de saúde**. Brasília: MS, 1998.

SANT'ANA JMB, PEPE VLE, OSORIO-DE-CASTRO CGS, VENTURA M. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. **Rev Panam Salud Publica**. 2011, v. 29, n.2, p. 138-44.

SANTOS, Isabela Soares e VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde e austeridade fiscal: o caso brasileiro em perspectiva internacional. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2018, v. 23, n. 7, p. 2303-2314.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOUSA, Fernando José Pires de; BRIONES, Fernando Marcelo Armijos; MACAMBIRA, Júnior. Saúde pública e sua importância na luta contra a pobreza e a exclusão social. *In*: CASTRO, Daniel; DAL SENO, Danilo; POCHMANN, Marcio (Orgs.). **Capitalismo e a covid-19**. São Paulo: 2020.

CYBERCRIMES E AS LEGISLAÇÕES PENAIS BRASILEIRA * *CYBERCRIMES AND BRAZILIAN CRIMINAL LEGISLATION*

Kesya Meyry Aires Adriano ¹

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI. E-mail: kesya_ayres@hotmail.com.

* Este estudo faz parte do trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau, Parnaíba-PI.

RESUMO

A presente pesquisa tem, em um primeiro momento, o intuito de realizar uma análise do cibercrime, sob o aspecto de suas aplicações frente a ilícitos cometidos por cibercriminosos que, devido a ampliação desses casos, é necessária uma análise das sanções proporcionalmente às condutas praticadas. O objetivo dessa pesquisa se dá em demonstrar como o Brasil possui um código penal robusto, mas ineficaz no âmbito virtual, e buscar formas de minimizar essas brechas. Primeiramente, será abordado como a Internet surgiu e se proliferou, contendo as formas como foi despertado em tais lugares e o histórico, tanto para o conhecimento quanto para o mal, com novos ilícitos penais, além de destacar métodos, técnicas, recursos e ferramentas utilizadas. Na segunda parte, será exposta como surgiu os crimes cibernéticos; suas diversas expressões e nomenclaturas, e os tipos de crimes nesse meio já criminalizados. Na terceira parte, o grande analisado será o nosso código penal, aparato internacional e leis que denotam não criminalizar por completo os diversos novos crimes nesse meio, que se renovam a cada dia e precisam ser acompanhados de perto. E, por fim, leis que revolucionaram o ordenamento brasileiro e trouxeram uma tentativa de maior segurança a um país que até então era intitulado de “terra sem ninguém”, por não haver intermédios legais tão eficazes para acionar no ambiente virtual, como Lei Carolina Dieckmann, Marco Civil da Internet, Lei de Proteção de Dados, além da Convenção de Budapeste; todos sendo muito importantes para uma mudança de patamar no sistema de criminalização no ciberespaço. A metodologia do trabalho foi embasada no método de pesquisa bibliográfica, pois foi abordado o estudo a diversos artigos, livros e trabalhos acadêmicos referentes ao meio. A internet permite a transmissão de grande quantidade de informações, entre diferentes partes do planeta, em um curto espaço de tempo, facilitando, por conseguinte, a comunicação e o relacionamento entre as pessoas. Por isso, é necessário que as pessoas se assente numa segurança informática que garanta a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade fiável dos sistemas. Esta é uma pesquisa exploratória e bibliográfica, que buscou entender o que é Cibercrime e relatar a necessidade de leis eficazes sobre crimes virtuais e como nossa normativa penal é bem ineficiente quanto as sanções que cibercriminosos deveriam receber. É esperado que quem se habilite a ler o trabalho irá se deparar com o nosso ordenamento punitivista, contudo, com muitas brechas, e leis anacrônicas, precisando urgentemente de novas atualizações. Foi exposto a posição do ordenamento jurídico vigente no Brasil e ineficácia da legislação em relação ao assunto, pois a lei existente é vaga. Pôde-se perceber a necessidade da atuação urgente dos legisladores na elaboração de normas mais específicas e ríspidas em suas punições.

Palavras-chave: Cibercrime. Ciberespaço. Lei. Internet. Análise.

ABSTRACT

This research has the primary purpose of performing an analysis of cybercrime, under the aspect of its applications in face of illegal acts committed by cybercriminals. Due to the expansion of these cases, it is necessary to analyze the sanctions proportionally to the practiced conducts. The aim of this research is to show how Brazil has a robust criminal code, which is ineffective in the virtual environment, and to seek ways to minimize these gaps. First, it discusses how the internet has emerged and proliferated, explaining its history and how it has reached such places, both for knowledge and for evil, with new criminal offenses, besides highlighting methods, techniques, resources and tools used. In the second part it exposes how cybercrimes emerged; its various expressions and nomenclatures, and the types of crimes already criminalized in this environment. In the third part, the analysis will be on our penal code, international apparatus and laws that denote not completely criminalizing the several new types of crime in this environment, which update every day and need to be closely monitored; and, finally, the laws that revolutionized the Brazilian legal system and brought an attempt at greater security to a country that until then was called a “no-man’s land” for not having such effective legal intermediaries to act in the virtual environment, such as Carolina Dieckmann Law, Marco Civil da Internet, Data Protection Law, and also The Budapest Convention; all of which are very important to change the scenario of criminalization in cyberspace. The methodology was based on the bibliographical research method, since several articles, books and academic works related to the environment were studied. Internet allows the transmission of a large amount of information between different parts of the planet in a short period of time, thus facilitating communication and relationships between people. Therefore, it is necessary for people to have computational security that guarantees the confidentiality, integrity and reliable availability of systems. This is an exploratory and bibliographical research that aimed to understand what a cybercrime is and report the need for effective laws on virtual crimes and how our criminal regulations are very inefficient regarding the sanctions that cybercriminals should receive. It is expected that whoever reads this paper will come across our punitive system, but with many loopholes and anachronistic laws with an urgent need of updates. The position of the current legal system in Brazil and the inefficiency of the law in relation to the subject were exposed, since the existing law is vague. It was possible to realize the need for urgent action by legislators in the development of more specific and harsh rules in their punishments.

Keywords: Cybercrime. Cyberspace. Law. Internet. Analysis.

1. INTRODUÇÃO

Diversos são os crimes que podem ser cometidos no âmbito virtual, dentre os quais: pedofilia, difamação, calúnia e injúria (crimes contra honra), *bullying*, instigação ao suicídio, além do mais, crimes que surgiram a partir do advento da internet, e precisam de um certo conhecimento específico para serem praticados como *phishing*, furtos de dados e etc.

Segundo Silva (2003), os crimes virtuais podem ser classificados como próprios e impróprios. Para o autor, os crimes próprios transpassam-se nas ações, como por exemplo, acesso não autorizado, obtenção e transferência ilegal de dados, dano informático, disseminação de vírus e de engenharia social. Já dos crimes impróprios

tem-se ameaça, participação de suicídios, incitação e apologia ao crime, falsa identidade e falsidade ideológica, violação dos direitos autorais, pornografia infantil e crimes contra a honra.

Entretanto, o direito desempenha o importante papel de, não somente reprimir, mas também acautelar ao criminalizar determinadas condutas que interfiram ou ameacem os princípios básicos do ciberespaço, que são a confidencialidade, integridade e disponibilidade.

Os novos criminosos, cuja classificação é extensa e abrangente no decorrer deste trabalho, agem certo de que ficarão impunes, pois não estão presenciando o abatimento da vítima pós-crime, e a sociedade se sente insegura por não haver uma imediata prisão do infrator do delito.

Contudo, há diversos empecilhos para configurar essa barreira, como dificuldades técnicas na hora da apreensão do equipamento usado para o cometimento do ilícito, necessidade de autorização para quebra de sigilo do acusado, falta de legislação, além das questões relacionadas com territorialidade, jurisdição e competência, todas necessárias ao devido processo legal.

Segundo Cuzzuol (2013), o entrelaçamento entre o real e o virtual vem tornando-se pleno. As condutas praticadas em sociedade cibernética tipificam-se penalmente como se as mesmas tivessem sido praticadas no plano real. Nesses casos, a aplicação penal se expressa a partir de um nexo de causalidade, por analogia hermenêutica, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro existente para regular os crimes cometidos nos ambientes virtuais é vago.

Segundo Marques (2022), a problemática do cibercrime advém de suas características, são elas que dificultam a sua prevenção, investigação, repressão e punição. A internet é, na sua gênese anárquica e o ciberespaço não se limita em fronteiras.

Como narra Silva Rodrigues (2008), é com o caráter extraterritorialidade da internet que potencializa a criação de um mundo sem lei, onde o utilizador consegue, no conforto do seu lar, atingir qualquer pessoa em qualquer país. Outra característica é sua atemporalidade, uma vez que são permitidas as transferências de informações por todo globo, à velocidade de segundos.

Durante a pandemia causada pelo novo coronavírus, os golpes financeiros, no

período entre 20 de março a 18 de maio de 2020, a busca sobre informações pessoais e bancárias dos brasileiros cresceu 108%, conforme pesquisa feita na Refinaria de Dados (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2020).

Logo, a sociedade se vê impotente e desamparada, por isso o presente estudo, busca detalhar o cibercrime, bem como analisar a necessidade de haver uma lei específica e eficaz para tipificar e punir de maneira satisfatória os criminosos que se utilizam da internet como forma de cometer delitos.

O presente trabalho abarcará a seguinte questão: as leis penais existentes hoje no Brasil são suficientes para resguardar e proteger os cidadãos de ataques virtuais? E a aplicação da legislação penal a respeito dos cibercrimes está buscando melhorias ou regredindo?

A metodologia do trabalho foi embasada no método de pesquisa bibliográfico, pois foi abordado o estudo a diversos artigos, livros e trabalhos acadêmicos referentes ao meio. Para isso, a pesquisa será baseada em estudos de autores, como por exemplo: Corrêa, Guilherme Nucci, Zafaroni, entre outros pensadores que elaboraram pesquisas referentes ao tema.

Contudo, há de se salientar que, o corpo de autores tende a ampliar na medida em que a leitura vier a ser desenvolvida. Partindo dos conceitos apresentados pelos autores do Direito Penal, o trabalho analisará como nosso ordenamento consegue se sair frente as ações ilícitas dos cibercriminosos. O estudo terá caráter essencialmente qualitativo, com ênfase na observação e estudo documental, simultaneamente que será necessário o cruzamento dos levantamentos com toda a pesquisa bibliográfica já feita.

Na análise doutrinária e legislativa, empregar-se-á essencialmente o método hipotético-dedutivo, utilizando o procedimento bibliográfico, realizado por meio de material teórico e jurídico, além de sites e livros que versam sobre o tema. Nessa perspectiva, é indispensável primeiro analisar os dados a partir de alguns artigos, livros e revistas científicas, quais as leis penais que atualmente vigoram no nosso ordenamento penal, e quais deveriam ser melhoradas ou até criadas, além do mais, verificar como os outros países lidam com a mesma situação.

Como problemática do assunto, se mostra que a popularização da internet, em que pese a enorme facilidade que proporciona à coletividade, traz consigo também questões preocupantes acerca da utilização indevida, motivo pelo qual os procedimentos

investigativos perante a nossa normativa penal vigente ao tratar dos crimes virtuais necessitem se adequar para satisfazer a proteção estatal dos cidadãos. Mas como isso pode ser feito de forma eficaz e eficiente, de modo que resguarde os direitos e mantenha a segurança dos cidadãos?

2. A INTERNET COMO MEIO PARA A PRÁTICA DE CRIMES

2.1 Internet: conceito e histórico

A lei vem antes da sociedade humana e se estende à sabedoria das civilizações antigas. À medida que o homem começa a adquirir conhecimento e compreensão, torna-se cada vez mais importante ter regras que estabeleçam a sincronia no grupo. Desta forma, deve-se dizer que o Direito vem do homem e visa regular o convívio social.

Conforme preleciona Paulo Nader:

“O Direito não corresponde às necessidades individuais, mas a uma carência de coletividade. A sua existência exige uma equação social. Só se tem direito relativamente a alguém. O homem que vive fora da sociedade vive fora do império das leis. O homem só, não possui nem direitos nem deveres” (NADER, 2014, p.52).

Portanto, para que haja uma organização estrutural é essencial haver regulação pública. Pois, a prevenção serve exatamente para monitorar as situações futuras. Pois, os métodos servem para controlar determinados comportamentos, que em sua maioria são contrários aos princípios morais e dos bons costumes. O doutrinador, sobre o assunto explica:

A participação do Estado na vida do Direito não se restringe ao controle da elaboração das regras jurídicas. Além de zelar pela manutenção da ordem social por seus dispositivos de prevenção, com o seu aparelho coercitivo aplica o Direito a casos concretos (DAOUN; BLUM, 2000).

Na mesma linha de pensamento há o doutrinador Hans Kelsen (1964), detentor da Teoria Pura do Direito: “Em determinadas circunstâncias, um determinado sujeito deve observar tal ou qual conduta; se não a observa, outro sujeito, órgão do Estado, deve aplicar ao infrator uma sanção.” Então, assim, tivemos o surgimento do Direito, por meio do qual derivou o Direito Digital. Uma forma de gerenciar a comunidade a viver em harmonia. A advogada especialista, Patrícia Peck, no assunto Digital, discorre:

Ter uma janela aberta para o mundo exige muito mais que apenas a seleção do público-alvo. Exige a criação de uma logística jurídica que reflita a diversidade cultural dos consumidores/clientes virtuais. No aspecto de atendimento ao consumidor, por exemplo, parte das empresas inseridas na rede recorrem à terceirização, contratando *contacenters* especializados para atender a demanda de usuários de diferentes culturas e países. No aspecto jurídico, é preciso que os profissionais de Direito também estejam preparados para criar logística, sabendo que a todo o momento terão de lidar com diferentes normas, culturas e legislações (PINHEIRO, 2009, p.22).

Desse modo, torna-se uma exaustiva tarefa para o Direito acompanhar, resguardar e compreender as demasiadas demandas de uma sociedade civil moderna que vive em constante progressão, necessitando de formas que auxiliem na manutenção da ordem social. Em meio a esta requisição, surge o Direito Digital, visando interpelar lacunas provenientes da modernidade e da evolução tecnológica.

Nesse diapasão, atribui:

A tecnologia digital é uma realidade, e justamente por isso estamos diante da criação de lacunas objetivas, as quais o direito tem dever de estudar, entender e, se necessário, preencher. Com a crescente popularização da grande rede, evidenciamos a criação de novos conceitos sobre tradicionais valores, tais como a liberdade, a privacidade e o surgimento de “crimes” digitais (CORRÊA, 2011, p.34).

Nesse contexto, tratando-se da internet, há também violações ao direito alheio. Os chamados Crimes Cibernéticos, ou crimes virtuais, digitais – uma forma genérica que retrata um ou diversos atos ilícitos que podem ser cometidos no âmbito virtual, atendo-se da tecnologia para sua realização. Corrêa contribui:

Poderíamos dizer que os “crimes” digitais seriam todos aqueles relacionados as informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou fraudar; para tal prática é indispensável a utilização de um meio eletrônico. Toda sociedade dependente da informação acaba sendo vítima de simples ameaças e até do terrorismo e do vandalismo eletrônicos (CORRÊA, 2011, p.63).

Para Ferreira Filho (2009), esta forma de crime, “consiste na utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele a ordem econômica, à honra, ao patrimônio, etc.”. Por isso, esse crime se torna uma grande dificuldade para a ciência jurídica, em virtude da identificação que necessita de um conhecimento detalhado para apurar, além de estarmos amparados

por uma carente legislação, o que torna ainda mais complexo.

2.1.1 Evolução da internet

Antes do surgimento da internet propriamente dita, já existiam diversos meios de comunicação, como rádios, telefone e televisão. Especificamente, já existiam computadores ligados entre si e moderados por um computador central, por meio do qual era possível trocar informações.

Desse modo, a ideia da internet era construir um tipo de comunicação entre computadores que não fosse centralizada. Ou seja, a informação seria trocada agora em redes, com máquinas autônomas e interdependentes.

Essa teoria teve consequências práticas com o projeto chamado *Advanced Research Projects Agency*, ou simplesmente *ARPANET*. Curiosamente, ele era parte de uma pesquisa militar dos Estados Unidos.

Conforme Bernardo Lins (2010), há quatro principais períodos que marcam a trajetória da internet mundialmente. Primeiramente, na década de 1960, ela era utilizada entre grandes computadores ligados por cabo ou redes telefônicas. Nesse contexto, a internet dava seus primeiros passos e tinha usos específicos de troca de informações.

Após esse momento, a internet chega ao grande público. Assim, surgem as “conexões discadas” da década de 1970, que foram as primeiras formas de acesso à rede pelas pessoas em geral. Na época, o conteúdo da internet se restringia majoritariamente a textos e *hiperlinks*.

Em seguida, a terceira fase da internet marca o avanço nas conexões de banda larga a partir do final da década de 1980. Desse modo, os conteúdos vinculados na rede se desenvolveram com imagens, músicas, gifs e jogos. Além disso, surgem as plataformas de bate-papo, as interações personalizadas com avatares e as redes sociais (FERREIRA FILHO, 2009).

Por fim, o período atual é marcado pela pluralidade de meios de comunicação, principalmente com o uso dos smartphones. Além disso, o tablet, os relógios e até mesmo a televisão tornaram-se porta de acesso à internet. Agora, o mundo das redes não é algo acessado pelas pessoas apenas em um momento específico: ele é integrado em suas vidas (LINS, 2010). Atualmente, o desenvolvimento das redes sociais, as formas de armazenamento em nuvem e as discussões sobre segurança e ética marcam a

internet. Afinal, campanhas eleitorais e discussões importantes ocorrem nas redes na contemporaneidade.

Portanto, é importante que os debates sobre a internet ocorram sempre tendo em vista a ética envolvida nas relações sociais. Ao mesmo tempo que o “mundo virtual” reproduz muitos aspectos do “mundo real”, a internet também traz mudanças sobre os rumos das histórias humanas. Assim, os velhos e os novos tempos sempre convivem de algum modo, e é necessário discutir com responsabilidade sobre eles.

2.2 Métodos, técnicas, recursos e ferramentas utilizadas pelos criminosos

Segundo Damásio de Jesus (2016, p.57): “o crime cibernético no Brasil está menos técnico e muito mais criativo”.

A criatividade tornou-se a chave para cometer delitos na internet, e considerando que nada atrai mais a vítima do que o poder da persuasão, a criatividade é mais benéfica para os criminosos do que o próprio conhecimento técnico da rede, por isso é justo dizer que o planejamento para realizar uma atividade criminosa através de um computador começa apenas com as habilidades do cérebro humano.

2.2.1 Métodos

São técnicas usadas por criminosos virtuais para atacar computadores e dados dos usuários bem como as suas defesas em várias camadas.

2.2.1.1 Bullying virtual

Conforme Albino e Terêncio, o *cyberbullying* consiste na truculência de forma intencional e repetitiva de atitudes agressivas dentro do ciberespaço das redes sociais, podendo ser caracterizado como difamação, calúnia e injúria. O contato entre vítima e agressor não ocorre presencialmente, mas online (ALBINO; TERÊNCIO, 2015).

Pode ocorrer via e-mail, em fóruns ou websites, mas ganha cada vez mais notoriedade nas redes sociais, onde a instantaneidade das mensagens facilita as ofensas e ameaças dos criminosos.

2.2.1.2 Extorsão

Devisate (2021) conceitua que, ao usar programas maliciosos, criminosos podem

roubar fotos e vídeos pessoais e, assim, chantagear os usuários para não divulgar as imagens na Web. Em muitos casos, para preservar sua intimidade e evitar a divulgação de fotos íntimas ou sexuais, os usuários acabam pagando o preço exigido pelos bandidos. Essa prática é conhecida como *Sextorsing*.

2.2.1.3 Venda de imagens

Conforme disposto por Lauren Alves (2018), os criminosos vendem fotos para criar perfis falsos em redes sociais que, por sua vez, são usados para cometer outros tipos de delitos, como praticar crimes de ódio ou disseminar mais vírus e malwares. Além da extorsão, fotos e vídeos pessoais roubados podem ser vendidos para outros fins ilegais.

2.2.1.4 Phishing e engenharia social

Marvin Ferreira entende que, é um truque psicológico projetado para convencer alguém a fazer algo que não deveria, e o phishing é a forma mais conhecida de engenharia social. Dessa forma, os cibercriminosos se passam por entidades legítimas, amigos, familiares, organizações públicas e empresas conhecidas, e tentam induzir as vítimas a compartilharem informações pessoais - o que também é chamado de *phishing* (FERREIRA, 2016).

2.2.1.5 Ataques de força bruta

Fernando dispõe que, é comum que credenciais fáceis de serem lembradas sejam escolhidas por muitos usuários. Isso, porém, facilita os ataques de força bruta, onde os criminosos tentam diferentes combinações de senhas para tentar acessar contas (TASINAFFO, 2018).

Outra técnica de força bruta é a pulverização de senha. Nesse caso, os criminosos usam software automatizado para testar uma lista de senhas usadas com mais frequência em uma conta.

2.2.1.6 Por dedução

Conceitua Higor, Nogueira e Wendt (2013), os hackers possuem ferramentas automatizadas para realizar ataques de força bruta e descobrir senhas, às vezes eles nem

precisam delas, dependendo da força da credencial escolhida pelos usuários. E, com pesquisas mostrando que a senha mais comum em 2021 foi *123456*, seguida por *123456789*, a dedução dos criminosos pode ter sucesso, em muitos casos.

2.2.2 Técnicas

São os recursos utilizados para alcançar o objetivo de quem adquire habilidades para alterar todo e qualquer dispositivo eletrônico, programa entre outros.

2.2.2.1 Ataques DDoS

A sigla vem do inglês “*Distributed Denial of Service*” que, em português, significa “Negativa de Serviço Distribuída”.

Um primo próximo do DDoS é o DoS, no qual apenas um criminoso, com um únicocomputador, ataca várias máquinas.

Dessa forma, “derruba” redes, servidores ou computadores comuns que contenham baixas especificações técnicas.

No DDoS, um computador pode comandar diversos outros (até milhões) e assim coordenar um ataque em massa.

O aparelho principal, chamado de mestre, “escraviza” outras máquinas que, obrigatoriamente, acessam o que o proprietário solicita. (Renato).

2.2.2.2 Manipulação de url

É usado por alguns hackers, conforme doutrina Wellington José (2015), para fazer o servidor transmitir páginas às quais ele não teria autorização de acesso. Na prática, o usuário só tem acesso a links que são fornecidos pela página do site. Se o usuário altera manualmente a URL, ele pode testar diversas combinações para chegar a um endereço que esconde uma área restrita.

2.2.2.3 Ataque DMA (Direct Memory Access)

Wellington José (2015) afirma que o ataque de Acesso Direto à Memória é uma função que permite ao hardware da máquina ter um acesso direto à memória RAM sem passar pelo processador, acelerando, assim, a taxa de transferência e processamento do computador.

Esse recurso, no entanto, pode ser usado por hackers para acessar os dados da memóriaRAM por meio de um periférico, mesmo sem um software específico.

2.2.2.4 *Eavesdropping*

Almeida (2020) afirma que no ataque o hacker utiliza diferentes sistemas de e-mail, mensagens instantâneas e telefonia, além de serviços de internet, para violar a confidencialidade da vítima, roubando seus dados para usá-los de forma indevida posteriormente. A palavra significa *bisbilhotar*, e é basicamente o que o criminoso faz, sem modificar as informações, apenas interceptando e armazenando.

2.2.3 *Recursos*

Conceitua Almeida (2020) que, além de sites de publicidade, com o advento da internet surgiram diversas redes sociais, bem como aplicativos que disponibilizam a troca de mensagens instantâneas. Visto que, essas redes sociais podem ser facilmente utilizadas por criminosos para atrair suas vítimas, uma vez que não há como garantir uma navegação segura. Por muitas vezes, na internet, a única segurança será a precaução do próprio internauta.

2.2.3.1 *Doboleto falso*

De acordo com a Febraban (2022), cerca de 6 bilhões de boletos falsos são emitidos anualmente no Brasil. Esse vem sendo o tipo mais comum de fraude no Brasil. Normalmente, os criminosos elaboram um boleto falso contendo todos os dados da vítima, onde fingem ser uma empresa de cobrança real. Eles enviam o boleto via *WhatsApp* solicitando pagamento.

2.2.3.2 *Via SMS*

Jonatas Lucena (2022) entende que o SMS é um dos golpes favoritos dos criminosos. Nas mensagens, eles pedem que a vítima atualize cadastros de bancos, enviando links que direcionam para páginas falsas. O objetivo final desse golpe é conseguir os dados pessoais para acessar os canais oficiais.

2.2.3.3 Do perfil falso

Conforme Cagnini (2020), nesse golpe, os criminosos usam contas com perfis falsos nas redessociais. Ele se divide em duas formas:

- Golpistas se passando por contas de lojas, onde vendem os produtos que não são entregues. Nesse caso, a vítima fica no prejuízo e não recebe as compras;
- Quando se passam por pessoas e simulam relacionamentos virtuais, conhecido como *Catfish*. Eles encontram um alvo e começam a ganhar confiança da vítima. Após estreitarem relações, começam a relatar problemas e dificuldades financeiras, pedindo dinheiro para cobrir despesas. Na maioria das vezes, as mulheres são as grandes vítimas desse tipo de golpe.

2.2.4 Ferramentas

Os cibercriminosos não precisam estar munidos de armas de fogo ou estar presente pessoalmente no local do crime, pois, para conseguir praticar os cibercrimes basta: invadir um computador com códigos maliciosos para ter acesso a senhas, furtar ou roubar documentos e informações, destruir ou alterar dados. Além do mais, é possível também praticar pedofilia, lavagem de dinheiro, fraudes financeiras, todas através de um link na *aba* de mensagens do celular ou computador (CNJ, 2018).

A prática mais comum é por intermédio de *malwares* que invadem *e-mails*, *softwares* e páginas da internet por meio de técnicas de *phishing*, que influenciam no clique de *links* infectados por vírus.

2.3 Surgimento do cibercrime

Rossini (2013) descreve “delito informático” como “uma conduta ilícita e típica, constitutiva de crime ou contravenção penal, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, podendo ser praticada por pessoa jurídica ou física, com uso da informática em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança da informática que tem por elementos a integridade, a disponibilidade, e a confidencialidade.

Nesse diapasão, pode-se depreender que os intitulados “infrações informáticas” não se tratam de crimes e contravenções penais restritos apenas ao âmbito proveniente

da internet, como também a um computador “*offline*”, servindo como mecanismo para a consumação do crime da mesma forma.

Segundo Pedro Arthur (2000), a revolução da tecnologia proporcionou uma disseminação numa velocidade inimaginável, bastando apenas um click, e com isso, veio também um aprimoramento do acúmulo de conhecimento, de armazenamento de dados e muitos outros benefícios.

Em razão do avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas, o conceito de crime deixou de ser viabilizado somente na esfera social, passando a “mostrar as caras” no âmbito virtual também.

Ocorre que, o fato de haver uma liberdade flexível na era da informação, propiciada pelo advento da internet aliado a gama de informações, acaba por tornar um grande potencial de poder, pois, se a internet consegue atingir um número ilimitado de pessoas com informações, é lógico que pode ser feito também para o uso errôneo, favorecendo cibercriminosos (BURKE, 2020).

Esse problema acabou por chamar atenção das nações, no final da década de 1990. Um pequeno grupo de nações agrupadas no G8, países mundialmente desenvolvidos, fizeram uma reunião em Lyon, visando analisar a problemática acerca da ampliação dos crimes mediante os meios digitais. E dessa reunião saiu a denominação “cibercrime”, uma forma genérica de intitular crimes virtuais.

Todavia, cumpre salientar a dificuldade de determinar os bens jurídicos que devem ser resguardados pelo Direito Penal no tocante aos cibercrimes. Pois, percebe-se que a conduta geradora de danos é a mesma que aquela considerada para crimes no âmbito comum, denotando o dever de observarmos uma outra faceta quanto ao cibercrime, tendo em vista seu caráter diferenciado quanto às outras espécies de infrações já tipificadas pelo nosso ordenamento jurídico (POLIDO, 2018).

2.4 Espécies de crimes virtuais

2.4.1 Crimes próprios

Segundo preleciona Anderson Soares Furtado Oliveira (2009), crime cibernético próprio é aquele que: [...] só pode ser cometido no ciberespaço, ou seja, necessariamente, deve ser realizado no ambiente do ciberespaço, para que a conduta seja concretizada, tendo um tipo penal distinto do tradicional. Ademais, tanto a ação quanto o resultado da

conduta ilícita consumam-se no ciberespaço.

Para alguns doutrinadores, como Marco Túlio Viana, crimes virtuais próprios “são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados)” (VIANA, 2003). Corroborando com esse conceito, valiosas são as lições de Damásio Evangelista de Jesus:

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado (DAMASIO, 2015).

Logo, os crimes virtuais próprios são aqueles em que o sujeito ativo utiliza o sistema informático do sujeito passivo, no qual o computador como sistema tecnológico é usado como objeto e meio para execução do crime. Nessa categoria de crimes está, não só a invasão de dados não autorizados, mas toda a interferência em dados informatizados como, por exemplo, invasão de dados armazenados em computador seja no intuito de modificar, alterar, inserir dados falsos, ou seja, que atinjam diretamente o software ou hardware do computador e só podem ser concretizados pelo computador ou contra ele e seus periféricos.

2.4.2 Crimes impróprios

Os crimes virtuais denominados impróprios são aqueles realizados com a utilização do computador, ou seja, por meio da máquina que é utilizada como instrumento para realização de condutas ilícitas que atinge todo o bem jurídico já tutelado, crimes, portanto que já tipificados que são realizados agora com a utilização do computador e da rede, utilizando o sistema de informática seus componentes como mais um meio para realização do crime, e se difere quanto a não essencialidade do computador para concretização do ato ilícito que pode se dar de outras formas e não necessariamente pela informática para chegar ao fim desejado como no caso de crimes como: pedofilia (ALMEIDA, 2015).

Sobre o tema, discorre Aldemário Araújo Castro (2003): Os tais “crimes de informática” qualificados como impróprios admitem a prática por diversos meios, inclusive os meios informáticos.

Nestes crimes impróprios, o agente se vale do computador como meio para produzir resultados naturalístico, que ofenda o mundo físico, ameaçando ou lesando outros bens, pode ser cometido no meio digital através de um e-mail, bate-papo ou qualquer outro meio, os exemplos mais comuns são a calúnia, difamação e injúria, tipificados no Código Penal.

3. O AMBIENTE VIRTUAL E OS DESAFIOS IMPOSTOS AO DIREITO PENAL

3.1 As diferentes dimensões do espaço virtual

Conforme o Comitê Gestor da Internet no Brasil, milhões de cidadãos já usam a internet no país, e para pequenos criadores e novos mafiosos que diversificaram seus criadores, o cibercrime é um negócio lucrativo.

A Febraban, Federação Brasileira de Bancos, é um indicador do índice de sucesso dos crimes cibernéticos e afirma que a fraude no banco eletrônico causará 95% das perdas aos bancos brasileiros (FEBRABAN, 2021).

Lima (2005) define a intrusão no sistema da Internet e posterior modificação dos dados como fraude virtual, com o fim de obter vantagens em bens ou em espécie, como simulação de planos eleitorais aprovados, fiscalização de demonstrações financeiras, transações bancárias, todos falsos e assim por diante.

A partir de análogos russos e ingleses dos criminosos brasileiros estabeleceram um vivo mercado negro para serviços e bens, o mundo do crime online ascendeu.

Dessa forma reduz as barreiras de origem e melhora a curva de aprendizado para os cibercriminosos locais, que usam seu conhecimento para atacar bancos locais e serviços de pagamento online. O *malware* usado em quase todo o país é gerado para ataques locais.

O motivo para ter essas instalações virtuais de crime e ter tanto sucesso, de certa forma, é que as vítimas são geralmente as menos informadas, menos discernidas de conhecimento e as necessidades de segurança mais específicas no uso de técnicas simples e básicas para combater os crimes cibernéticos. Além do fato de haver uma influência social fraca.

Diferentemente do típico submundo de língua inglesa ou russa (onde o sigilo e o anonimato são cruciais), no Brasil, os crimes cibernéticos existem abertamente e amplamente sem medo de que as autoridades policiais se aproveitem por suas

dificuldades e falta de dissuasão legal, muitas vezes, sem preocupar em esconder a localização exata e de sua verdadeira identificação (INELLAS, 2004).

Enquanto os criminosos locais trapacearam nas transações financeiras, o cibercrime organizado no Leste Europeu poderia facilmente chamar a atenção para o real brasileiro. Ou forme uma aliança com *hackers* brasileiros por intermédio das redes sociais e fóruns na internet, use o *Google Translator* para planejar ataques a instituições bancárias e governos, invadir e armazenar banco de dados de instituições de crédito de cidadãos brasileiros para uso premeditado ou vendê-los para o fraudador de rede profunda (ROXIN, 2006).

A prática de crimes cibernéticos no Brasil é visivelmente atordoante, visto que, em fraudes na internet, temos o maior número de fraudes bancárias online e *malware* financeiro contra qualquer país do mundo, não somente no sistema bancário brasileiro, mas também envolvendo roubo de moedas virtuais criminosas.

Com o eventual aumento de crimes cibernéticos e a ineficácia das leis e do direito penal relacionados a esses casos, o submundo do crime cibernético continua a ascender. Isso se dá mediante a algumas prerrogativas, entre eles, o baixo investimento no embate a esses crimes; falta de segurança digital adequada e falta de uma cultura voltada para a conscientização da comunidade de usuários; que geralmente não é compreendida e conscientizada pelos setores públicos e privados (NUCCI, 2017).

Na sociedade atual, Era da informação, e na nova realidade econômica que marca o processo cultural e progressivo do mundo, um ambiente virtual resguardado é amplamente pertinente.

O tráfego digital na Internet aumentou consideravelmente, variados usuários utilizam a internet para consumir determinado tipo de produto ou serviços. Todavia, o ecossistema digital é extremamente vulnerável ataques criminosos digitais, ameaçando a segurança do usuário.

Portanto, é de suma importância que um país tenha um sistema jurídico condizente com as mudanças atreladas ao avanço tecnológico, e tenha capacidade de amparar, de fato, os usuários frente as infrações cometidas no âmbito virtual. Na mesma linha, conceitua Guilherme de Souza Nucci:

Estamos passando por uma fase de mudança em que as conexões sociais e os dispositivos de comunicação móvel estão interagindo cada vez mais, mas estamos nos

tornando cada vez mais vulneráveis a ataques no campo da privacidade (NUCCI, 2017, p.34).

Para a ciência jurídica, o crime é de um objeto de estudo de extrema importância no seu objetivo de gerar conhecimento para sua aplicação em prol do bem-estar social. A segurança da pessoa (no sentido amplo, de direitos humanos resguardados) é fundamental para amparar a paz e a ordem que favorece a evolução da humanidade.

Em suma, deve-se fazer uma separação do mundo real com o virtual, mais especificamente quanto as condutas, isto é, como as condutas típicas, sejam ações ou omissões, que tenham consequências jurídicas-penais sob a égide da teoria clássica dos crimes. São percebidos por nossos sentidos de forma imediata e natural, muito pelo contrário, os atos ilegais perpetrados no ambiente virtual são aqueles que exclusivamente os nossos sentidos podem compreender por intermédio da utilização eletrônica cuja plataforma é comunicação especialmente a internet. Nesse sentido, Gabriel Cezar Zaccaria (2004) atribui: A internet é uma rede de computadores, integrada por outras redes menores, comunicando entre si, os computadores se comunicam através de um endereço lógico, chamado IP., onde há uma gama de informações sendo repassadas, surgindo aí um pequeno problema, existe uma quantidade enorme de informações pessoais disponíveis na rede, ficando a disposição de milhares de pessoas, quando não disponíveis informações pessoais pelo próprio usuário, são procuradas por outros usuários que buscam na rede o cometimento de crimes, os denominados crimes virtuais.

No espaço dos crimes, há os crimes cibernéticos cuja manifestação é realizada no ambiente virtual. Geralmente o nome desse tipo de crime vem acompanhado do prefixo “cibernético” e “virtual”.

Como enfatiza Marco Aurélio Rodrigues da Costa (2010), majoritariamente, a doutrina define o crime de informática pelo bem tutelado, determinando uma definição incompleta. Dessa forma, para ele o crime digital é “todo procedimento que atenta contra dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmitidos ou em transmissão”.

Por isso, o crime cibernético é uma realidade indesejável em boa parte dos países do mundo onde a tecnologia predomina, em maior ou menor grau. Crime informático, acaba por ser qualquer conduta ilegal, não ética, ou não autorizada que envolva o processamento automático de dados e/ou transmissão de dados.

Paralelo às benesses com o advento da internet, vieram também, atreladas a condutas ilícitas, visando se abster da legislação em virtude da dificuldade de identificar os autores dos crimes, os crimes no âmbito virtual. Tais condutas são conhecidas de diversas formas, como: crimes virtuais, crimes cibernéticos, digitais, informáticos, telemáticos, de alta tecnologia, crimes por computador, crimes de internet, fraude virtual, entre outras.

Nesse meio, tempos a figura do criminoso informático, cujo possui inteligência, conhecimento de sistemas de informações e usos de meios informatizados, mas que se volta a atingir bens tutelados alheios, fazendo-se valer de um novo universo de possibilidades de atuação criminosa.

O Direito Penal, em suma, tem grande importância acerca do assunto, tendo em vista que sua existência adentrou em evidência a partir de tensões e conflitos sociais que, por ora, acabarão destruindo sua vigência, dando margem a novos entendimentos, e, consequentemente, a novos tipos penais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004).

A linha de raciocínio dos doutrinadores citados demonstra como o Direito Penal age, consolidando a ideia de que quando o Direito Penal interrompe seus efeitos e anseios perante a sociedade, acaba por ficar delimitado a um simples exercício do poder por parte do Estado, perdendo a sua efetividade.

Desse modo, precisa ser evidenciado as questões acerca das tarefas que o Direito Penal terá de confrontar frente ao desenvolvimento social que se apresentam e rege a nova sociedade. Nesse diapasão, a Ciência do Direito Penal coloca no banco dos réus as convicções clássicas e deverá proceder à revisão destas, passando a cultivar de forma mais acentuada as premissas supranacionais. É necessário ter em mente que alguns crimes somente tiveram sua aparição acentuada graças a evolução da sociedade, além da revolução tecnológica, e que só pode ser confrontado a partir de uma atuação conjunta, de modo que, regulações distintas e de diferentes intensidades acarretam num verdadeiro “oásis de criminalidade”. Acerca dessa temática, Claus Roxin discorre:

A Ciência Penal terá de proporcionar as bases científicas para um direito penal supranacional em curto prazo, isto é, propiciar o fortalecimento de um Direito Internacional (...) A ciência penal do futuro terá que desenvolver-se sobre fundamentos internacionais em maior medida do que há feito até agora (ROXIN, 2006).

O ciberespaço é um lugar imaginário, que só temos acesso pelo computador, mesmo assim precisa estar ligado à realidade pelo uso que temos feito dele atualmente, transformando-o em um espaço interligado entre o mundo imaginário e o real. Para Terceiro:

Os crimes perpetrados neste ambiente se caracterizam pela ausência física do agente ativo, por isso, ficaram usualmente definidos como sendo crimes no âmbito virtual, ou seja, os delitos praticados por intermédio da internet são denominados de crimes virtuais, devido à ausência de seus autores e seus adeptos (TERCEIRO, 2002).

O que se observa, é que o crime virtual é qualquer conduta antijurídica e culpável, realizada a partir de um meio eletrônico conectado à internet. Segundo Rossini:

O conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade, e a confidencialidade (ROSSINI, 2004).

Cabe salientar que a criminalidade é um fenômeno que tem origem de forma muito similar em todos os países do globo, especialmente, com a acessibilidade proporcionada por intermédio dos meios tecnológicos, sobretudo a Internet, que fomenta para que uma espalhe seus efeitos em qualquer país; assim, há o costume de denominar os delitos perpetrados em ambiente virtual de criminalidade transacional.

Portanto, o futuro do direito penal, não obstante as diferentes leis penais existentes em cada país, exige, no mínimo, uma maior colaboração entre os Estados do globo, para que haja uma eficácia maior de uma suposta investigação e sanção penal aos infratores.

Entretanto, há de se falar que existem alguns mecanismos agindo para a obtenção de êxito quando se trata na segurança jurídica acerca de crimes virtuais, tais como: o controle de acesso subdividido em autorização e autenticação; dispositivos de defesa composto por um sistema ou um corpo de sistemas, que reforça o cumprimento de políticas de controle de acesso; o chamado Virtual Private Network (VPN), que permite uma troca de informações altamente decodificada por intermédio de redes públicas; monitoramento de arquivos de registros gerado pelos serviços de rede;

sistemas compostos de *hardware* e *software* capazes de capturar informações; além da criptografia e assinatura digital (ROSSINI, 2004).

Todavia, a falta de incentivos eficazes ao desenvolvimento de programas mais modernos, bem como a desvalorização de profissionais da área tecnológica, são desafios diários que precisam ser superados para que a internet seja, de fato, uma rede de progresso em prol da coletividade. Ademais, reconhecer que o Direito tradicional não se atualizou em medida igual as novas tecnologias, também demonstra que a legislação aplicável em toda a persecução penal no caso de crimes virtuais precisa de aprimoramento, pois, caso contrário, o processo estará fadado ao fracasso, em virtude da ausência de provas de materialidade delitiva e autoria, ou pelo instituto da prescrição, por exemplo.

3.2 Dificuldades de investigação e repressão dos crimes

Com essa acessibilidade que a tecnologia proporcionou, além do uso exacerbado de aparelhos eletrônicos, o avanço tecnológico ocorre cada dia mais, os crimes virtuais acontecem na mesma proporção, pois os criminosos vão se especializando, porém, as autoridades responsáveis por tratar das investigações e punir os crimes, não acompanharam esses avanços.

Evidencia-se uma grande dificuldade em investigar e punir esses crimes, todavia, diante do fato de muitos delituosos agirem de modo a deixarem o mínimo de suspeitas possíveis, utilizando o mundo tecnológico a seu favor que permite agirem de forma anônima e silenciosamente. Desse modo, aumenta o grau de impasse para identificá-los, tendo em vista que esses infratores fazem uso de dispositivos tecnológicos em locais públicos disponibilizando facilmente o acesso, tendo esses agentes artifícios para agir de forma anônima.

O anonimato está interligado ao lado oculto da internet que poucas pessoas conseguem ter acesso, chamado de *Deep Web*. A *Deep Web* é um local aonde as pessoas trocam arquivos, informações, de forma totalmente anônima, não podendo ser identificadas por mecanismos de busca comuns. Podendo ser acessada através de navegadores como o *TOR* (The Orion Rout), que elimina as “pegadas” de acesso. Muito embora pareça seguro, alguns sites ao serem acessados na rede pode exigir login por intermédio de um navegador comum, facilitando a identificação.

Não obstante, há de se falar também, no despreparo dos profissionais competentes dessaproblemática, que demonstram uma ineficiência altíssima em investigações. Assim como, a carência de incentivo das políticas públicas em fomentar melhores condições de profissionalização e ferramentas para acentuar a investigação.

Constata-se que, tratando-se da prova criminal, por intermédio da perícia, o exame pericial é elaborado com um aparelho similar ao que deveria estar apto, que, ainda por cima, precisa de uma autorização de outra autoridade para o uso.

Assim menciona:

Como no flagrante, onde se consegue o IP (internet protocolo) do computador, porém é necessária a autorização judicial para a obtenção das informações disposta pelo IP, que são localização máquina e os acessos feitos na mesma, contudo os provedores não armazenam tais informações por um longo período. O que compromete a eficácia do trabalho do agente combatente” (FROTA; PAIVA, 2017).

Agora, ao tratar da correlação aos aplicativos sociais de comunicação (*WhatsApp, Facebook, Instagram, Telegram*, entre outros), em que o suporte de proteção de usuários é ineficiente. A proteção é feita através de mecanismos de alertas, uma tecnologia de fácil violação, além de ser pouco eficaz. Esse tipo de proteção acaba por deixar os usuários vulneráveis a supostos ataques virtuais, se fazendo necessário uma melhor associação entre usuários e desenvolvedores/criadores do sistema, acessibilidade para pessoas que não sabem como utilizar o aplicativo, assim como, deixar aparente cartilhas com informações condizentes de como se proteger de crimes como furtos, fraudes, *hackers*, e etc (DOMINGUES; FINHELTEIN, 2005).

Outrora, uma dificuldade extremamente diária é acerca da legislação aplicável aos casos de crimes cibernéticos, que em muitas vezes são inexistentes, ou quando existem, pecam pela falta de técnica, dando margem a interpretações dúbias, o que dificulta a aplicabilidade (FROTA; PAIVA, 2017).

Um exemplo é a Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo um dos primeiros passos importantes dado pelo Legislativo quando se trata de combater os crimes virtuais; uma vez que a referida lei definiu algumas condutas específicas relacionadas a prática de crimes de pornografia infantil no ambiente virtual, suprindo a lacuna legislativa que deixava criminalmente isentos aqueles que tinham armazenados em seus computadores vídeos e fotos atrelados

a essa prática vil (DOMINGUES; FINHELTEIN, 2005).

Desse modo, um dos grandes “vilões” não diz respeito à criação de tipos penais exclusivos aos crimes cibernéticos, mas sim em relação à área “administrativo” da rede, sobretudo em relação à guarda dos logs pelos provedores de acesso.

Como supracitado no presente trabalho, em síntese, ao se obter o endereço de IP utilizado na prática da conduta criminosa, teria a localização do agente criminoso e sua consequente identificação. Entretanto, há variadas formas de se burlar esse tipo de evidência, tais como a utilização dos servidores *proxies*, das redes de *Wi-Fi* abertas, bem como o acesso facilitado por intermédio das denominadas *Lan House*.

Dentre essas redes abertas, consistem locais gratuitos na internet, criadas em função da crescente onda de utilização de *smarthphones* e outros dispositivos de informática portáteis. Porém, por terem características de serem de acesso gratuito e de plena acessibilidade ao público em geral, estas redes permitem o uso de pessoas não identificadas, apresentando-se *aos cibercriminosos* como um leque de oportunidades para a prática de atividades com fins maliciosos, porque, em razão de ser possível ser acessada por qualquer cidadão, estorva a localização de seus usuários, propiciando uma chance maior de êxito por parte dos criminosos, favorecendo a impunidade (OLIVEIRA JUNIOR, 2012).

Portanto, o ideal para um combate mais assertivo frente aos crimes virtuais é um fomento maior no investimento tecnológico que auxilie as investigações criminais; capacitar os profissionais com cursos meramente especializados, bem como o treinamento aos agentes de polícia; a inserção de mais delegacias especializadas, especialmente nos interiores do estado, onde o crime é bem mais recorrente, devido a pouca instrução educacional das pessoas; normativas majoradas, visando leis mais convergentes com as ações da atualidade, tendo em vista que os crimes se adequam ao avanço tecnológico também (HAUSER, 2010).

A tecnologia da informática é privativa de grande complexidade e dinamismo sem igual, o que faz com que os órgãos investigativos e judiciários não estejam adequadamente preparados para lidar com esta nova criminalidade e a cada uma de suas repentinas mudanças (HAUSER, 2010).

Frequentemente, é possível encontrar agentes públicos ineficientes que, por sua vez, exista uma falta técnica de conhecimento específico, esbarra também na falha de

prestação da proteção estatal aos cidadãos nos órgãos responsáveis pela persecução penal.

Entretanto, não é somente a capacitação técnica dos agentes estatais que encarece o sistema investigatório, equipamentos de última geração para um melhor desempenho das investigações dos crimes cibernéticos, caracterizando flagrante, denomina falha do Estado, em sentido amplo, em propiciar um melhor abastecimento dos seus agentes com as “armas” necessárias ao embate contra os infratores do mundo virtual (FRAGOSO, 1983).

Com isso, o ideal é que haja uma melhor preparação dos agentes responsáveis pela persecução penal, bem como o desenvolvimento de uma melhor estrutura organizacional do aparelhamento da polícia investigativa, a fim de que o Estado possa prestar o devido amparo aos cidadãos aos *cibercriminosos*.

4. CIBERCRIMES E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Lei nº 12.737/2012: Lei Carolina Dieckmann

Em 2011, a atriz Carolina Dieckmann teve diversas fotos íntimas subtraídas do seu lap-top particular, e foi coagida para tê-las de volta. Como ela decidiu não ceder à chantagem, suas imagens acabaram sendo publicadas no âmbito virtual, tornando-se inevitável associar esse evento, que envolvia uma conduta lesiva que utilizava um meio informatizado, ao projeto de lei, que passou então a ser conhecido, após sua aprovação, como Lei Carolina Dieckmann (OLIVEIRA JÚNIOR, 2022).

Após esse evento, que gerou grande repercussão na mídia nacional, o legislador deparou numa situação em que não podia mais adiar a aprovação dos projetos de lei que estavam em tramitação e versavam sobre os crimes de informática. Desse modo, foram aprovadas e sancionadas as Leis 12.735 e 12.737, ambas em 30 de novembro de 2012.

A tipificação dos crimes informáticos está prevista no primeiro artigo do referido diploma legal, mas, valendo-se da hermenêutica jurídica, onde se lê “crimes informáticos”, devem ser interpretados como “crimes cibernéticos”. Já o seu segundo artigo, por sua vez, realizou alterações na seção IV do Código Penal brasileiro, que trata dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, visto que se acrescentou ao código penal os artigos. 154-A e 154-B. Destaca-se que ambos os artigos de Lei buscam se precaver de quaisquer violações os dispositivos informáticos, senão vejamos:

Art. 154 – A – Invadir dispositivos informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – detenção, de 3(três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no **caput**.

§2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§4º Na hipótese do §3º aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I – Presidente da República, governadores e prefeitos;

II – Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III- Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou da Câmara Municipal; ou

IV – Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrital Federal.

O caput do dispositivo acima transcrito (Art. 154-A do CP) pode ser considerado o maior avanço proporcionado por essa norma. Isso porque, o legislador visou realizar o combate às principais práticas danosas, denominadas por trazerem transtorno para quem se utiliza ou necessita dessas tecnologias (CABETTE, 2014).

Ademais, os artigos inseridos no código penal brasileiro pela Lei 12.337/12 buscam enfrentar a invasão de dispositivos informáticos alheios, conectados ou não à rede de computador. Importante salientar que se entende por dispositivos informáticos: computador de mesa, *notebook*, *laptop*, *ultrabook*, *tablete*, *Ipad*, *smartphone* e etc. O tipo penal indica, ainda, a necessidade de o dispositivo informático possuir algum mecanismo de segurança, sob pena de ser considerado desprotegido penalmente (NUCCI, 2013).

Dessa forma, tem-se, então, que para haver a conduta tipificada do referido artigo o sujeito ativo deverá invadir, violar, ou transgredir o dispositivo alheio, sem precisar necessariamente estar conectado à rede de computadores, e com a finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações.

Além do mais, na previsão trazida pelo §1º, o qual insere como condutas do tipo normativo produzir, oferecer, distribuir, vender ou difundir, constituem práticas que dependem das condutas típicas previstas no caput do artigo 154-A, ou seja, para cometimento dos ilícitos tipificados nesse parágrafo o sujeito deverá reunir elementos objetivos e subjetivos do tipo.

Agora, ao tratar do terceiro artigo da mencionada lei, o qual alterou a redação do art. 266 do CP, incluindo a figura do tipo normativo o serviço informático, telemático ou de informação de utilidade pública, prevendo, ainda, que a interrupção ou perturbação das novas formas de comunicação seja crime (OLIVEIRA, 2013).

Cabe denotar que, o quarto artigo da Lei “Carolina Dieckmann”, por fim, traz consigo disposições acerca da *vacatio legis*, estipulando que a norma entraria em vigor em 120 dias a partir da sua publicação (COSTA, 2015).

4.2 Lei nº 12.965/2014: Marco Civil da Internet

Visando estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para a utilização da internet no Brasil, foi aprovada a Lei nº 12.965/14, denominada de Marco Civil da Internet, que propunha eximir a ausência de normas no mundo virtual.

A situação pré-Marco Civil era de completa ausência de regulamentação civil da internet no país. Diferentemente do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse âmbito não representa a vitória da liberdade. Ao contrário, gera uma grande insegurança jurídica. Uma das razões é que juízes e tribunais, sem um padrão legal para a tomada de decisões sobre a rede, acabam decidindo de acordo com regras muitas vezes criadas *ad hoc*, ou conforme as suas próprias convicções, resultando em inúmeras decisões judiciais contraditórias (LEMOS; LEITE, 2014).

Cabe salientar que o Marco Civil, apesar de primordialmente a tutela dos direitos civis da internet, também tem aplicação no Direito Penal e Processual Penal, uma vez que estabelece conceitos fundamentais, bem como disciplina formas de obtenção de provas quanto à materialidade e à identificação da autoria delitiva.

Popularmente conhecida como Constituição da Internet Brasileira, o Marco Civil da Internet trouxe consigo uma maneira mais sistemática de princípios objetivos para definir em lei os direitos provenientes da utilização da internet, tais como garantias, direitos e deveres versando sobre o que se pode ou não fazer no âmbito civil, antes de se

criminalizar condutas cometidas no âmbito virtual.

A lei do Marco Civil priorizou princípios como: liberdade, privacidade e Direitos Hu

manos; governabilidade democrática e colaborativa; universalidade; inovação; segurança e funcionalidade; ambiente padronizado e regulatório.

Os princípios ganham destaque expressamente no art. 3º do Marco Civil da Internet:

- Garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal.
- Proteção da privacidade.
- Proteção dos dados pessoais, na forma da lei.
- Preservação e garantia da neutralidade de rede
- Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade.
- Responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei.
- Liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei.

A preocupação com o amparo aos usuários da internet mais uma vez manifestada no diploma legal, garantindo-lhes voz na rede, seja assegurando-lhes acesso seguro e de qualidade ao mundo digital.

Com a conceitualização trazida pelo Marco Civil, é possível padronizar ofícios, petições, mandados judiciais, bem como compreender de forma mais cristalina a dinâmica do ambiente virtual, em termos gerais:

No art. 5 estão elencados alguns conceitos:

Internet

A rede mundial de computadores ou internet possui definição técnica, sendo: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes. Ou seja, de um modo mais amplo, pode-se dizer que se trata de um conjunto de redes interligadas entre si, com alcance global, onde trafegam dados diversos, de características públicas ou privadas (BRASIL, 2014).

Terminal

O terminal é o computador ou qualquer dispositivo que se conecta à internet, tais como celular, *notebook*, *laptop*, *tablet*, etc.

Endereço de protocolo

O endereço de IP é o código atribuído a um terminal (computador, por exemplo) de uma rede para autorizar sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais.

Para um terminal se conectar à internet, deve contar com um provedor de conexão, o qual realizará a atribuição ou autenticação de um endereço de IP, que estará disponível do usuário durante toda a conexão.

Administrador de sistema autônomo

É a pessoa física ou jurídica cujo administra blocos de endereço de IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, o qual deve ser cadastrado no Registro.br, que é o responsável pelas atividades de registro e manutenção dos nomes de domínio.

Conexão à internet

Foi definida como habilitação de um terminal (computador, celular, *tablet*) para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, por intermédio de autenticação de um endereço de IP.

Registro de conexão

O conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração, o endereço de IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados, além do fuso horário respectivo, formam os registros de conexão.

Aplicações de Internet

Tem-se por aplicações de internet o conjunto de funcionalidades que podem ser

disponibilizadas por intermédio de um terminal conectado à internet, como, por exemplo, sites de bancos, redes sociais, contas de e-mails, entre outros.

4.3 Lei nº 13.709/18: Lei de Proteção de Dados

Em uma recente pesquisa realizada em 2019 pela Serasa Experian (2019) denota que 75% dos brasileiros desconhecem ou conhecem bem pouco acerca da Lei de Proteção de Dados. É uma normativa tida como revolucionária, um marco jurídico-regulatório na legislação brasileira que, após sucessivos adiamentos, passou a vigorar em setembro de 2020. Acerca do tema, Bioni afirma:

Os dados pessoais de um indivíduo formam um perfil a seu respeito para a tomada de inúmeras decisões. [...]. Na famosa expressão de Eli Pariser, há uma bolha que, como um filtro invisível, direciona desde a própria interação do usuário com outras pessoas em uma rede social até o acesso e a busca por informação na rede. Doutrina-se a pessoa com um conteúdo e uma informação que giram em torno dos interesses inferidos por intermédio dos seus dados, formando-se uma bolha que impossibilita o contato com informações diferentes (BIONI, 2019).

Ela traz consigo a denominação do que são dados pessoais conforme exposto no seu art. 5º, inciso I, considerando que um dado pessoal é aquela informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. No mesmo art. 5º, inciso II, identifica o que é dado pessoal sensível, que está ligado a origem racial ou étnica, religião, escolhas políticas, opção sexual ou dado referente à saúde. Entretanto, no seu art. 14, a legislação dispõe que o tratamento de dados pessoais sobre crianças e adolescentes, caberá a realização consoante autorização dos pais ou responsáveis legais (MPF, 2022).

4.4 Adesão do Brasil à convenção de Budapeste

A cooperação jurídica internacional é um mecanismo auxiliador dos Estados para amparar o funcionamento da justiça em seus territórios, “por meio do qual um Estado, para fins de procedimentos no âmbito da jurisdição, solicita a outro Estado medidas administrativas ou judiciais que tenham caráter judicial em pelo menos um desses Estados (BRASIL, 2021).

Criada em 2001, os Estados membros do Conselho da Europa, juntamente com outros países, que hoje totalizam sessenta e dois signatários, realizaram a Convenção de Budapeste para criar uma política criminal comum de confronto e repressão aos delitos

“com objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional” (PETRY, 2020).

Sua criação visa frear uma constante e crescente onda de ataques virtuais aos internautas da rede mundial de computadores, bem como uma adequação e uniformização de legislações dos países contra essas condutas criminosas. Ademais, pelo caráter transnacional do cibercrime, a jurisdição de cada país poderia interferir nas investigações, pois a simples coleta de dados poderia ser encarada como uma violação à soberania territorial do país onde se tem o alvo das investigações. Nesse contexto, a Convenção da Budapeste surge para erradicar conflitos territoriais, delimitar a legislação acerca da matéria., melhoras técnicas de confronto, e repressão aos delitos, além de uma cooperação jurídica internacional entre os países filiados (KETHINENI; CAO, 2020).

O documento aborda documentos com diferentes temas, com orientações que denotam uniformizar as medidas adotadas pelos países signatários. Destaca-se no texto do tratado a precaução com as mudanças provocadas pelo advento do mundo digital e a globalização, que acarretam no uso desse mecanismo para cometimento de delitos.

Do mesmo modo que, a Convenção se deu ao trabalho de banalizar os bens jurídicos tutelados, quais sejam, o da segurança da informação e vida privada dos usuários da rede, confiabilidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos (CONSELHO D EUROPA, 2001).

4.5 Posicionamento dos tribunais superiores

Com a inovação do assunto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem cada vez mais se consolidando em julgados para tratar de casos no âmbito digital. Como exemplo, tem-se o julgado a respeito do conflito de competência praticado por meio de redes sociais.

Conflito de competência. Crime de ameaça praticado por WhatsApp e facebook. Âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha. Delito formal. Consumação no local onde a vítima conhece das ameaças. Conflito de competência conhecido. Declarada a competência do juízo suscitado. 1. O crime de natureza formal, tal qual o tipo do art. 147 do Código Penal, se consuma no momento em que a vítima toma conhecimento da ameaça. 2.

Segundo o art. 70, primeira parte, do Código de Processo Penal, "A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração". 3. No caso, a vítima tomou conhecimento das ameaças, proferidas via WhatsApp e pela rede social Facebook, na Comarca de Naviraí, por meio do seu celular, local de consumação do delito e de onde requereu medidas protetivas. 4. Independentemente do local em que praticadas as condutas de ameaça e da existência de fato anterior ocorrido na Comarca de Curitiba, deve-se compreender a medida protetiva como tutela inibitória que prestigia a sua finalidade de prevenção de riscos para a mulher, frente à possibilidade de violência doméstica e familiar. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1º Vara Criminal da Comarca de Naviraí/MS, ora suscitado. (STJ - CC: 156284 PR 2018/0008775-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 28/02/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/03/2018).

O relator ministro Ribeiro Dantas, ao julgar o conflito de competência do caso exposto, utilizou-se do artigo do Código de Processo Penal e estabeleceu que em regra a competência será determinada pelo lugar em que se consumar a infração.

No âmbito das fraudes praticadas pela internet, é importante mencionar conflito de competência nº 145.576, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Conflito negativo de competência. Penal e processual penal. Furto mediante fraude. Transferência bancária via internet sem o consentimento da vítima. Consumação no local da agência onde o correntista possui a conta fraudada. Competência do juízo suscitado. 1. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência fraudulenta, utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção de valores, mantidos sob guarda bancária, sem consentimento da vítima, configura crime de furto mediante fraude, previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal - CP. 2. O delito em questão consuma-se no local da agência bancária onde o correntista fraudado possuía conta, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal - CPP; no caso, na Comarca de Barueri/SP. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barueri/SP, o suscitado. (STJ - CC: 145576 MA 2016/0055604-1, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 13/04/2016, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 20/04/2016).

Em relação ao furto mediante fraude, praticado por transferência bancária pela internet, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o delito se consumou no local da agência bancária, onde o correntista fraudado possuía a conta.

O STJ tem interpretado normas infraconstitucionais em relação aos ilícitos praticados pela rede (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2018).

O tribunal, por exemplo, decidiu manter preso preventivamente um homem que usou a internet para obter fotos e vídeos com conteúdo erótico e depois extorquiu mulheres para não divulgar as imagens.

Por meio das mídias sociais, um rapaz de 19 anos compelia jovens (algumas menores de idade) a enviar fotos e vídeos íntimos e depois exigia que elas lhe entregassem dinheiro e outros bens para não divulgar o material na internet. Ele também estendia as ameaças às famílias das vítimas.

Para o ministro Rogerio Schietti Cruz, relator do caso, ficou nítido que o acusado se aproveitou da vulnerabilidade das vítimas no ambiente virtual para exigir os valores, que eram cada vez mais altos a cada ato de extorsão.

Ao negar pedido de Habeas Corpus, Schietti⁷⁸ destacou que os crimes sexuais virtuais são impulsionados pela oportunidade do anonimato e, independentemente dos aspectos que permeiam a vida pessoal e socioeconômica do criminoso, estariam “diretamente relacionados ao comportamento sexista, comumente do gênero masculino”. O processo está em segredo de Justiça.

4.6 Ameaça

Nas hipóteses de ameaças feitas por redes sociais como o Facebook e aplicativos como o WhatsApp, o STJ tem decidido que o juízo competente para julgamento de pedido de medidas protetivas será aquele de onde a vítima tomou conhecimento das intimidações, por ser este o local de consumação do crime previsto no artigo 147 do Código Penal.

Com base nesse entendimento, a 3ª Seção do STJ, fixou a competência da comarca de Naviraí (MS) para a análise de pedido de concessão de medidas protetivas em favor de mulher que teria recebido pelo WhatsApp e Facebook mensagens de texto com ameaças de pessoa residente em Curitiba (CC 156.284).

O relator, ministro Ribeiro Dantas, destacou que o artigo 70 do Código de Processo Penal estabelece que a competência será, em regra, determinada pelo lugar em que se consumara infração.

4.7 Prova ilícita

O STJ tem adotado a tese de que é ilícita a prova obtida diretamente dos dados

armazenados no celular do acusado. A jurisprudência do tribunal entende que são inválidas mensagens de texto, SMS e conversas por meio de aplicativos como o WhatsApp obtidas diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

4.8 Desafios apresentados

4.8.1 A insuficiência de legislação que regulamente

A lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, intitulada Carolina Dieckmann, trouxe alterações no Código Penal vigente, acrescentando os artigos 154-A e 154-B, assim, originou-se o tipo penal “Invasão de dispositivo informático”, apresentando-se desta forma:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constituí crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do §3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: Presidente da República, governadores e prefeitos; Presidente do Supremo Tribunal Federal; Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Ana Elisa de Ângelo e Ademir Gasques Sanches - O bem jurídico amparado por

estes artigos é a inviolabilidade dos dados informáticos. Busca-se preservar, desta forma, a privacidade e intimidade, constadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O sujeito ativo é qualquer indivíduo que não está licenciado ao acesso as informações. Já o sujeito passivo é qualquer pessoa, podendo esta ser física ou jurídica, proprietária dos dados computacionais (ÂNGELO; SANCHES, 2018).

Porém, uma das maiores críticas acerca da lei encontra-se no sujeito ativo, pois é atípica a conduta de pessoa que invade aparelho computacional próprio para obter dados de outrem que lá estejam, por exemplo, em uma *Lan House*, o proprietário não irá cometer crime se acessar as informações do locador do computador. Desta forma, há falha na lei, pois quem cometeu o crime deveria ser punido, não devendo importar quem quer que o praticou. Outra falha, ou melhor, lacuna, apresentada por esta lei, encontra-se nos “mecanismos de segurança”, uma vez que um usuário inexperiente que não faz uso de aparatos de segurança, como antivírus ou senhas de acesso, não será amparado pelos artigos, sendo o crime atípico.

Além destas falhas, temos a pena apresentada, que é detenção de três meses a um ano, portanto, considerada uma conduta de médio potencial ofensivo. Ademais, este tipo de penalidade permite o cumprimento no regime semiaberto ou imediatamente no regime aberto, podendo até mesmo com base no artigo 44, §2º do Código Penal, ser substituída por pena pecuniária. Há, também, chance de ser substituída por pena alternativa ou restritiva de direitos. Desta forma, uma conduta que pode causar danos irreparáveis a suas vítimas, tem uma punição branda e pouco impactante.

No ano de 2014, foi sancionada a Lei nº 12.965, intitulada “Marco Civil da Internet”. Esta foi produzida com o intuito de preencher as lacunas de nosso sistema jurídico no tocante aos crimes virtuais. Inicialmente, trata dos fundamentos e conceitos, elencando os direitos dos usufruidores. Tipifica princípios, tais como liberdade, neutralidade e privacidade, além de determinar garantias, direitos e deveres no ambiente virtual. Um destaque se dá ao direito e garantia a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (BARRETO, 2016).

Contudo, sabemos que no momento de punição ao desrespeito de tais princípios as penas são plácidas e não atingem um resultado satisfatório. Além disto, para requisições de informações privadas é necessária ordem judicial, não podendo o provedor da internet fornecer dados como IP, senha e login dos criminosos, deixando o trabalho de

investigação moroso. Por mais válida que seja a tipificação de garantias e direitos, tais artigos não abarcam por completo o campo de atividade dos criminosos virtuais, ficando as lacunas à mercê de suprimento advindo de outras legislações, como por exemplo, casos de compras on-line, que são regulamentadas pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Desta forma, a falta de uma legislação específica aos crimes cibernéticos no Brasil traz, em muitos casos, a impunidade dos criminosos, uma vez que determinadas condutas não são tipificadas e as que são, tal como a lei nº 12.737/12, traz lacunas e dúvidas interpretações. Com o avanço tecnológico e o crescente número de usuários, se torna indispensável a criação de uma lei que defina as condutas criminosas praticadas no meio virtual, com penas destinadas aos seus agentes proporcionais aos resultados danosos que estes produzem.

4.8.2 Dificuldade na determinação da autoria destes crimes

Ocorre que, nos crimes cibernéticos a imputação objetiva ao autor do crime e sua comprovação é muito difícil frente à ausência física do sujeito ativo, pois em sua maioria utilizam dados inverídicos de endereço de suas máquinas, ocorrendo assim uma camuflagem dos dados, que somente com uma investigação detalhada é possível se chegar aos criminosos. E frente à importância da identificação do autor do crime, surgiu a necessidade de se criar um perfil denominado para esses grupos que praticam determinados crimes virtuais, dentre essas nomeações temos a figura do hacker.

“Os hackers, sujeitos com conhecimentos especiais de informática, eletrônica e redes de computadores, são, em geral, os responsáveis pela maioria dos delitos cometidos com o uso dos computadores e da internet” (SANCHEZ, 2011).

Ou seja, os hackers são pessoas que acessam sistemas computacionais para modificar softwares, hardwares e aplicam seus conhecimentos para desenvolver e adaptar soluções de segurança e apontar possíveis falhas nesses sistemas, bem como para prejudicar terceiro.

4.8.3 Conflito de competência

Hernandes conceitua competência como “a delimitação, previamente estabelecida em lei, desse poder de julgar”, e continuando neste raciocínio, afirma ser “o

espaço, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão estatal, investido do poder de julgar, exerce sua jurisdição” (HERNANDES, 2015).

Faz-se necessário para uma correta interpretação acerca da determinação da competência de julgamento dos crimes cibernéticos, entender primeiramente qual o lugar que se considera para fins jurídicos, como sendo o local onde são cometidos tais crimes, seja por meio da internet/dispositivos ou contra estes, uma vez que os crimes desta seara, são capazes de ultrapassar os limites territoriais internos do nosso país, e ainda torna-se importante verificar qual o tempo de realização desse tipo de crime (HERNANDES, 2002).

5. CONCLUSÃO

O trabalho teve como principal objetivo demonstrar como a cooperação jurídica internacional e, especialmente, a Convenção de Budapeste, o mais importante tratado sobre cibercrime, são mecanismos indispensáveis na pressão dos crimes cibernéticos no Brasil. Em uma sociedade extremamente conectada, a ocorrência de ilícitos no meio digital cresce exponencialmente no dia a dia, conforme o ser humano fica mais dependente da internet e de dispositivos eletrônicos, seja para o uso profissional ou pessoal. É quase impossível imaginar uma sociedade sem as facilidades que a internet proporciona. Pode-se afirmar que o Brasil, embora seu esforço exorbitante na criação de leis que busquem auxiliar a segurança nacional, como o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados e as novas leis que preveem as mais recorrentes condutas delitivas no ciberespaço, ainda assim, não dispõe de meios suficientes para coibir de forma eficaz a prática de crimes informáticos, por diversos fatores, como ausência de criminalização de alguns ataques cibernéticos considerados pertinentes, por carência da estrutura tecnológica da polícia judiciária para realizar investigações ou, ainda, pela morosidade da justiça.

Desse modo, mesmo na perspectiva da política de controle, não basta uma legislação que incrimine determinadas condutas ilícitas, enquanto persiste uma série de entraves à persecução penal, como é o caso da adoção de teoria territorial incompatível com a modalidade de crime cibernético e a redação das normas que reproduzem interpretações dúbias, como a do artigo 154-A do Código Penal, por exemplo.

Frisa-se, não há de se olvidar que o Direito Penal configura como *última ratio* no

ordenamento jurídico e se está longe de querer transpassar um viés exclusivamente punitivista com o presente trabalho. Todavia, também não se pode desconsiderar que muitas condutas criminosas no meio virtual ainda apresentam ameaças e não possuem tipificações, abrindo espaço para a impunidade dessas ações, e outras que seque são conhecidas ainda, tendo em vista que em se tratando de tecnologia, informática e meio virtual, todos os dias se descobre novidades.

Baseado em tudo isso, o investimento em capacitação e estrutura tecnológica também representa grande parte no objetivo. Existem diversos instrumentos que podem ser usados para diminuir a incidência dos crimes cibernéticos, como, por exemplo, a criação de um grupo especializado em diversas áreas do conhecimento, para que possam analisar as qualidades e deficiências legislativas, propondo maneiras mais eficazes de assegurar a proteção do sistema e dos usuários; a promoção de cursos, em instituições educativas, enfatizando sobre os riscos existentes na internet e sobre posturas éticas que devem ser seguidas quando se está conectado em uma rede; a instalação de medidas de segurança aos usuários, a criação de agências especializadas na repressão dos crimes, dentre outras medidas.

O Brasil tem capacidade e poderio financeiro para reprimir a marginalidade cibernética. Nos últimos anos, um grande avanço no arcabouço legislativo interno de preocupação com a segurança virtual, que tem aptidão de incorporar a Convenção de Budapeste em seu ordenamento, o que promoverá apenas benefícios aos pais.

Por outro lado, a criação, em âmbito nacional e internacional, de divisões policiais especializadas na investigação de *ciber Crimes* permitiria a concentração de esforços e o compartilhamento de *know-how* tecnológico específico, os quais convergiriam ao favorecimento do combate e prevenção de *crimes cibernéticos*. A realização de uma investigação preliminar no espaço *cibernético*, por intermédio de unidades policiais de investigação especializadas em crimes informáticos, asseguraria a manutenção da integridade de vestígios e provas simultaneamente em que possibilitaria a adequação dos organismos policiais à velocidade dos crimes digitais. Deve-se levar em consideração, todavia, que a busca incansável por indícios de autoria e materialidade delitiva pode ensejar o transgressor e a violação de direitos e garantias fundamentais como *privacidade* e o *devido processo legal*. Com isso, só haveria o sobrepujamento da via célere em detrimento de valores consolidados na Constituição Federal como inerentes

aosujeito que é alvo de qualquer investigação.

REFERÊNCIAS

ÂNGELO, Ana Elisa; SANCHES, Ademir Gasques. **Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66527/insuficiencia-das-leis-em-relacao-aos-crimes-ciberneticos>, 2018. Acesso em: 15/10/2022.

BENSON, V; MCALANEY, J; FRUMKIN, L. A. Emerging Threats for the Human Element and Countermeasures in Current Cyber Security Landscape. In **Psychological and Behavioral Examinations in Cyber Security** (pp. 266-271). IGI Global, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais e os limites do consentimento**. Editora Forense, publicado em 2019. Acesso em: 14/10/2022.

BRANCO, D. C. **Esses são 5 principais métodos usados pelos criminosos para roubar senhas, 2022**. Canaltech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/esses-sao-5-princi-pais-metodos-usados-pelos-criminosos-para-roubar-senhas-207181/>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3688-3-outu-bro-1941-413573-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Dolo%20e%20culpa-,Art.,de%20outra%2C%20qualquer%20efeito%20jur%C3%ADdico>. Acesso em: 14/10/22.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Palácio do Planalto, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/10/22.

_____. Ministério da Ciência e Tecnologia. Secretaria de Política de Informática e Automação. **Evolução da internet no Brasil e no mundo**. 2000.

CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Cybercrime x cyberbullying**. 2017. <https://canalciencia-criminais.jusbrasil.com.br/artigos/547931721/cybercrime-x-cyberbullying>. Acesso em: 13 out. 2022.

CARDOSO, Lucas de Holanda M. **O direito na era digital: O Cibercrime no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2017. Disponível em: [1611400792P734.pdf](https://femanet.com.br/1611400792P734.pdf) (femanet.com.br) Acesso em 14 de out. de 2022.

CASTRO, Aldemario Araujo. **A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público**. Disponível em:

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13308-13309-1-PB.pdf>. Acesso em: 15/10/2022.

_____. **Internet e os Tipos Penais que Reclamam Ação Criminosa em Público**. In: Webly.com.br/fórum/lofiversion/index.php/t11293.html>. Acesso em 15/10/22.

COLHADO, J. G. **Conceito de Crime no Direito Penal brasileiro**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 13/10/22.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4ª Edição. Salvador: Jus-PODIVM, 2016.

DAOUN, Alexandre Jean.; BLUM, Renato Opice. Cybercrimes. In: LUCCA, N.; SIMÃO FI-LHO, A. (coord.). **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000;

DIAS, V. M. A problemática da investigação do cibercrime. DATAVENIA. **Revista Jurídica Digital**. Ano 1. N.º 01. julho-dezembro 2012. Disponível em: https://www.datavenia.pt/fi-cheiros/edicao01/datavenia01_p063-088.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

DUFFER, C. **Aprendendo Pentest com Python**. Ed: Novatec. São Paulo, 2016.

ESTADÃO. **Crimes Virtuais afetam 42 milhões de brasileiros**. 2017. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,crimes-virtuais-afetam-42-milhoes-de-brasileiros,70001644185>. Acesso em: 13/10/22.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.;

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GARCIA, P. S. et al. **A influência da injustiça organizacional na motivação para a prática de crimes cibernéticos**. ISTEM J. Inf.Syst. Technol. Manag. 15; 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/jistm/a/3Qj7Xvdg9Sd3T6RFNHvSbWB/?lang=pt>. Acesso em: 03 out. 2022.

GERCKE, M. **Understanding cybercrime: Phenomena, challenges and legal response**. ITU Telecommunication Development Sector, 380. 2014.

GOMES, Flávio Luiz. **Crimes informáticos**. Disponível em: www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 15 out. 2022.

HAUSER, Ester Eliana. **Política Criminal**. Ijuí, 2010.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Crimes na Internet**. 2º ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009;

JESUS, Damásio de; MILAGRES, José Antonio. **Manual de crimes informáticos** São Paulo: Saraiva, 2016;

KETHINENI, Sesha; CAO, Ying. The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity. **Sage Journals**, v. 30, n. 3, set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1177/1057567719827051>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1057567719827051>. Acesso em: 13 out. 2022.

KINAST, P. **10 golpes mais comuns na internet**. Oficina da net. 2022. Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/internet/39464-golpes-mais-comuns-internet>. Acesso em: 18 out. 2022.

LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. Campi-nas, SP: Ed. Millennium, 2005.

LINS, B. F. E. **A evolução da internet: uma perspectiva histórica**. Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, 2013- 04.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

OLIVEIRA, Anderson Soares Furtado. **Crime por Meios Eletrônicos**. Brasília: Universidade Gama Filho, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

RAMOS, J. E. M. **História da Internet**. Sua pesquisa. com. 2020. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/internet/>. Acesso em: 15 out. 2022.

REINALDO FILHO, Demócrito. **O projeto de lei sobre crimes tecnológicos (Pl nº 84/99)**. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5447/o-projeto-de-lei-sobre-crimes-tecnologicos-pl-n-84-99/2>. Acesso em: 18 out. 2022.

REVISTA COBERTURA. **Crimes Cibernéticos no Brasil**. Disponível em: <http://www.re-vistacobertura.com.br/2018/02/19/brasil-e-segundo-pais-com-maior>

numero-de-vitimas-de- crimes-ciberneticos/. Acesso em: 13/10/22.

RODRIGUES, Silva. **Crimes de Informática**. São Paulo. BH Editora, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito penal e sistema informático**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

SOUZA, T. **História da Internet**: quem criou e quando surgiu. Toda matéria. 2022. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/historia-da-internet/>. Acesso em: 14 out. 2022.

TERCEIRO, Cecilio da Fonseca Vieira Ramalho. **O problema na tipificação penal dos crimes virtuais**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3186/o-problema-na-tipificacao-penal-dos-crimes-virtuais>. Acesso em: 15/10/22.

VIANA, A. P. **Crimes virtuais e a necessidade de uma legislação específica**. 2017. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crimes-virtuais-e-necessidade-de-uma-legisla%C3%A7%C3%A3o-especifica>. Acesso em: 15 out. 2022.

ORGANIZADOR

Felipe Cardoso Rodrigues Vieira

Analista Judiciário da Área Administrativa (Analista Administrativo) do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (2021 - Atual); Anteriormente Escrivão de Polícia Civil 2ª Classe da Polícia Civil do Estado do Piauí (2016 - 2021); Bacharel em Direito pela Uninassau Parnaíba-PI (2018 - 2021) e Faculdade Pitágoras ICF Teresina-PI (2022 - 2023); Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí (2021 - 2023); Especialista em Direito Público e em Advocacia na Fazenda Pública pela Faculdade Legale (2022 - 2023); Especialista em Direito Constitucional e em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale (2020 - 2021); Especialista em Análises Clínicas e Microbiologia pela Universidade Candido Mendes (2017). Farmacêutico pela Universidade Federal do Piauí (2009-2015). Realizou um ano letivo em graduação sanduíche pelo CNPq (programa Ciência sem Fronteiras) na Faculdade de Farmácia da Universidade do Porto (2012-2013), na cidade de Porto, Portugal.

ISBN 978-659809043-2



9 786598 090432

thesis editora
científica