



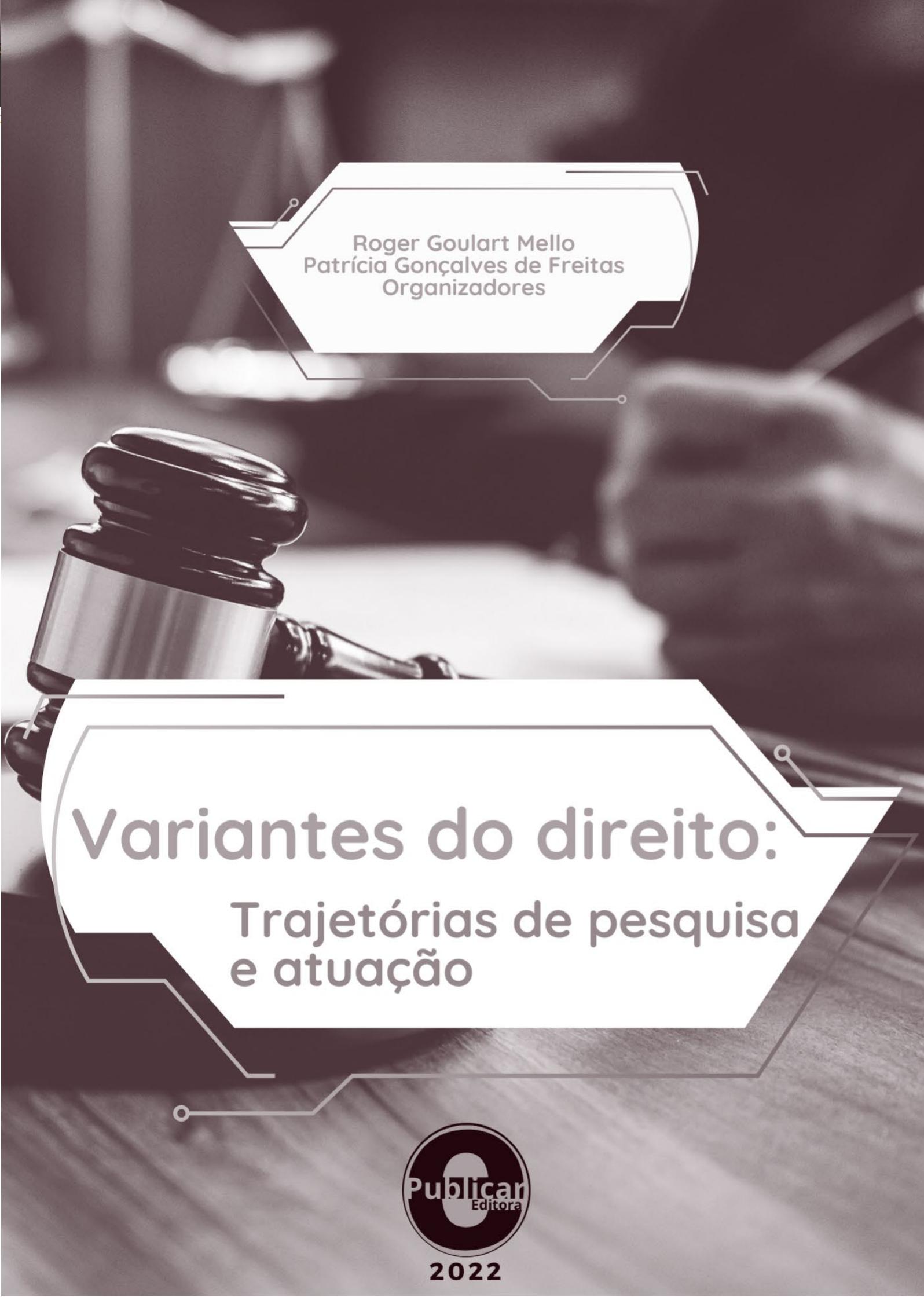
Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
Organizadores

Variantes do direito:

Trajetórias de pesquisa
e atuação



2022



Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
Organizadores

Variantes do direito:

Trajetórias de pesquisa
e atuação



2022

2022 by Editora e-Publicar
Copyright © Editora e-Publicar
Copyright do Texto © 2022 Os autores
Copyright da Edição © 2022 Editora e-Publicar
Direitos para esta edição cedidos à Editora e-Publicar
pelos autores

Editora Chefe

Patrícia Gonçalves de Freitas

Editor

Roger Goulart Mello

Diagramação

Roger Goulart Mello

Projeto gráfico e Edição de Arte

Patrícia Gonçalves de Freitas

Revisão

Os autores

**VARIANTES DO DIREITO: TRAJETÓRIAS DE PESQUISA E ATUAÇÃO,
VOLUME 1.**

Todo o conteúdo dos capítulos, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Conselho Editorial

Alessandra Dale Giacomini Terra – Universidade Federal Fluminense

Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Andrelize Schabo Ferreira de Assis – Universidade Federal de Rondônia

Bianca Gabriely Ferreira Silva – Universidade Federal de Pernambuco

Cristiana Barcelos da Silva – Universidade do Estado de Minas Gerais

Cristiane Elisa Ribas Batista – Universidade Federal de Santa Catarina

Daniel Ordane da Costa Vale – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Danyelle Andrade Mota – Universidade Tiradentes

Dayanne Tomaz Casimiro da Silva - Universidade Federal de Pernambuco

Diogo Luiz Lima Augusto – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Elis Regina Barbosa Angelo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ernane Rosa Martins - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás

Fábio Pereira Cerdera – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Francisco Oricelio da Silva Brindeiro – Universidade Estadual do Ceará

Glaucio Martins da Silva Bandeira – Universidade Federal Fluminense

Helio Fernando Lobo Nogueira da Gama - Universidade Estadual De Santa Cruz

Inaldo Kley do Nascimento Moraes – Universidade CEUMA

João Paulo Hergesel - Pontifícia Universidade Católica de Campinas



2022

Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Jordany Gomes da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Jucilene Oliveira de Sousa – Universidade Estadual de Campinas
Luana Lima Guimarães – Universidade Federal do Ceará
Luma Mirely de Souza Brandão – Universidade Tiradentes
Mateus Dias Antunes – Universidade de São Paulo
Milson dos Santos Barbosa – Universidade Tiradentes
Naiola Paiva de Miranda - Universidade Federal do Ceará
Rafael Leal da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Rita Rodrigues de Souza - Universidade Estadual Paulista
Rodrigo Lema Del Rio Martins - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Willian Douglas Guilherme - Universidade Federal do Tocantins

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

V299 Variantes do direito [livro eletrônico] : trajetórias de pesquisa e atuação: volume 1 / Organizadores Roger Goulart Mello, Patrícia Gonçalves de Freitas.– Rio de Janeiro, RJ: e-Publicar, 2022.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5364-005-4

1. Direito – Brasil. 2. Legislação brasileira. I. Mello, Roger Goulart. II. Freitas, Patrícia Gonçalves de.

CDD 340

Elaborado por Ana Carolina Silva de Souza Jorge – CRB6/2610

Editora e-Publicar

Rio de Janeiro – RJ – Brasil
contato@editorapublicar.com.br
www.editorapublicar.com.br



2022

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que a Editora e-Publicar vem apresentar a obra intitulada “Variantes do direito: Trajetórias de pesquisa e atuação, Volume 1”. Neste livro, engajados pesquisadores contribuíram com suas pesquisas. Esta obra é composta por capítulos que abordam múltiplos temas da área.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Editora e-Publicar

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	10
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: IMPLEMENTAÇÃO E RESULTADOS PRÁTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
	Gabriel Guidolini Marques Alexandre Jacob
CAPÍTULO 2	21
A ESPETACULARIZAÇÃO DE NOTÍCIAS CRIMINAIS: A TENSÃO ENTRE A MÍDIA E O DIREITO DOS ACUSADOS	21
	Vanessa Yume de Souza Dinizz Diego Bianchi de Oliveira
CAPÍTULO 3	43
TERCEIRIZAÇÃO: AS PRINCIPAIS MUDANÇAS DA REFORMA TRABALHISTA	43
	Larissa Carlota Moreira Araújo Uérlei Magalhães de Morais
CAPÍTULO 4	60
ADEQUAÇÕES DAS PLATAFORMAS VIRTUAIS DE ENTREGA DE ALIMENTOS FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.....	60
	Franciele Karla Busanelo Kássia Costa Matheus Pauletto Bisognin Vagner Facco Martins
CAPÍTULO 5	72
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA GESTÃO DE ESTABELECIMENTOS PENAIS NO BRASIL: DELEGAÇÃO DE ATIVIDADE PRÓPRIA DE ESTADO?	72
	Otávio Martins Finger
CAPÍTULO 6	84
ACIDENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS NA CATEGORIA DOS TRABALHADORES DA CONSTRUÇÃO CIVIL	84
	Maria Clara Da Silva Moreira Simone Maria da Silva
CAPÍTULO 7	108
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E TRABALHISTAS X CONDIÇÕES DE TRABALHO: INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÓPTICA DA CLASSE DE ENFERMEIROS DA UPA DA CIDADE DE URUAÇU, GOIÁS, NA ATUAÇÃO CONTRA O COVID-19.....	108
	Camilla Monteiro Dos Reis Simone Maria Da Silva

CAPÍTULO 8 134
POVOS ORIGINÁRIOS E DIREITOS ANCESTRAIS: ANÁLISE DOS ARTIGOS 231 E 232
DA CF/88 134

DOI: 10.47402/ed.ep.c202210768054

Adriana Romano
Luzia Bueno

CAPÍTULO 9 146
A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO IPVA COMO INSTRUMENTO ECONÔMICO DE
ESTÍMULO À PROTEÇÃO AMBIENTAL 146

DOI: 10.47402/ed.ep.c202210779054

Alex Silva Gonçalves
Williams Antony Souza Andrade

CAPÍTULO 10 162
AS CRIANÇAS DO CÁRCERE: UMA REPRODUÇÃO DE VIOLÊNCIA
INSTITUCIONALIZADA? 162

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022107810054

Rita Maíla Simões da Rosa
Priscila Werner

CAPÍTULO 11 192
MECANISMOS JURÍDICOS DE PRESERVAÇÃO DE SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS EM
ÁREA SUJEITA A USUCAPIÃO– ÁREA DA UNIÃO PERTENCENTE AO IPHAN ... 192

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022107911054

Thiago Domingos Marques
Rodrigo Boeing Althof

CAPÍTULO 12 214
REFLEXÕES SOBRE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO APLICADA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO 214

Leandro Paiva do Monte Rodrigues
Ítalo Barbosa Leôncio Pinheiro
Antony Davi Rosendo da Silva
Amyna Karília Mendonça Tavares
Ednaldo Fernandes de Almeida
José Iran Lima da Costa Filho
Raitiyssa Brendha Dantas Pessoa Balbino

CAPÍTULO 13 228
ADICIONAL DE PENOSIDADE E SUA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO
ESPECÍFICA PARA FINS DE EFEITOS *ERGA OMNES* 228

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022108013054

Alexandre Cavalcanti Boleira Lopo

CAPÍTULO 14 241
ADOÇÃO INTERNACIONAL: UMA SOLUÇÃO EXCEPCIONAL OUPRIMORDIAL À
LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?
..... 241

Rafaela Macedo Gomes
Andréa Grandini José Tessaro

CAPÍTULO 15 259
INFÂNCIA EM REGIME FECHADO: DA PROTEÇÃO INTEGRAL À REALIDADE DA
CRIANÇA RECLUSA EM DECORRÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL MATERNA 259

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022108115054

Helora Pereira Gabriel Freitas
Maria Eduarda Delfino das Chagas

CAPÍTULO 16 274
A POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO DO SOBRENOME DOS GENITORES EM RAZÃO
DO ABANDONO AFETIVO 274

Victor Hugo Pires
Andréa Grandini José Tessaro

CAPÍTULO 1

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: IMPLEMENTAÇÃO E RESULTADOS PRÁTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriel Guidolini Marques
Alexandre Jacob

RESUMO

Trata de procedimento no campo do Direito processual penal. A pesquisa analisa o surgimento da audiência de custódia no mundo jurídico e seus reflexos no processo penal brasileiro. Por meio de levantamento bibliográfico e legislativo, conceitua o instituto e apresenta seu histórico e evolução no Direito brasileiro, a partir de tratados internacionais até a alteração legislativa. Apresenta seus objetivos e os impactos com relação aos princípios constitucionais e processuais penais. Consta que, desde sua criação em 2015 até os dias atuais houve mudanças significativas no contexto processual penal. Verifica impactos positivos no combate às prisões ilegais, garantias às pessoas presas e redução do encarceramento como regra. Conclui que o instituto tem sido eficaz na tentativa de garantir direitos fundamentais à pessoa presa e sanar a crise penitenciária brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual penal. Princípios constitucionais. Princípios processuais penais. Audiência de custódia. Resultados positivos.

INTRODUÇÃO

A pesquisa trata de procedimento no campo do Direito processual penal, qual seja, a audiência de custódia, visando identificar impactos da sua utilização desde seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro. A audiência de custódia surge no cenário mundial a partir de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil foi signatário e representa importante avanço no procedimento penal em relação ao procedimento existente, especialmente no tocante à possibilidade de alteração de estado de prisão do suspeito, o que, por si só, já tem o condão de fazer prospectar um impacto na quantidade de prisões ocorridas no país.

É fato notório que o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas da China e dos Estados Unidos e que as políticas de encarceramento em massa mantêm o Brasil dentre os vinte países com maiores índices de encarceramento mundial. Em 2019 a média era de 338 pessoas presas a cada 100 mil habitantes, somados presos provisórios (que ainda não possuem condenação) e definitivamente condenados (DEPEN, 2020).

Embora o encarceramento não seja visto como um problema para a maioria das pessoas que estão fora do contexto do crime, fato é que o aumento da criminalidade impacta o bem-



estar e a qualidade de vida das pessoas, independentemente de terem alguma relação com o fato criminoso, sendo problema de toda a sociedade qualquer alteração no contexto da segurança pública. Dessa forma, a pesquisa se mostra atual, necessária e relevante, em especial para o acadêmico e operadores do Direito em geral, pela sua importância no atual cenário brasileiro.

Por outro lado, devido ao encarceramento em massa produzido ao longo dos últimos cinquenta anos, não são raras as denúncias de prisões desnecessárias ao processo penal, tendo em vista a superação de sua motivação no momento do decreto, o que iniciou com a adoção da audiência de custódia no ordenamento jurídico em 2015 e culminou com a reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº. 13.964 no final de 2019. Neste contexto, a pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: quais os principais impactos advindos da realização das audiências de custódia no processo penal brasileiro?

A hipótese é que o impacto tenha sido positivo no sentido de constituir um controle prévio da legalidade das prisões efetuadas no país, o que reflete no encarceramento e na qualidade dessa prisão durante a instrução processual.

O objetivo da pesquisa é analisar o impacto da implementação da audiência de custódia desde sua adoção em 2015 e reflexos no processo penal. Para tanto é preciso estudar a legislação aplicada ao tema; identificar os procedimentos e requisitos formais para realização da audiência de custódia; averiguar se os princípios constitucionais e processuais penais são mantidos ou mitigados neste procedimento; examinar o posicionamento dos tribunais superiores com relação ao tema e seus objetivos, em especial o controle de convencionalidade, a prevenção contra abusos policiais e possível solução da crise carcerária nacional; levantar a percepção dos operadores do Direito sobre o caso.

Trata-se de pesquisa descritiva e exploratória, de cunho bibliográfico, sendo fontes primárias a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e o Código de Processo Penal (1941) e secundárias as obras de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2013), e Caio Paiva (2015), além de pesquisas nos sites oficiais dos tribunais superiores e artigos de opinião sobre o tema, dentre outras.

DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEU HISTÓRICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A audiência de custódia, como citam Aury Lopes Júnior e Caio Paiva (2014), consiste no direito do cidadão preso de ser conduzido, em até 24 horas, à presença de uma autoridade



judicial, para que sejam sanados eventuais atos de maus-tratos ou de tortura e para que se propicie um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

Deste modo, a audiência de custódia se apresenta como uma garantia de direitos fundamentais ao preso na segurança de não ser submetido a um encarceramento indevido e de poder contar com uma atuação responsável de agentes estatais encarregados de sua prisão.

A audiência de custódia tem origem em Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. São estes a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque.

Versa o artigo 7º, itens 5 e 6 do Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 7º [...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa (BRASIL, 1992b).

Ademais, o artigo 9º, itens 3 e 4 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque destaca:

Artigo 9º [...]

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal (BRASIL, 1992a).

Por um longo período de tempo a audiência de custódia não encontrou amparo no ordenamento jurídico brasileiro, nem no que tange a sua existência nem acerca de orientações procedimentais para sua realização, o que gerou debates calorosos a respeito de sua constitucionalidade perante a ausência de legislação nacional sobre o tema.



No que se refere a este ponto, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2013) citam que não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas de outra natureza, e diz ainda que os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido.

Da leitura do artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil vê-se:

Art. 5º [...]

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Embora o referido dispositivo valide o que fora acordado em tratados internacionais, não havia nenhuma regulamentação nacional que desse diretrizes quanto a realização das audiências de custódia no Brasil.

Tal lacuna foi exposta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 (ADPF 347), ocasião em que o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a realização das audiências de custódia em todo o território brasileiro, o que culminou na Resolução nº. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que então instrumentalizou as audiências de custódia.

Porém, as discussões doutrinárias não se encerraram com a Resolução nº. 213 do CNJ. Isso porque o CNJ pertence ao Poder Judiciário e a CRFB/1988 prevê que compete, privativamente, à União (Poder Legislativo) legislar sobre direito processual penal (artigo 22, inciso I).

Finalmente, a audiência de custódia foi abarcada pelo direito processual brasileiro com o Pacote Anticrime, como ficou conhecida a Lei nº. 13.964/2019. Dos dispositivos presentes na legislação alteradora, destaca-se a nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP):

Art. 310 Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I – Relaxar a prisão ilegal; ou

II – Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941).



Desse modo, consolidou-se a figura da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

DO CABIMENTO E OBJETIVOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Ao observar o histórico do surgimento da audiência de custódia desde os Tratados Internacionais citados, passando pela Resolução nº. 213/2015 do CNJ e culminando com a alteração do Código de Processo Penal, constata-se que a audiência de custódia é cabível em mais de um tipo de prisão, e não apenas para as prisões em flagrante como nos sugere o artigo 310 do CPP.

Da análise da redação do *caput* do artigo 310 do CPP, entende-se que a audiência de custódia deve ser realizada apenas nos casos de prisões em flagrante. Cumpre destacar, que este artigo está no capítulo da prisão em flagrante do CPP. Em contrapartida, destaca-se o artigo 287 do mesmo diploma legal: “Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia” (BRASIL, 1941).

Isto posto, diferente do que se compreende com a leitura isolada do artigo 310 do CPP, ao estudar outros dispositivos que regulamentam a audiência de custódia, vê-se que esta é compatível com qualquer espécie de prisão cautelar, seja ela preventiva, temporária ou em flagrante.

Como já mencionado, a audiência de custódia tem a finalidade de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, evitar a prática de tortura aos presos pelos policiais, coibir prisões ilegais ou desnecessárias e, ainda, diminuir a população carcerária no Brasil. Em suma, trata-se, em verdade, da busca pela promoção de um espaço democrático em que direitos fundamentais estão garantidos e o magistrado possa tomar uma decisão humanitária acerca da legalidade e da necessidade da prisão, podendo resolver por colocar o encarcerado em liberdade se assim julgar.

Quanto aos objetivos, destaca-se ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Trata-se de um controle de convencionalidade. Segundo Caio Paiva (2015), é a finalidade primordial da audiência de custódia. Refere-se ao ajuste necessário no ordenamento jurídico para que esteja em conformidade com os Tratados ratificados.

Uma vez que o Brasil ratifica os diplomas internacionais em comento, torna as normas destes equivalentes ao que tipifica a CRFB/1988 sobre matérias de direitos fundamentais.



Sendo assim, não pode o Estado se manter omissivo na garantia de direitos que o próprio revela como fundamentais.

No tocante à prevenção de maus-tratos ou tortura policial, a apresentação imediata do encarcerado ao juiz visa também evitar que o preso sofra qualquer tipo de maus-tratos ou atentado à integridade física. Insta salientar que a preocupação com a prática de tortura por parte de policiais é assunto de ordem internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a audiência de custódia atua “para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física” (CIDH, 2005). Não fosse o bastante, a referida Corte ainda preza por destacar que “tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal” (CIDH, 1999).

No âmbito nacional, a CRFB/1988 no artigo 5º, inciso II, prescreve que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). Sendo assim, não possuem amparo legal as prisões efetuadas por meio de tortura, seja física ou psicológica, pois violam os direitos fundamentais de qualquer pessoa.

Quanto ao coibir prisões ilegais ou desnecessárias, é patente o prejuízo de defesa do cidadão preso que tem sua apreensão fundamentada apenas no auto de prisão redigido pela própria autoridade policial que o algemou. Com a apresentação ao juiz, o preso tem a oportunidade de se manifestar na presença de seu defensor, o que garante o cumprimento dos princípios de paridade de armas e da excepcionalidade da prisão cautelar, além da possibilidade de confirmar se a prisão foi de fato a *ultima ratio*.

Outrossim, não se faz necessário que presos primários que cometeram delitos de menor potencial ofensivo, que possuem emprego lícito e domicílio comprovado, permaneçam presos e sejam encarcerados com outros detentos mais perigosos que potencialmente o agrediriam ou até mesmo o aliciariam para o crime organizado.

Com relação à diminuição da superlotação dos presídios brasileiros, a realidade do sistema prisional brasileiro é incompatível com as garantias de direitos fundamentais. Dados do estudo Sistema Prisional em Números, divulgado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) apontam que, em 2019, o Brasil tinha vagas em presídios para 437.912 pessoas e um total de 729.949 pessoas presas, o que representa uma lotação aproximada de



166%. O mesmo estudo mostra que 1.424 presos morreram em presídios no ano de 2018 (CNMP, 2021).

Para mais, ressalta-se que, antes das audiências de custódia, o Brasil ostentava o número de cerca de 250 mil pessoas presas aguardando julgamento e que a velocidade em que aumentava a população prisional era incompatível com a criação de novas vagas prisionais. Tais números são ainda mais preocupantes devido ao fato de cada pessoa presa custar aos cofres públicos cerca de R\$3.000,00 (três mil reais) por mês (CNJ, 2016).

Devido a esse cenário, a apresentação sem demora do preso à autoridade judicial, traz consigo o intuito de revelar a real necessidade do encarceramento do sujeito, observada a decretação da prisão como *ultima ratio*, como comentado anteriormente.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS PRESENTES NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Não há dúvidas de que a audiência de custódia é firmada em princípios constitucionais e processuais penais. O instituto traz em sua essência a garantia de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive o âmago de que tais princípios não sejam ignorados.

Inicialmente, destaca-se o princípio constitucional da presunção da inocência. Neste, há o real interesse de averiguar se de fato houve a prática de um crime. De acordo com o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Contrário do que se observa nos presídios nacionais, onde milhares de presos sequer foram julgados.

Ademais, vale ressaltar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da carta constitucional brasileira, que diz respeito ao direito da parte de utilizar de todos os meios de prova disponíveis para sua defesa. No âmbito penal, a audiência de custódia é instrumento que contribui com o cumprimento deste princípio.

Não obstante, salienta-se o princípio processual penal da verdade real. Aqui, busca-se uma elucidação completa dos fatos, fazendo o magistrado não se basear apenas em informações constantes nos autos. É inegável que o contato imediato com o preso corrobora para o conhecimento de maiores detalhes sobre o suposto fato criminoso.

RESULTADOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DESDE SUA ENTRADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Seis anos após o início da realização das audiências de custódia no país, o que deu cabo à omissão do Estado perante o dever de realizá-las, os resultados disponibilizados pelo CNJ, por intermédio do Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC), confirmam o acerto da prática que além de contribuir com o desafogamento das penitenciárias nacionais impactou drasticamente nas finanças públicas (CNJ, 2021).

Dados do CNJ revelam que desde seu início em 2015 até fevereiro de 2021, 31% (trinta e um por cento), isto é, cerca de 250 mil dos casos, resultaram em liberdade, resultado que prova o excelente cumprimento dos deveres de prevenir prisões ilegais ou desnecessárias e de diminuir a superlotação das penitenciárias nacionais. Não fosse o bastante, a quantidade de pessoas que deixou de entrar no sistema prisional, a medida ainda economizou os cofres públicos um montante de aproximadamente quatro bilhões de reais. Dados mostram ainda que com a quantidade de pessoas que deixaram de ser presas, evitou-se a construção de 240 presídios, o que representa uma economia de 9,6 bilhões de reais (CNJ, 2021).

Além disso, o instituto se mostrou bastante eficaz na realização de seu objetivo de combate à tortura. Só no primeiro ano de funcionamento foram registradas aproximadamente 4,6 mil denúncias de maus tratos e tortura a pessoas presas em todo o país. Vale pontuar que os atos que envolvem violência policial geralmente ocorrem entre o momento da prisão e a apresentação do preso a um juiz (CNJ, 2021).

A audiência de custódia vem se consolidando. Durante a pandemia de Covid-19 no Brasil, alguns tribunais seguindo a Recomendação CNJ nº. 62 de 17 de março de 2020, suspenderam a realização das audiências de custódia (CNJ, 2020a). No entanto, gradualmente as audiências estão sendo retomadas, seja presencialmente ou via videoconferência, formato este aprovado pela 322ª Sessão Ordinária do CNJ em novembro de 2020 para os casos em que a pandemia inviabilizar a realização da audiência em 24 horas de forma presencial (CNJ, 2020b).

A PERCEPÇÃO DOS OPERADORES DO DIREITO

Com o fim de melhor elucidar a questão norteadora da pesquisa, foram entrevistados três operadores do Direito, um magistrado, um promotor de justiça e um defensor público, no mês de junho de 2021, via aplicativo WhatsApp®, sendo enviado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido constando apenas a pergunta: em sua opinião, quais os principais impactos



advindos da realização das audiências de custódia no processo penal brasileiro? As respostas foram livres, onde os entrevistados puderam expressar suas percepções sobre o tema.

Na visão do Defensor Público, as audiências de custódia têm sido essenciais na verificação rápida de possível abuso policial, através de lesões ou depoimento do preso, evitando assim, violações de direitos humanos. Ainda, disse que o instituto tem evitado diversas prisões ilegais ou desnecessárias com muita rapidez, inclusive de indivíduos que mesmo após sentença condenatória não seriam mandados ao cárcere, fato que contribui com a redução da superlotação das prisões e com a necessidade de o Estado construir novas penitenciárias. Por fim, relatou que não vê um único ponto negativo nas audiências de custódia.

Por sua vez, o magistrado ressaltou os seguintes impactos: com a criação das audiências de custódia ficou mais eficaz a análise das prisões e sua real necessidade. Antes, o juiz só verificava a necessidade da prisão se fosse provocado pela defesa ou ao término da instrução criminal, ou seja, em razão da quantidade de feitos tramitando, havia muita possibilidade de eventualmente algumas prisões excederem a sua finalidade. Após a norma, cria-se uma regra para exame da finalidade e necessidade da custódia imediata, o que é capaz de reduzir a quantidade de encarcerados, reduzir a quantidade de pedidos de habeas corpus e conseqüentemente as custas processuais e a morosidade procedimental, dinamizar o feito, porque o conduzido não precisa aguardar a ação da defesa, já que o magistrado deve agir de ofício, o que é o ideal, porque se a prisão foi decretada ou se o flagranteado foi conduzido, o próprio magistrado aproveita o momento para conhecer o futuro réu e já avaliar, sendo o caso de liberdade, como ele se comporta durante a instrução. Não há pontos negativos para a audiência de custódia, se não a falta de comunicação e infraestrutura estatal para que ela aconteça, no demais, apenas benefícios.

Na ótica do Ministério Público, o promotor de justiça esclareceu que, sem sombra de dúvidas, a audiência de custódia é a grande inovação legislativa dos últimos tempos no processo penal. A importância desse instituto está muito além de só beneficiar o acusado, serve para alinhar as ações judiciais e administrativas, visto que o descumprimento dos prazos de comunicação e análise da possibilidade de relaxamento da prisão ou concessão de liberdade constitui crime de abuso de autoridade, o que, do ponto de vista do *custos legis*, torna o controle da aplicação das normas processuais penais muito mais eficaz. Só há pontos positivos na criação do instituto, especialmente para o Ministério Público em sua dupla função, acusatória e fiscalizatória, sem contar a possibilidade de ordenar os feitos, garantindo que apenas permaneça recolhido o sujeito que não tenha a menor possibilidade de responder à ação penal em liberdade.



Em suma, todos os atores processuais penais, sejam juízes, promotores, defensores públicos ou advogados, auxiliares da justiça, administração carcerária, policiais ou conduzidos só têm a ganhar com o instituto.

Tal relato vai ao encontro de todo o exposto ao longo deste trabalho, testificando que, na prática, a audiência de custódia tem sido demasiadamente proveitosa ao Estado brasileiro, e que tem cumprido com louvor todos os seus objetivos, tamanhos os resultados positivos diagnosticados até o presente momento.

CONCLUSÃO

Diante o exposto, é patente a importância da audiência de custódia no cenário nacional, no sentido de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, prevenir tortura policial, coibir prisões ilegais e diminuir a superlotação dos presídios brasileiros.

A apresentação da pessoa presa em até 24 horas da sua prisão a uma autoridade judicial, se mostra instrumento indispensável para a dignidade do preso. Pois, proporciona a garantia de direitos fundamentais acerca da proteção da vida e da integridade física dos indivíduos.

O estudo percorreu todo o histórico da implementação da audiência de custódia no Brasil, mostrou debates sobre problemas procedimentais e medidas tomadas para consolidar o instituto em território nacional, bem como explicou requisitos formais para sua realização.

Por fim, o artigo revelou os resultados práticos obtidos com a realização das audiências de custódia desde o início em 2015, que trazem à tona a relevância do tema no ordenamento jurídico brasileiro e o impacto gerado com a quantidade de casos em que o sujeito preso é posto em liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/2PPwu3E>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Catete, 1941. Disponível em: <https://bit.ly/3sQoyh1>. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto nº. 592 de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília-DF: Casa Civil, 1992a. Disponível em: <https://bit.ly/3grU7ZU>. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília-DF: Casa Civil, 1992b. Disponível em: <https://bit.ly/3xcIYCC>. Acesso em: 22 mai. 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença de 19 de novembro de 1999**. Caso de *los niños de la calle* (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala. São José: CIDH, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3g4Rpu6>. Acesso em: 09 jun. 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sentença de 22 de novembro de 2005**. Caso Palamara Iribarne versus Chile. São José: CIDH, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3cuTbCu>. Acesso em: 09 jun. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília-DF: DJe, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3xaRLFe>. Acesso em: 22 mai. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Brasília-DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3zdVGTC>. Acesso em: 09 jun. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº. 62 de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília-DF: DJe, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3pBrKfT>. Acesso em: 09 jun. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Boletim da 322ª sessão ordinária do CNJ de 24/11/2020**. Brasília-DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/3gox152>. Acesso em: 09 jun. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema de Audiências de Custódia**. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ghGoEK>. Acesso em: 09 jun. 2021.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema prisional em números: dados de 2019**. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3pBU6Xj>. Acesso em: 09 jun. 2021.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Depen lança Infopen com dados de dezembro de 2019**. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w8Kd5H>. Acesso em: 09 jun. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. **Consultor Jurídico**, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3iq9UZ>. Acesso em: 09 jun. 2021.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

Entrevistas realizadas no mês de junho de 2021 com um defensor público, um magistrado e um promotor de justiça via aplicativo WhatsApp®.

CAPÍTULO 2

A ESPETACULARIZAÇÃO DE NOTÍCIAS CRIMINAIS: A TENSÃO ENTRE A MÍDIA E O DIREITO DOS ACUSADOS

Vanessa Yume de Souza Dinizz
Diego Bianchi de Oliveira

RESUMO

Esta pesquisa apresenta um estudo sobre a espetacularização de notícias criminais e a tensão entre a mídia e o direito dos acusados. A pesquisa bibliográfica teve como amostra doutrinas, legislações, jurisprudências e textos jornalísticos publicados em vários bancos de dados da internet. O trabalho apresenta uma breve definição de mídia, enfatizando noções gerais e contornos jurídicos, também dá enfoque em alguns aspectos da aproximação entre mídia e o direito penal. Foi tratado do fomento do medo e a espetacularização de notícias como fenômeno de construção da realidade. Além disso, tratou do devido processo penal como direito fundamental e o desrespeito aos direitos do acusado, dentro do contexto dos crimes de corrupção noticiados na operação Lava a Jato, concluindo que a mídia atua de forma desproporcional, tornando cada fato um espetáculo com o intuito de ganhar audiência, usando ainda o espaço para comunicação para se posicionar de forma velada e manipular a opinião pública, causando reflexos negativos aos direitos fundamentais dos acusados.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Acusado Criminalmente; Influência da Mídia.

INTRODUÇÃO

O presente estudo surgiu de uma inquietação quanto à veiculação de notícias relacionadas às investigações da denominada Operação Lava a Jato. Quase que sem perceber, a população é “bombardeada” com notícias apresentadas como se fossem verdades inquestionáveis. Todavia, na maioria dessas divulgações midiáticas, existe uma força política trabalhando para impor determinado ponto de vista, uma visão de mundo adotada por um determinado grupo.

Assim, questiona-se qual o motivo para expor determinadas pessoas em detrimento de outras. Qual a razão dos meios de comunicação, acobertados por um discurso de imparcialidade, tomarem determinadas posturas, sem as declarar publicamente? Quais as consequências na vida das pessoas que são indiciadas no contexto dessa investigação? Será possível visualizar indicativos de parcialidade por parte dos meios de comunicação, com “julgamentos prévios” e ofensas aos direitos dos investigados? Quais valores estão em choque no contexto da divulgação dessas informações?



É certo que os meios de comunicação são fundamentais para própria noção de humanidade, pois apenas com a troca de informações é que a sociedade pode se desenvolver de maneira democrática. Com a Revolução Tecnológica, percebe-se o surgimento de formas rápidas e instantâneas de transmitir informações. Tal avanço ocorreu em meio ao desenvolvimento do sistema econômico capitalista, sendo os grandes agentes de comunicação (canais de televisão, agências de notícias, jornais, revistas) pertencentes a grandes grupos econômicos.

É nesse cenário que se questiona qual é, de fato, o papel dos meios de comunicação dentro de uma sociedade democrática. Isto porque, verifica-se que a *mass media* (mídia de massa) também possui uma relação estreita com o direito, sobretudo com o direito penal. Tal fato se deve em parte pelo fascínio que o crime exerce no ser humano, tornando a veiculação de notícias sobre tais atos, uma forma segura de garantir audiência, e por consequência alcançar lucros. Portanto, o objetivo desta pesquisa é apresentar um estudo de revisão de literatura sobre a espetacularização de notícias criminais: a tensão entre a mídia e o direito dos acusados.

O trabalho será dividido em cinco seções, sendo que na primeira buscar-se-á uma definição de mídia, suas noções gerais e contornos jurídicos, seguida de uma tentativa de aproximação entre mídia e o direito penal. Adiante, será abordado o fomento do medo e a espetacularização de notícias, enfatizando a formação da opinião pública e a construção da realidade, para, por fim, tratar do devido processo penal, os direitos do acusado e apresentar a casuística dentro do contexto dos crimes de corrupção noticiados na Lava a Jato.

A MÍDIA: NOÇÕES GERAIS E CONTORNOS JURÍDICOS

A comunicação é inerente ao homem e possibilita seu convívio em sociedade. Ela “não existe em si mesma, como algo separado da vida da sociedade. Sociedade e comunicação são uma coisa só. Não poderia existir comunicação sem sociedade, nem sociedade sem comunicação”(BORDENAVE, 1994, p. 16-17).

Em todo agrupamento humano, a troca de informações é um dos pontos centrais do convívio social. Nos primórdios da humanidade, os indivíduos se comunicavam com os membros de seu grupo, além de talhar desenhos em pedras. O advento do papel possibilitou um avanço no modo de se comunicar devido a maior portabilidade dos escritos. Como exemplo pode-se citar o antigo Egito e as civilizações astecas, percebendo-se que o desenvolvimento de meios de comunicação avançados são acompanhados pelo desenvolvimento de sociedades mais complexas.



Inicialmente, os grandes jornais e depois a era do rádio como principal meio de difusão de informações. Ainda mais adiante, surgiu a televisão que ampliou a forma de interação com o meio. Por fim, em um passado recente surgiu a internet, que juntamente com os avanços recentes da informática, ampliou a interação entre homem e tecnologia de uma forma inédita. Nesse sentido é a lição de D'Oliveira *et al.* (2012, p .03), para quem:

A popularização da mídia digital, principalmente a partir da década de 1990, acarretou uma revolução na maneira como os indivíduos se comunicavam e se relacionavam entre si, criando, desse modo, uma nova forma de interação social. Assim, a globalização faz com que a troca de informações seja cada vez mais imediata, de modo que é possível acompanhar os acontecimentos das mais diversas partes do mundo instantaneamente, em tempo real, sem nem sequer sair de casa. A rapidez e a facilidade com que hoje as informações chegam a seus receptores acabam por influenciar, sobretudo, na forma como os sujeitos pensam e interagem com os demais.

Passada a análise do contexto de surgimento dos meios de comunicação enquanto *mass media*, deve-se conceituar o que seria a mídia. Segundo Lima (2009, p. 02):

A mídia, plural latino *medium*, meio, será aqui entendida como o conjunto das instituições que utiliza tecnologias específicas para realizar a comunicação humana. Vale dizer que a instituição mídia implica sempre a existência de um aparato tecnológico intermediário para que a comunicação se realize. A comunicação passa, portanto, a ser uma comunicação midiaticizada. Esse é um tipo específico de comunicação que aparece tardiamente na história da humanidade e constitui-se em um dos importantes símbolos da modernidade. Duas características da comunicação midiaticizada são a sua unidirecionalidade e a produção centralizada, integrada e padronizada de seus conteúdos.

Logo, a mídia é compreendida como os diversos meios de comunicação, como rádio, televisão, jornais, revistas, internet, entre outros. Ainda que Lima (2009, p.02) exclua a internet do conceito de mídia, pois permite uma maior interatividade ao usuário, entende-se como possível sua inclusão, pois a *massa media* se utiliza de tal ferramenta para difundir conteúdos, os quais são recebidos e repassados entre os usuários.

Ao tratar da relação entre os meios de comunicação e a modernidade, Bujes (2009, p. 02,06) destaca três questões relevantes para a compreensão dos seus contornos atuais. São elas a globalização, a nova noção de tempo social e o surgimento de uma sociedade de risco. Atualmente, é possível acompanhar acontecimentos em qualquer região do planeta, quase que em tempo real. Devido a sua propensão de influenciar a capacidade dos indivíduos de compreender a realidade, os meios de comunicação possuem um grande poder. É precisa a lição de Zaffaroni (2013, p. 161) quanto a tal poder exercido pela mídia. Ele afirma que:

O certo é que as pessoas que todos os dias caminham pelas ruas e tomam o ônibus e o metrô junto a nós têm a visão da questão criminal que é construída nos meios de comunicação, ou seja, se nutrem – ou padecem – de uma criminologia midiática. (...) a criminologia *midiática* sempre existiu e sempre apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseadas em uma etiologia criminal simplista, assentada na



causalidade mágica. Esclarecemos que o mágico não é a vingança, e sim a *ideia da causalidade* especial que se usa para canalizá-la contra determinados grupos humanos, o que, nos termos da tese de Girard, os converte em *bodes expiatórios*.

Nesse cenário é que a mídia deve ser compreendida. Ela possui um grande poder de influenciar os indivíduos e está inserida em um universo capitalista e voltada ao consumo. Além disso, importa destacar que existe uma relação direta entre meios de comunicação e a democracia.

Nesse sentido, Silva (2013, p.10) sintetizando a relação entre mídia e democracia, aduz que:

A mídia enquanto instrumento responsável em levar à população a informação, é imprescindível na sociedade democrática. Por meio dela, o indivíduo recebe o conhecimento repassado e escolhe posições críticas acerca de determinado assunto, bem como fiscaliza e exerce interação com os fatos ocorridos ao seu redor ou até mesmo em outra extremidade do mundo.

A mídia é um mecanismo que proporciona o debate e acesso à informação. Ele que oxigena a democracia permitindo que as pessoas entendam a realidade e possam se posicionar criticamente sobre os assuntos sociais. No entanto, essa relação encontra limites no próprio conceito de uma sociedade democrática, pois ao passo em que a democracia necessita da liberdade de comunicação e de expressão para sua manutenção, essa mesma liberdade não é incondicionada, sendo que o próprio conceito de Estado Democrático de Direito traz em si a noção de respeito aos direitos fundamentais, ou seja, sua concretização depende de uma relação harmônica entre os direitos de forma que o exercício de um não acarrete a mitigação dos demais.

O art. 5º da Constituição Federal traz dois dispositivos sobre a liberdade de expressão. O inciso V informa que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Após, o inciso IX descreve que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Nesse diapasão, Fernandes (2017, p. 426) esclarece que:

Por liberdade de pensamento e de manifestação entendemos a tutela (proteção) constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática, seja essa relevante ou não aos olhos do interesse público, ou mesmo dotada – ou não – de valor. Por isso mesmo, não é apenas a transmissão da mensagem falada ou escrita que encontra proteção constitucional, como ainda a mensagem veiculada através de gestos e expressões corporais.

Ademais, recapitulando o exposto até o presente momento, verifica-se que a liberdade de expressão e livre circulação de informações são essenciais para construção de uma sociedade democrática. Todavia, essa liberdade não figura como um direito absoluto, devendo ser conformada com os demais direitos fundamentais.



A Constituição Federal estabeleceu regras para os meios de comunicação, do art. 220 ao 224, sob o título da Comunicação Social. Para Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2017) a previsão constitucional dos meios de comunicação se encontra em perfeita consonância com a garantia fundamental de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

Assim, o artigo 220 pode ser entendido como um prolongamento do direito fundamental de liberdade de expressão anteriormente analisado. Isso, quando observados os limites impostos pela própria Constituição, sobretudo os direitos individuais previstos nos incisos IV (liberdade da manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato); V (direito de resposta proporcional ao agravo, bem como indenização por dano moral, material ou à imagem); XIII (a inviolabilidade do sigilo de correspondências, comunicações telegráficas e telefônicas) e XIV (livre acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Serrano (2013, p. 61) elucida que não se pode confundir a liberdade de expressão com a liberdade de imprensa, pois “a liberdade de imprensa é, na verdade, o direito do empresariado de operar num determinado setor, digamos assim. Não é nenhum direito de cidadania no geral”. Para o autor confundir liberdade de expressão com liberdade de imprensa seria o mesmo que confundir o direito à saúde com o direito de se criar um hospital.

UMA APROXIMAÇÃO ENTRE MÍDIA E O DIREITO PENAL

Passadas linhas gerais sobre a colocação da mídia no ordenamento, sobretudo seu perfil constitucional, faz-se necessário realizar uma aproximação inicial dela com o direito penal, sendo que os seus contornos serão melhores adiante.

Segundo Vieira (2003, p. 61), no contexto de um Estado Democrático de Direito, os meios de comunicação exercem uma importante função de legitimação do Poder Judiciário. Segundo ela “a população tem o direito de conhecer não só as decisões judiciais, mas o modo como atua, a forma de proceder do Poder Judiciário”.

A autora demonstra que os meios de comunicação auxiliam o Poder Judiciário na função de tornar públicos seus atos. Tal publicidade é uma necessidade política essencial, possibilitando a aproximação da sociedade do Judiciário. Em tal contexto é que Vieira (2003, p. 61) expõe as principais funções da mídia:

Aqui radica uma das funções da mídia: servir de canal entre a sociedade e um dos poderes do Estado, colaborando na aproximação entre o Poder Judiciário e o público, diminuindo a distância entre eles. Ademais, outra função é a de permitir aos cidadãos



conhecer, criticar e fiscalizar a administração e atos da justiça, que são atos de governo e, como tais, devem ser controlados.

Especificamente, quanto à vinculação de notícias sobre fatos criminosos e sua necessidade de divulgação. Viera (2003, p. 104) afirma que as crônicas jornalísticas exercem uma relevante função social, já que informam a sociedade sobre a criminalidade. Assim, destacar a justiça criminal é uma das missões da mídia em uma sociedade democrática. Isso, pois “a difusão de notícias relativas a fatos criminosos aparece como consequência quase que necessária do interesse popular em conhecer tais fatos”.

Dentro da relevância do papel desempenhado pelos meios de comunicações, não se pode esquecer a lição de Silva (2013), por meio da qual se verifica que a mídia pode exercer dois papéis. O primeiro consiste em sua função democrática, que colabora com o entendimento acima apresentado. Entretanto, o segundo papel seria uma degradação dessa finalidade. Consiste na mídia que “informa, desinforma, aliena e petrifica o conhecimento” (SILVA, 2013, p. 11), que será analisando de maneira detida nas próximas seções.

De outra parte, é relevante trazer o pensamento de Batista (2003, p. 01-02), que apoiado em Zaffaroni, demonstra que a mídia enquanto divulga notícias de fatos criminosos exerce papel relevante como uma agência penal. Para referido autor, as agências de comunicação social são responsáveis pela legitimação do sistema. Segundo Zaffaroni (2003, p. 03):

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendedorismo neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante.

Nesse quadro, Batista (2003, p. 05-06) explica que no momento em que os meios de comunicação deixam de se preocupar com a credibilidade das informações e com a preservação dos direitos dos investigados (assumindo o papel de investigação ou dramatizando o caso), passam a exercer um papel político.

Na atualidade, vários aspectos da vida gradativamente passaram a ser passíveis de comercialização. Explica-se. No início do sistema capitalista, os agentes participantes da sociedade vendiam determinados bens buscando lucro, sempre à procura de novos mercados consumidores. Todavia, hoje mesmo os bens imateriais foram monetizados. A imagem das pessoas é objeto de valor. Sua exposição nos meios de comunicação possui valor econômico, como também as notícias não são apenas um mecanismo de conhecimento acerca da realidade, são produtos, e como tal atendem a interesses de seus produtores e devem buscar a lucratividade.

O FOMENTO DO MEDO E A ESPETACULARIZAÇÃO DE NOTÍCIAS

Ao pesquisar a relação entre Poder Judiciário e mídia, uma das principais consequências que se percebe, objeto de análise de diversos trabalhos acadêmicos, é a vinculação entre a mídia e o sentimento de medo na sociedade.

Assim, segundo Bauman (1998, p. 09), o medo é algo conhecido por toda criatura viva. É uma reação experimentada, tanto no homem como nos animais, que diante de um perigo imediato expressam diversas reações, seja por meio de fuga ou de agressões. Entretanto, ele explica que o homem além de vivenciar esse medo direto, também conhece outro, conceituado como “medo de segundo grau” ou “medo derivado”.

Tais medos foram intensificados pelos avanços nos sistemas econômicos, como também pelos avanços tecnológicos. São aspectos contidos no conceito de sociedade de risco, termo cunhado por cunhado por Ulrich Beck. A ideia central sobre o conceito de sociedade de risco é exposto por Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 35-36). Para ele, além dos benefícios dos avanços tecnológicos e desenvolvimento da técnica que proporcionaram um incremento sem precedentes no bem estar individual, não se pode negar os aspectos negativos advindos de tais avanços.

Nesse mesmo sentido, é relevante que os três aspectos estão interligados. O fomento do medo, decorrente de novos riscos, como também o direito penal usado como mecanismo de contenção social. Ao analisar a relação entre a atual sociedade de risco e o direito penal, Lyra (2012, p. 02), destaca que:

[...] pode-se referir que a aventura securitária é produto da pós-modernidade ou da modernidade tardia, que, no ambiente das relações sociais, econômicas e culturais trouxe consigo um conjunto de riscos, complexidade e insegurança, bem como problemas do controle social, que afetaram, sobremaneira, o Direito Penal, que agora, não mais discute os efeitos da sanção penal, mas se vê envolto na missão de dispor de novas formas de prevenção e minimização dos riscos, os quais, no cenário da pós-modernidade, não param de crescer. Dito de outro modo, a pós-modernidade e sua inerente complexidade trouxeram ao controle penal desafios questionadores acerca da possibilidade de monitorar, de forma efetiva, os novos riscos da sociedade pós-industrial.

Pelo exposto, percebe-se como é importante que os meios de comunicação, enquanto partes integrantes do sistema econômico, fomentem um determinado tipo de comportamento dos indivíduos e busquem criar “consumidores”, seja de produtos para se proteger do medo, seja estimulando uma conduta imediatista e voltada ao consumo. Época do *Carpe Diem*, do aproveite o hoje, do consuma agora, pagando em suaves prestações.



Dessa forma, constata-se a razão de se fomentar o sentimento de medo e insegurança na sociedade, já que o mesmo sistema que incute o medo também é aquele que proporciona mecanismos de defesa. Isso, pois o sistema capitalista oferece mecanismos que permitem que a vida prossiga com o medo, pois “nossa sociedade líquido-moderna é um dispositivo que tenta tornar a vida com medo uma coisa tolerável” (BAUMAN, 1998, p. 12).

Por esta razão, a capacidade de perceber a realidade é limitada. Não se consegue adquirir diretamente informações suficientes sobre a totalidade dos eventos. As pessoas não têm contato com os acontecimentos que ocorrem na China, Japão ou outros países. Não é possível ter acesso a mudanças políticas, econômicas, entre outras, sem ser por intermédio dos meios de comunicação.

A compreensão da realidade é feita por meio da comunicação, sobretudo, de forma mediada. Tudo aquilo que determinada pessoa conhece sobre algo depende do contato que ela tem, por meio da mídia. Seja de forma direta, como em jornais, revistas, livros, ou de forma indireta, através de filmes, novelas, etc. Para Schecaira (2010, p. 2):

A mídia transmite uma imagem codificada de mundo. Tem a capacidade de alterar o conteúdo e significado da própria realidade. Os meios de comunicação fazem parte do processo de socialização do indivíduo, processo que, ainda que comece com mais intensidade na infância, é contínuo até a morte. Portanto, de uma maneira ou de outra, as mensagens que são transmitidas passam a integrar a maneira de ser da população que está submetida a sua influência.

Nesse papel de intermediar o mundo para o homem, as escolhas do que é importante figura como uma deliberação exclusiva dos meios de comunicação, os quais tem o poder de determinar o que será transmitido. Assim, os meios de comunicação exercendo o seu direito de liberdade de expressar a informação, são eles que determinam quais acontecimentos são relevantes e quais cairão no esquecimento por falta de visibilidade.

De acordo com Garcia (2015, p. 73) o poder dos meios de comunicação é visível em todas áreas da vida das pessoas, exemplos claros desse poder pode ser visto nas informações que se referem a política, ao esporte, a escola, a economia e a ideia de justiça, que na maioria das vezes tem as marcas da influência dos meios de comunicação de massa, fazendo com que a informação veicule de forma rápida e real seguindo os avanços tecnológicos, resultando em um domínio exacerbado e crescente da mídia.

No mesmo sentido, mas com enfoque criminológico Zafaronni (2013, p.163), destaca o seguinte:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de *pessoas decentes*, diante de uma massa de *criminoso*, identificada através de estereótipos, que configuram um



eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de *diferentes e maus*. O *eles* da criminologia midiática incomodam, impedem que se durma com portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, *sujam* por todos os lados e, por isso, devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, *para resolver todos nossos problemas*. Para isso é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem nenhum obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros, imaculados.

De acordo com o entendimento de Batista (2018) a força da mídia tem manipulado a sociedade de tal forma que o sistema penal acaba sendo influenciado na questão a repressão penal, pois a sociedade insegura diante dos espetáculos criminais evidenciados pela mídia toma uma posição que provoca uma atuação da agência judicial estimulada pelo clamor dessa sociedade amedrontada.

Embora a mídia, tenha papel fundamental no processo democrático e de tutela de direitos individuais e coletivos, é importante que ela tenha cautela no que diz respeito a formatação da notícia, pois ela sabe que a maioria dos cidadãos não usam do senso crítico para filtrar os noticiários, e, acabam sendo influenciadas a clamarem por determinadas atitudes do judiciário que acaba refletindo negativamente nos direitos fundamentais daqueles que são acusados, muitos sofrendo condenações antecipatórias sem mesmo a comprovação do crime praticado.

Por toda essa força de influência que a mídia possui Garcia (2015, p. 74) considera-a como “o quarto poder, ou seja, o quarto maior segmento econômico do mundo, sendo a maior fonte de informação e entretenimento que a população possui”. Ou seja, é uma força que transmite por meio de sua programação toda uma ideologia que influencia a sociedade, pois é comum as pessoas usarem determinado objeto e dizer estou seguindo a moda da nova novela das 8h, ou comentar que está construindo grades em suas janelas porque os jornais estão mostrando uma enorme onda de assaltos, ou que vão fazer uma viagem para determinado lugar porque viram um programa mostrando as belezas do lugar, dessa forma as pessoas deixam-se manipular pela mídia, caminhando sem uma opinião crítica e sem pensamento próprio.

Na visão de Gomes (2012) a influência da mídia é deveras inquietante, pois ela consegue manipular a opinião das massas, produzindo um princípio de justiça que vinga e pune, sendo que esse tipo de ação nunca vai combater criminalidade, pois como se sabe desde a mais remota antiguidade que as penas e vinganças não preveniram novos crimes.

A população engessada com tanta informação desajustada e exagerada no que diz respeito a violência acaba concordando com os apresentadores de que a solução para a criminalidade no país é maior rigor punitivo. O que se percebe é que só se valoriza as notícias



de crimes e violência porque esse é o tipo de mensagem que atrai a audiência formando assim o “Populismo Penal Midiático”, que cria e amplia pelas técnicas manipulativas a “sensação de insegurança e o sentimento de medo nas pessoas comuns” (SIMI, 2018, p.1).

Diante do medo e da insegurança a população passa a clamar por mais segurança, e conseqüentemente pela “expansão do poder punitivo (mais presídios, mais policiais, mais vigilância de toda a população, mais poder a polícia, mais controle, entre outros fatores)” (GOMES, 2013). A criminologia midiática está cada vez mais evidente e sem limites, provocando nas massas clamores inaceitáveis tais como “pena de morte, expulsão de imigrantes, demolição de bairros pobres, deslocamento de população, castração dos estupradores, legalização da tortura, redução da obra pública à construção de cadeias, supressão de todas as garantias penais e processuais, destituição dos juizes” (ZAFFARONI, 2012, p. 470).

O DEVIDO PROCESSO PENAL E OS DIREITOS DO ACUSADO

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este é o princípio constitucional que garante a todos um processo desenvolvido de acordo com o que determina lei. Segundo Giacomolli (2015) o princípio do devido processo legal é considerado como o mais importante princípio constitucional penal, uma vez que, dele, desdobram-se todos os demais. É a partir desse princípio que o processo não pode ser interpretado apenas como Estado de Direito, mas sim que esteja dentro da legalidade. É desse princípio que o direito processual penal promove a tutela dos “bens jurídicos que, direta ou indiretamente, se referem à vida, à liberdade e à propriedade”.

De acordo com Pacelli (2017), a partir da instituição da Constituição Federal de 1988 o Direito Penal sofreu mudanças bruscas, nos seguintes termos:

[...] A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio (PACELLI, 2017, p.18).

Portanto, o devido processo penal é um direito constitucional fundamental, mas dentro do processo penal outros princípios fundamentais estão inscritos que devem ser aplicado diante da acusação, entre os quais o contraditório, ampla defesa e a presunção da inocência, os quais serão melhor esmiuçados a seguir.



Processo justo é aquele que avalia o contraditório, pois o princípio do contraditório é que garante que ambas as partes participarão no processo com meios e formação de fatos que venham convencer o juiz. Sendo que o contraditório não tem apenas a função de “garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos, também garantir que a oportunidade da resposta possa se realizar na mesma intensidade e extensão” (PACELLI, 2017, p.27). Nesse sentido o princípio do contraditório garante a participação em simetria das partes.

Enquanto o contraditório consiste no direito de participar e de se informar no processo, a ampla defesa consiste na defesa, que pode ser técnica que é aquela assistência dada por um profissional do Direito (advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado). Na defesa pessoal é a atuação do sujeito que pode ser no sentido passivo resistindo pessoalmente à pretensão do Estado, quando o sujeito se autodefende como indivíduo singular, interpondo seus critérios individuais e seu interesse privado. Mas também pode ser uma defesa pessoal negativa, quando é “assegurando o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico” (LOPES JÚNIOR, 2018, p.152).

A presunção da inocência é um dos princípios que mais demonstra a garantia de que o sujeito que está sendo acusado deve ser tratado com consideração e respeito aos seus direitos fundamentais. Pacelli (2017, p.39) destaca que:

[...] o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência é que impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

Nesse sentido, a presunção da inocência defende os direitos fundamentais do acusado, pois até que se substancie a ilicitude e culpabilidade do acusado deve o mesmo ser respeitado em seus direitos fundamentais. É nesse ponto que se observa que a mídia tem se tornado uma agência penal, pois ela não apenas divulga informações de maneira imparcial. Ela “manipula as ideias e pensamentos da sociedade de forma a condenar alguém antes mesmo de qualquer apuração” (SILVA *et al.*, 2014, p. 12). Essa é a forma mais latente de poder exercido pela mídia, “o poder de moldar comportamentos e, conseqüentemente, dominar a sociedade como um todo, alienando e controlando através da ideologia”.

Nesse cenário, Batista (2003, p. 5, 6) explica que no momento em que os meios de comunicação deixam de se preocupar com a credibilidade das informações e com a preservação



dos direitos dos investigados (assumindo o papel de investigação ou dramatizando o caso), passam a exercer um papel político.

Querendo a todo custo ver o acusado aprisionado, deixando dessa forma de aplicar o tão referenciado tratamento ao acusado de “estado de inocência”, pois como destaca Pacelli (2017, p.40) “o estado de inocência (e não a presunção) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal”.

Portanto, o princípio da não culpabilidade e presunção de inocência exige que para o indivíduo ser encarcerado é necessário que tenha sido julgado e considerado culpado a partir da provas. Assim, o que ocorre sem que levar em conta esses princípios estão indo contra os preceitos da Constituição Federal de 1988.

CASUÍSTICA: OS CRIMES DE CORRUPÇÃO NOTICIADOS NA LAVA A JATO

A Operação Lava Jato teve esse nome porque, em 2009, quando a Polícia Federal investigava crimes de lavagem de recursos em que um ex-deputado federal do Paraná estava envolvido, descobriram que os desvios de dinheiro eram realizados por meio de uma rede de lavanderias e postos de combustíveis, que movimentavam os valores, limpando e devolvendo ao mercado financeiro.

De acordo com site oficial do Ministério Público Federal foi em 2013 que as grandes organizações criminosas começaram a ser desvendadas, como pode ser visto no texto a seguir:

Em julho de 2013, a investigação começa a monitorar as conversas do doleiro Carlos Habib Chater. Pelas interceptações, foram identificadas quatro organizações criminosas que se relacionavam entre si, todas lideradas por doleiros. A primeira era chefiada por Chater (cuja investigação ficou conhecida como “Operação Lava Jato”, nome que acabou sendo usado, mais tarde, para se referir também a todos os casos); a segunda, por Nelma Kodama (cuja investigação foi chamada “Operação Dolce Vita”); a terceira, por Alberto Youssef (cuja apuração foi nomeada “Operação Bidone”); e a quarta, por Raul Srour (cuja investigação foi denominada “Operação Casa Blanca”) (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012, p.1).

A potencialidade da Operação Lava Jato foi tomando força e de uma investigação local tomou proporção nacional e crimes de corrupção em todos os setores públicos passaram a ser investigados, seguindo o fio da meada criminosa envolvendo agentes públicos, outros milhares de fios foram sendo desvendados.

Percebendo as proporções que a operação tomava, a mídia viu a possibilidade de ganhar a audiência pública e foi se infiltrando de tal forma que passou a fazer parte da investigação, principalmente, para a sociedade que na ânsia de saber dos resultados ficavam sempre



consultado os canais midiáticos, assim a mídia se fez presente lado a lado da Polícia Federal em todas as investigações, cada suspeito citado no processo a mídia tomava a frente e por meio de seus especialistas abordava a investigação formando um grande show, correndo junto com os policiais federais passavam todas as informações a respeito da vida do acusado, mostrando detalhes das delações, dos interrogatórios e das acareações, mostrando de primeira mão detalhes de cada passo dos investigados na operação.

A mídia fez do Juiz Sérgio Moro, muito mais que um servidor do Judiciário, o salvador da Pátria, o homem que mudou o rumo da história política do Brasil, a República de Curitiba tornou-se um símbolo de Justiça e o maior fantasma para a maioria dos políticos que não agem com probidade. Longe deste trabalho querer tirar o mérito da Operação Lava Jato, o respeito pelo Juiz Sérgio Moro e o exemplo da República de Curitiba, o que se pretende abordar aqui nesta seção, são os exageros usados pela mídia no foco das questões abordadas pela tão nobre e íntegra operação.

É importante destacar que de acordo com Gomes (2015, p.8), “a Operação Lava Jato veio confirmar algo que a crítica criminológica já aponta há vários anos: o emaranhado de conexões que aproxima a mídia do sistema penal, a ponto de falar-se mesmo em uma parceria entre esses dois universos, o comunicacional e o punitivo”.

O que se pretende destacar, a partir de alguns casos analisados, é a pressão que a mídia fez e faz influenciando a opinião pública, levando os seguidores da mídia a condenar pessoas que estavam apenas em prisões provisórias, sendo investigadas mas, que ainda não tinham sido condenadas. Ou ainda divulgando os conteúdos das interceptações telefônicas usadas durante as investigações na sua íntegra, divulgando conversas particulares dos envolvidos que não tinham nenhuma influência na Operação Lava Jato, mas, a mídia não poupou ninguém, fez questão de escancarar para a sociedade detalhes particulares e de foro íntimo das pessoas. Assim nos itens a seguir apresenta-se o caso e em seguida discute-se analiticamente.

O levantamento de sigilo de interceptação telefônica durante as investigações

Em 16 de março de 2016 a Operação Lava Jato já se encontrava em andamento, estando em sua 24ª fase. Tal recorte da investigação foi denominado de Aletheia (busca da verdade) e teve como alvo o ex-presidente Luís Inácio da Silva (Lula), devido ao suposto envolvimento com o favorecimento de empreiteiras no esquema de corrupção da Petrobrás.

No bojo da investigação, o juiz Sérgio Moro retirou o sigilo da interceptação de comunicações que envolviam a então Presidente, Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula, o qual



era investigado por envolvimento nos crimes apurados no bojo da investigação. O magistrado fundamentou sua decisão afirmando que proporcionaria a ampla defesa e a publicidade (G1, 2017). Por meio dos diálogos percebeu-se que a Presidente Dilma estava disposta a nomear Lula como Ministro como forma de protegê-lo, já que de tal forma teria foro com prerrogativa de função e não seria julgado pelo magistrado de primeira instância.

Cumpra transcrever o título principal de diversas notícias veiculadas pelos meios de comunicação:

Ouçã a íntegra das conversas de Lula reveladas na Lava Jato (Folha de São Paulo) (FOLHA UOL, 2016, p.3);
Mouro divulga grampo telefônico entre Dilma e Lula; ouça trecho da gravação (último segundo – IG) (ÚLTIMOS SEGUNDO, 2016);
Leia a transcrição dos grampos que pegaram Lula (Estadão) (ESTADÃO, 2016)
Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça (portal G1) (PORTAL G1, 2016).

Ademais, não apenas conversas envolvendo o investigado foram divulgadas. Diálogos de seus familiares também foram expostos a público, tais como uma conversa entre Marisa Leticia (esposa de Lula) e o filho do casal, Fábio Luiz da Silva.

Conforme notícia veiculada pela Gazeta do Povo (2018), “Ex-primeira-dama Maria Leticia: enfiem as panelas no c...”. Segundo informado, tal conversa seria um desabafo contra manifestações contrárias ao ex-presidente. Todavia, questiona-se qual a relevância dessas informações para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ademais, também é relevante questionar se os meios de comunicação noticiaram tais eventos de forma objetiva.

Verificou-se que tais diálogos de conversas telefônicas gravadas em decorrência da investigação tiveram grande repercussão nos meios de comunicação e levantam alguns questionamentos.

Logo de início, é possível questionar até mesmo as denominações utilizadas pela Polícia Federal, as quais transparecem um sentimento de “guerra”. Uma postura de luta contra o mal. Percebe-se a formação de uma visão dual da realidade. De um lado tem-se “heróis” engajados na busca da realidade existente atrás de um sistema de corrupção envolvendo diversos “bandidos”, ou seja, pessoas “más” que devem ser exemplarmente punidas.

Assim, pergunta-se até que ponto existe essa dualidade, sendo possível separar os indivíduos em dois polos? O “nós” de pessoas boas e corretas, em uma luta travada contra “outros” maus e que atrapalham a vida de todos.



Não é só isso. Um questionamento ético também pode ser feito. Retomando as lições de Maquiavel, pode-se dizer que os fins justificam os meios? Para busca de uma publicidade e defesa da sociedade, é possível violar os direitos de um investigado enquanto alvo de um processo penal?

Além dos aspectos ligados a legalidade ou não de tal levantamento de sigilo, outro questionamento é referente ao papel dos meios de comunicação em tais casos, já que tais notícias podem ou não afetar os direitos de pessoas, até então, inocentes e que eram apenas alvo de uma investigação da Polícia Federal. Será que a mídia divulga com a mesma intensidade as falhas posteriores em tais casos?

Em apressada análise, tais notícias poderiam levar a crer que os meios de comunicação não se posicionam em tais casos. Apenas buscam noticiar os acontecimentos da maneira mais objetiva possível. Todavia, estabelecendo uma comparação com outro fato ocorrido durante a investigação Lava Jato coloca em dúvida tal objetividade.

Duas notícias demonstram a forma como fatos similares foram tratados pelos meios de comunicação. Em uma breve pesquisa em sítios da internet foi possível encontrar diversas notícias acerca da divulgação de tais fatos. Pelo teor do título das matérias percebe-se uma tendência em se posicionar de forma contrária a divulgação de diálogos que não sejam relacionados diretamente a investigação, sobretudo com violação de direitos fundamentais, no caso a proteção ao sigilo da fonte que protege a atividade jornalística.

Como exemplos, pode-se citar:

Entenda as ilegalidades na divulgação do grampo de Reinaldo de Azevedo e Andrea Neves (GAZETA DO POVO, 2017, p.1);
PGR errou ao divulgar conversas entre jornalista e irmã de Aécio, dizem juristas (PORTAL R7, 2017, p.2);
Abraji diz que “vê com preocupação” a divulgação de ligação de Reinaldo Azevedo (REVISTA FÓRUM, 2017, p.2);
Associações de jornalismo criticam divulgação de conversa com jornalista Reinaldo Azevedo (ESTADÃO, 2017, p.3)

Nesse ponto, Grinover (*apud*, Vieira, 2003, p. 68), afirma que:

Todas as funções do Estado, em suas múltiplas atividades, são limitadas pela esfera de liberdade individual. Não apenas à administração incumbe respeitar o círculo de autodeterminação do cidadão, mas sim também os Poderes Legislativo e Judiciário. O réu, como qualquer cidadão, é portador de uma série de direitos, de relevância prioritária e autônoma. Tais direitos devem ser tutelados pela própria autoridade jurisdicional que, no exercício de sua atividade, encontra, assim, uma série de limites.



Ora, percebe-se que no presente caso não houve respeito ao direito dos réus que à época dos fatos se tratavam de meros investigados. É certo que houve uma violação dos direitos dessas pessoas. Todavia, os interesses da mídia no caso fizeram com que ela se afastasse de sua função democrática, conforme exposto anteriormente.

O julgamento do ex-presidente Lula

Sem entrar nas questões políticas sobre a atual polarização existente no país, o caso do julgamento do ex-presidente Lula permite constatar a influência da mídia na forma como determinados casos são conduzidos. Afinal, por ser uma questão de forte apelo popular, fomentada em parte, pelos meios de comunicação, o Tribunal Regional Federal da 4ª região “apressou” o julgamento do caso.

Os advogados de defesa do ex-presidente Lula solicitaram informações ao Tribunal sobre essa anormalidade quanto a velocidade na tramitação do feito, tendo o Tribunal respondido que a celeridade é a regra e não exceção. Aliás, a defesa questionou em vários recursos o porquê da velocidade do julgado. E a resposta amplamente divulgada pela imprensa é que no Tribunal Regional Federal da 4ª Região todos os processos são julgados com celeridade, a Uol Notícia fez a seguinte divulgação:

Advogados de Lula entraram com pedido de informações ao tribunal antes mesmo da data do julgamento do processo do tríplex ser marcada para 24 de janeiro de 2018. Na petição, a defesa questionava uma suposta “celeridade extraordinária”.

O desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, presidente do TRF-4, afirmou que os dados evidenciam que a rapidez no trâmite de apelações criminais é “fato comum” ao colegiado. “Destarte, verifica-se que a celeridade no processamento dos recursos criminais neste Tribunal Regional Federal constitui a regra e não a exceção”, diz trecho.

“A celeridade impingida ao processamento da Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000 – 127 dias entre a sua distribuição ao Relator e o seu encaminhamento ao Revisor – é fato comum a esta Corte, sendo bastante elucidativo citar que neste ano de 2017 foi realizado o julgamento de 1.326 Apelações Criminais com data de distribuição não superior a 150 dias”, informa.

Todavia, diferente de casos recorrentes, que podem ser considerados mais simples, tal caso não é comum, sobretudo por envolver um ex-presidente da República, como também devido ao foco que a *mass mídia* dá ao caso, sendo usado como uma forma de “estopim” entre a divisão existente entre partidários de direito e de esquerda.

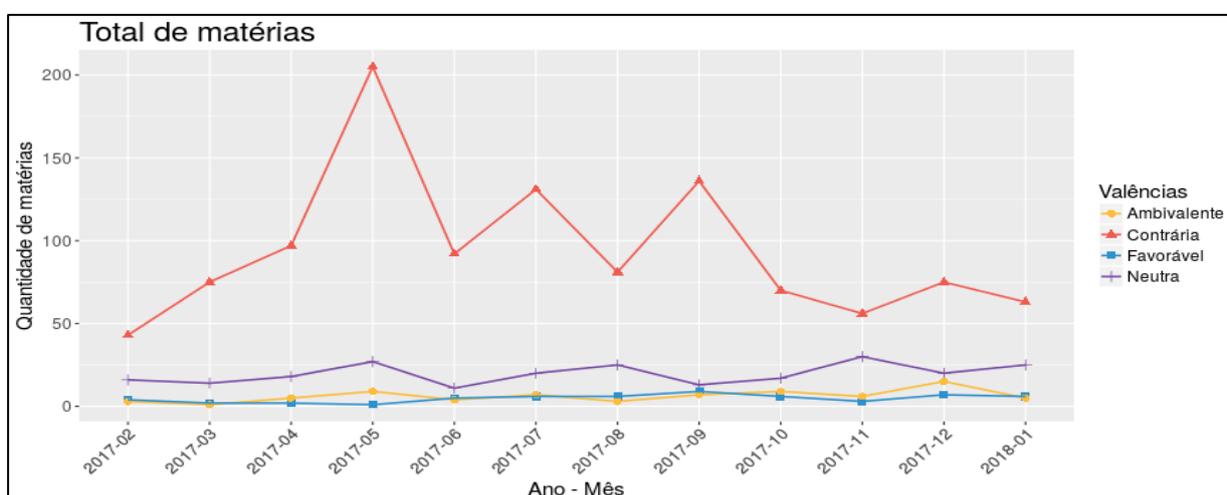
A jornalista Renata Mielli, que é coordenadora geral do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação e secretária geral do Centro de Estudos da Mídia Alternativa Barão de Itararé, publicou na página da “Midianinja” uma matéria com a seguinte chamada:

“Ex-presidente Lula é condenado por unanimidade pelos desembargadores do TRF 4 de Porto Alegre”. Esse texto apareceu na tela da emissora da família Saad por volta

das 11 horas da manhã desta quarta, 24 de janeiro de 2018. O furo jornalístico da BandNews foi confirmado 6 horas depois pelo TRF 4.

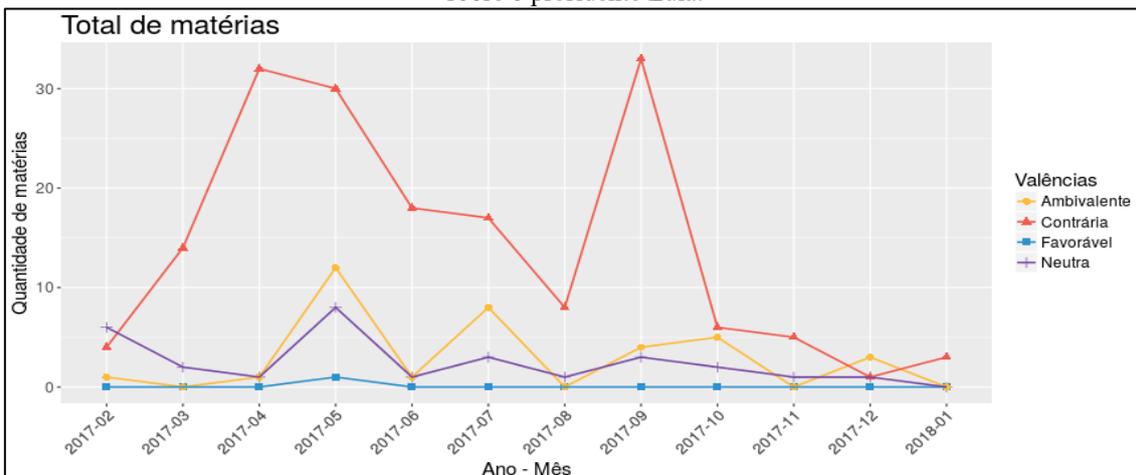
Na opinião da jornalista, a Rede Bandeirantes não deu furo algum há 11 horas do dia do julgamento, mesmo 6 horas antes do primeiro voto ter sido proferido, na opinião dela “a manchete da emissora estava mais para barrigada – jargão jornalístico para um erro ou divulgação de informação não checada”. E vai mais adiante para afirmar que esse é apenas um ato do grande espetáculo do circo que a mídia montou em torno de “todo o processo envolvendo a Lava Jato e o ex-presidente Lula”, ficando nas mãos do judiciário apenas o papel de confirmação da sentença que já havia sido decretada pela mídia brasileira em toda a sua participação no processo, “Lula é culpado”.

No texto, Renata Mielli apresenta uma lista dos fatos que mostram o quanto a mídia foi o principal tribunal de condenação de Lula. Valendo-se de dados e gráficos do Manchetômetro – site de acompanhamento da cobertura da grande mídia sobre temas de economia e política produzido pelo Laboratório de Estudos de Mídia e Esfera Pública – ela mostra a desproporcionalidade da distribuição das “matérias contrárias, favoráveis, ambivalentes ou neutras publicadas pela mídia sobre Lula e Sérgio Moro”. Veja-se alguns desses gráficos a seguir:

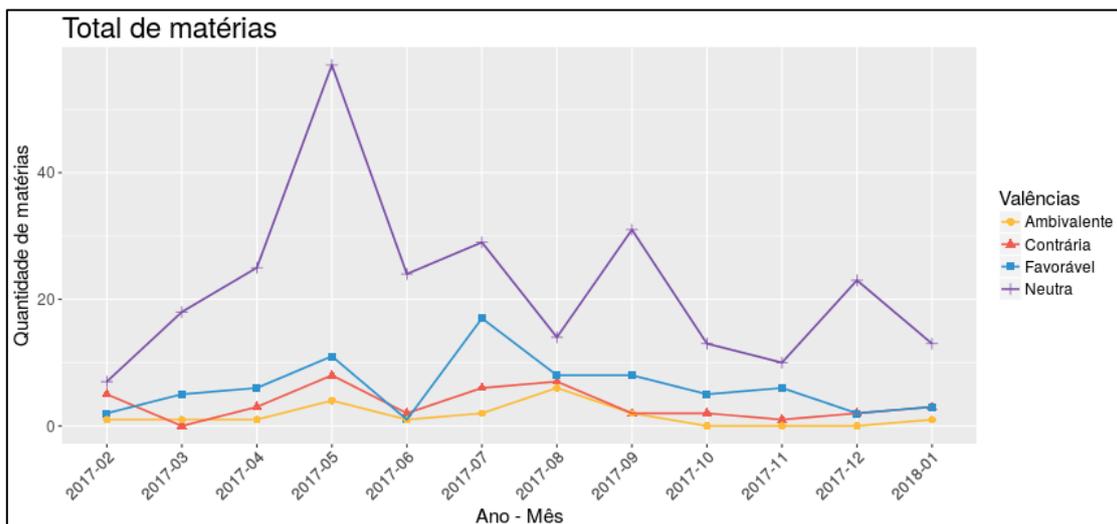


Fonte: Manchetômetro (2018)

Gráfico 2 - Total de matérias exibidas entre janeiro de 2017 e janeiro de 2018 no Jornal Nacional. Valências sobre o presidente Lula.

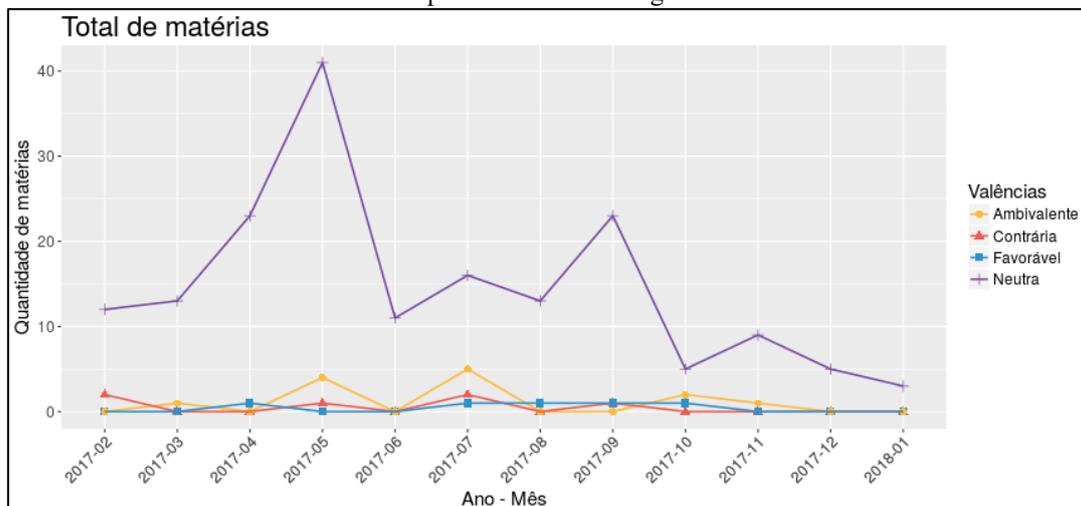


Fonte: Manchetômetro (2018)



Fonte: Manchetômetro (2018)

Gráfico 4 - Total de matérias publicadas entre janeiro de 2017 e janeiro de 2018 nos Jornal Nacional. Valências sobre o presidente o Juiz Sérgio Moro.



Fonte: Manchetômetro (2018)



Os gráficos mostram com detalhes o grande engano de que se tem de que a mídia concretiza o seu papel de informar de forma imparcial, o que se tem visto é uma mídia que se posiciona e manipula a opinião pública, que pressiona as instituições a seguirem seu ditames, sob pena de jogar a opinião pública em seu encalço. Embora o Jornalismo tenha como função técnica agir em benefício e a serviço da população, nem sempre ele está nessa posição, muitas vezes usa da boa-fé e da inocência das pessoas para conseguirem o que querem, manipulando-as a tomarem posicionamentos que vão lhes beneficiar política e economicamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se com este estudo que a mídia compreende os diversos meios de comunicação, como rádio, televisão, jornais, revistas, internet, entre outros. Na modernidade ela perdeu parte do seu caráter instrutivo devido a globalização capitalista submetendo-se ao poder econômico figurando como influenciadora ao consumo.

Democraticamente a mídia torna-se o instrumento da liberdade de expressão de informação fomentando a sociedade com fatos e acontecimentos da realidade cotidiana. Por meio dela, o indivíduo recebe o conhecimento repassado e escolhe posições críticas acerca de determinado assunto, bem como fiscaliza e exerce interação com os fatos ocorridos ao seu redor ou até mesmo em outra extremidade do mundo. Verificou-se que os contornos jurídicos da mídia se encontra atrelada ao direito fundamental de liberdade de expressão e de informação.

Observou-se que os meios de comunicação auxiliam o Poder Judiciário na função de tornar públicos seus atos. Tal publicidade é uma necessidade política essencial, possibilitando a aproximação da sociedade do Judiciário. E que a opinião dos doutrinadores é de que a mídia ao divulgar notícias de fatos criminosos exerce papel relevante como uma agência penal.

Se pode discutir a espetacularização das notícias criminais mostrando como a mídia, não importando o formato, tamanho e tom, é um sistema de controle do poder de punir, escondendo por traz da notícia um espetáculo que influencia opiniões e muitas vezes provoca uma condenação antecipada de acusados, desrespeitando os direitos fundamentais do réu, exagerando no foco das questões abordadas com intuito de ganhar maior audiência.

Concluiu-se que a mídia atua de forma desproporcional com as notícias criminosas, tornando cada fato um espetáculo com o intuito de ganhar audiência. Especificamente, no caso destacado neste estudo sobre a operação “Lava Jato”, constatou-se que a mídia foi desproporcional quanto ao uso do espaço para comunicação dos fatos, se posicionando de forma

velada e manipulando a opinião pública, escancarando para a sociedade detalhes particulares e de foro íntimo das pessoas, desrespeitando direitos fundamentais dos acusados.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.42, São Paulo/SP, 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

_____. Imprensa e justiça. **Jornal O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opinioao/imprensa-justica-18540968>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BODERNAVE, Jua E. Díaz. **O que é comunicação**. Coleção: Primeiros Passos. Brasília: Editora Brasiliense, 1994.

BUJES, Janaina de Souza. **A mídia no banco dos réus: apontamentos acerca da influência dos meios de comunicação de massa nas decisões judiciais de processos criminais**. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina. 2009.

D'OLIVEIRA, Marcele Camargo; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. A midiatização no direito penal: uma conjuntura pragmática sensacionalista. **Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Universidade Federal de Santa Maria – Santa Maria/RS, 30, 31 mai e 01 jun. 2012. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/1.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ESTADÃO. Leia a transcrição dos grampo que pegaram Lula. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-a-transcricao-dos-gramos-que-pegaram-lula/>>. Acesso em 04 jul. 2018.

ESTADÃO. Associações de jornalismo criticam divulgação de conversa com jornalista Reinaldo Azevedo. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,associacoes-de-jornalismo-criticam-divulgacao-de-conversa-com-jornalista-reinaldo-azevedo,70001811631>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. Ouça a íntegra das conversas de Lula reveladas na Lava Jato. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1750807-ouca-a-integra-das-conversas-de-lula-reveladas-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

FORUM. Abraji diz que “vê com preocupação” a divulgação de ligação de Reinaldo Azevedo. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/2017/05/23/abraji-diz-que-ve-com-preocupacao-divulgacao-de-ligacao-de-reinaldo-azevedo/>>. Acesso em 05 jul. 2018.

G1. Lula sabia ou desconfiava que estaria sendo interceptado, diz Moro. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/lula-sabia-ou-desconfiava-que-estaria-sendo-interceptado-diz-moro.html>> Acesso em: 04 jul. 2018.

G1. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

GAZETA DO POVO. Entenda as ilegalidades na divulgação do grampo de Reinaldo Azevedo e Andrea Neves. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/entenda-as-ilegalidades-na-divulgacao-do-grampo-de-reinaldo-azevedo-e-andrea-neves-c5bk84bogqurjpyovxumz1q7w/>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

GARCIA, Naiara Diniz. **A mídia versus o poder judiciário:** a influência da mídia no processo penal brasileiro e a decisão do juiz. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, MG, 2015.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, ago. 2016.

GOMES, Luis Flávio. O espetáculo do populismo penal midiático. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3283, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22115>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

_____; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo penal midiático caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/21/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/>> Acesso em: 21 ago. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal.** Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Venâncio A. de. Revisitando as sete teses sobre a mídia e política no Brasil. **Comunicação & Sociedade**, ano 30. N. 51, p. 13-37, jan./jun. 2009.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Criminalização e subsistema penal de exceção.** São Paulo: Juruá, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, Paulo Eduardo Duarte de. **Processo penal e mídia: a cultura do medo e a espetacularização dos juízos criminais.** Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso lava jato.** Disponível em: <<http://www.mpf.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>> Acesso em: 30 ago. 2020.

mpf.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico> Acesso em: 30 ago. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

R7. PGR errou ao divulgar conversas entre jornalista e irmã de Aécio, dizem juristas. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/pgr-errou-ao-divulgar-conversas-entre-jornalista-e-irma-de-aecio-dizem-juristas-24052017>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

SANCHEZ, Jesus-Mária Silva. **Expansão do direito penal.** Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**, v.6, out. 2010.

SERRANO, Pascual. **Democracia e liberdade de imprensa.** In: MORAES, Dênis; RAMONET, Ignácio; SERRANO, Pascual. Mídia, poder e contrapoder: Da concentração monopólica à democratização da comunicação e Book Kindle. São Paulo: FAPERJ, 2013.

SILVA, Ricardo Guilherme Corrêa. **A tutela inibitória do direito de imagem de pessoa pública.** Curitiba, PR: CRV, 2013.

_____; MANNA, Raquel de Freitas; MALINOWSKI, Manuella de Oliveira Soares (org). **Jurisdição, Estado e cidadania:** temas contemporâneos e suas reflexões. Birigui, SP: Boreal, 2014.

SIMI, Felipe H. **O populismo penal midiático e sua forma vingativa de punir.** Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/21/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/>> Acesso em: 20 jun. 2020.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, 2013.

CAPÍTULO 3

TERCEIRIZAÇÃO: AS PRINCIPAIS MUDANÇAS DA REFORMA TRABALHISTA

Larissa Carlota Moreira Araújo
Uérlei Magalhães de Morais

RESUMO

O presente Artigo tem por finalidade analisar a terceirização no direito do trabalho e as atualizações da reforma trabalhista que trouxeram importantes mudanças na Lei nº 6.019/74. Utilizando de uma pesquisa exploratória e um levantamento bibliográfico para melhor compreensão acerca do tema, observamos que a terceirização por si só é polêmica, trazendo sérias dúvidas em relação a suas reais possibilidades, uma vez que consiste em uma forma de organização estrutural que permite a transferências de atividades para outras empresas, proporcionando um direcionamento maior de recursos para os empregadores e menor para os empregados, evidenciando assim, que apesar das lutas das categorias a fim de atingir a dignidade da pessoa humana através de mais direitos e melhores condições de vida e trabalho, que por mais que avanços sejam conquistados ao longo dos anos, investidas por parte das entidades patronais serão lançadas na tentativa de flexibilizar os direitos trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVES: Reforma Trabalhista, Terceirização, Lei 6.019/74.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como análise a terceirização, e as atualizações da Reforma Trabalhista, que trouxeram importantes mudanças na Lei nº 6.019/74, especialmente em quatro aspectos: em relação as hipóteses legais para a contratação de trabalhadores temporários, as responsabilidades do tomador de serviços, prazo de contratação e a atividade-meio/fim.

A Terceirização consiste na contratação de empresas especializadas para prestar determinados serviços. Para os empregadores, a terceirização é uma ótima alternativa para garantir uma redução de custos e melhorar a qualidade dos serviços prestados, visto que para cada finalidade existe uma empresa especializada. No entanto, para os trabalhadores essa realidade pode ser bem diferente, tendo em vista a precarização dos salários e a diminuição significativa de seus direitos em relação aos trabalhadores próprios.

Portanto, este tema foi escolhido em decorrência das inúmeras reclamações de trabalhadores de empresas terceirizadas, os quais expressaram a sua revolta por terem seus direitos violados.

A metodologia a ser aplicada neste trabalho será de natureza de pesquisa aplicada, objetivando gerar conhecimentos para a aplicação prática, envolvendo interesses locais,



pautada na pesquisa de leis, em livros de doutrina, matérias jornalísticas e artigos pertinentes ao tema.

Esta pesquisa servirá para reanalisar o tema abordado por se tratar dos direitos trabalhistas, que visa melhorar a qualidade de vida social, familiar e financeira.

Quanto ao ponto de vista de seus objetivos, será uma pesquisa exploratória, envolvendo maior familiaridade com o problema através de levantamento bibliográfico, tais como artigos, jurisprudências, utilizando método dedutivo e dialético.

TERCEIRIZAÇÃO

Conceito

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2014, p.51), terceirização é a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e o tomador de serviços, caracterizada pela não coincidência do empregador real com o formal, ou seja, é viabilizado ao tomador de serviço fazer uso de mão-de-obra prestada por trabalhador cuja relação empregatícia se dá com outra empresa.

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho e jus trabalhista que lhe seria correspondente.

Entende-se que a relação trilateral é distinta do modelo clássico empregatício, que seria o bilateral, sendo apenas empregador e a empresa tomadora, trazendo graves desajustes, por contrariar a finalidade do direito, por haver uma subcontratação, pois a relação bilateral é regra de todos os contratos e a terceirização é exceção, causando certas inseguranças ao trabalhador.

A terceirização é um assunto novo no Direito do Trabalho, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas décadas.

No final da década de 1960 e início dos anos 70, a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada à terceirização, mas ainda não designado qualificador naquela época. Mesmo assim, essa referência dizia respeito apenas ao segmento público.

Nos anos de 1980 e 90, a jurisprudência trabalhista generalizava mais a terceirização no âmbito do mercado de trabalho do país, ou seja, começou o desenvolvimento em algumas áreas do meio trabalhista.

A terceirização pode ser dividida em: a) Permanente ou temporária; b) atividade-fim ou de atividade-meio; c) regular ou irregular; d) voluntária ou obrigatória.

CASSAR (2011, p. 515) define cada uma das divisões nos seguintes dizeres:

a) Temporária é aquela adotada por curto período, para atender demanda eventual (transitória); Permanente, a terceirização que pode ser contratada de forma contínua, para necessidade permanente da empresa, como é o caso dos vigilantes; b) É possível terceirizar serviços ligados à atividade-fim do tomador, para substituição de pessoal regular e permanente ou para acréscimo extraordinário de serviço; A terceirização de serviços vinculados à atividade-meio é a regra; c) Regular é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador, ou quando a Administração Pública contratar por licitação em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público; Irregular é a terceirização que, embora a lei não proíba, viola princípios básicos do Direito do Trabalho ou regras Administrativas; d) Voluntária é aquela que o empresário escolhe se quer ou não terceirizar os serviços; Obrigatória é a terceirização em que a lei impõe a contratação do trabalhador por interposta pessoa.

Diante deste dito de Cassar, fica claro que a terceirização é uma forma de organização estrutural que permite a transferências de atividades para outras empresas, proporcionando um direcionamento maior de recursos.

Evolução histórica da terceirização no mundo

De acordo com os ensinamentos de Coutinho (2015, p.35), houve um aumento de produtividade industrial entre os anos de 1945 e 1970, durante a vigência do *welfarestate* norte americano, onde como resultado intensificou-se a busca do lucro, o emprego, a renda e a acumulação de capitais somados ao surgimento de novas tecnologias e do surgimento das políticas públicas.

Também foram determinantes para este período a utilização de novas fontes de energias e combustíveis que deram impulso para a terceira geração da revolução industrial. É neste momento que surge a terceirização.

Seguindo o mesmo entendimento, para Junior Ophir Cavalcante (1996, p.70), a terceirização teria surgido durante a 2ª Guerra Mundial, nos Estados Unidos, quando as empresas bélicas passaram a delegar a outras empresas atividades que davam suporte a produção fim, concentrando-se nas essenciais, e que o processo se tornou comum após o fim da guerra, conforme preceitua o referido autor.

Conclui-se, que o surgimento da terceirização se dá num momento de extrema necessidade de produção de bens, como foi o caso da segunda guerra mundial, nos Estados Unidos, onde era necessário a rápida produção de material bélico, tendo pela primeira vez no mundo, sido movimentados milhares de trabalhadores para exercer esta atividade, demandando organização, qualificação de trabalhadores e aprimoramento dos bens fabricados.

História da terceirização no Brasil

Para a melhor compreensão da propositura deste trabalho faz-se mister compreender a história do capitalismo brasileiro com o objetivo de avaliar a exploração da força de trabalho e consequentes desdobramentos e repercussões para a modernidade das relações trabalhistas do país.

Se há uma característica marcante nas relações de trabalho iniciadas na época da colonização, esta, sem dúvida é a exploração do trabalhador. O caráter mercantil daquela época já era caracterizado com feição capitalista apesar da escravidão de negros e índios nas relações de servidões rurais.

A finalidade primordial da colonização em toda a América combina linearmente com o desenvolvimento econômico mundial que se tratava de uma intensificação do capitalismo através da acumulação primitiva de capital, baseando-se na exploração da força de trabalho servil e pela acumulação de riquezas naturais.

Através da acumulação de capitais propiciada pelo setor cafeeiro foi possível dar início à industrialização no país tendo como força de trabalho imigrantes que chegaram ao país, compreende-se esta pela primeira fase de industrialização no país. Já a segunda fase é marcada pela ruptura existente entre as relações latifundiárias com a industrialização no que tange a forma independente de realizar os lucros. A terceira fase se baseou na era da grande indústria dos setores estratégicos como as áreas da metalurgia, do petróleo, químicos e farmacêuticos.

O capital brasileiro sempre foi dependente das relações com nações mais desenvolvidas, principalmente as dotadas de características imperialistas. Esta dependência muito comum em economias periféricas gerava déficits advindos das desvantagens dos negócios estabelecidos com estas nações, buscando na exploração da força de trabalho uma compensação para este desequilíbrio.

Foi apenas nos anos de 1930 com o fim da República Velha que direitos sociais aos trabalhadores foram reconhecidos pelo estado, porém, ainda poucas e insuficientes se comparadas às de outros países na mesma época, mas tendo a partir daí sido travadas diversas lutas que culminaram mais tardiamente com a criação da CLT.

"A partir da constituição de 1934 deu-se a regulação do trabalho pelo Estado, como reconhecimento dos direitos sociais conquistados depois de três décadas de intensas lutas dos trabalhadores organizados em partidos operários e sindicatos. A consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tratou de ampliar esses direitos. A CLT, de 1943, ampliou, nas perspectivas de alcance de quantidade, os direitos trabalhistas, tais como férias anuais remuneradas, a jornada semana, o salário mínimo, o descanso

semanal e a contratação do trabalhador por prazo indeterminado como regra, entre outras garantias trabalhistas." (COUTINHO, 2015, p.104)

Dentro de tal contexto, entre as lutas de classes por mais direitos e a luta das entidades patronais para a flexibilização dos direitos dos trabalhadores começa a surgir a terceirização com a sua capacidade de mitigar direitos trabalhistas.

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Artigo 455 da CLT

A CLT traz em sua redação originária uma primeira forma de “terceirização” revista no artigo 455 da CLT que diz respeito a subcontratação de mão de obra.

De acordo com Vólia Bomfim Cassar (2014, p.523), trata-se da primeira terceirização legalmente prevista. Para a referida doutrinadora, tal artigo trata-se da possibilidade da subcontratação de operários pelo empregador principal, dono do empreendimento.

Explica Cassar:

O subempreiteiro pode ser uma pessoa física ou pessoa jurídica que contrata operários empregados e os coloca à disposição de um empresário, de quem recebem ordens, relacionando-se diretamente com os empregados deste, inserindo-se na atividade-fim do empregador principal ou em atividades conexas. O subempreiteiro nada mais é do que um intermediário entre o operário e o empregador natural, que impede o vínculo de emprego com este, pois é o empregador legal. É a figura do *merchandise*, vedada em diversos países, mas permitida legalmente aqui no Brasil.

Analisando a citação acima, é perceptível que mesmo com as conquistas de direitos cívicos e trabalhistas ao longo de décadas que a cultura da exploração do trabalhador permaneceu desde o início enraizado no D.N.A das relações trabalhistas.

Basicamente ao mesmo tempo em que foram sendo previstas em lei, os anseios das massas exploradas no mesmo corpo legal, foram sendo inseridas aos poucos as flexibilizações necessárias de interesse dos empregadores.

Entendendo que o instituto da terceirização nem havia de fato nascido, não merecendo, portanto, qualquer outro apontamento mais importante.

Porém, é importante frisar que tal fato deu-se em decorrência a respeito do referido artigo, justamente por este acompanhar a época da elaboração da CLT, década de 40, momento em que o desenvolvimento econômico nacional ainda estava por se desenvolver.

É importante lembrar, que apesar do advento da CLT, que não necessariamente as regras passaram ser cumpridas, sendo que mesmo com os dispositivos legais adquiridos, milhares de



trabalhadores continuaram marginalizados sem que pudessem ter uma efetiva atuação da justiça para efetivarem seus direitos.

Súmula 256 do TST

Foi em meados da década de 80 que foi editada a súmula 256 do TST que trouxe pela primeira vez aspectos de orientação muito relevantes, haja vista que fixava de modo objetivo e claramente as exceções na ordem jurídica para a contratação de trabalho terceirizado, mantendo-se a regra geral da contratação prevista pela CLT onde existia como regra a bilateralidade.

Informava a súmula 256, TST: Salvo os casos previstos nas Leis 6.019, de 3 do 1 de 1974 e 7.102, de 20 do 6 de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresas interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviço.

Porém em 1994, com as mudanças políticas e novas tendências capitalistas foi feita a revisão da referida sumula, sendo editada então a súmula 331, TST.

Novamente, sendo possível verificar, que toda vez que há uma necessidade de modernização das relações trabalhistas, altera-se a lei para permitir novas modalidades de contratação, como foi o caso da revogação da súmula 256 pela 311 do TST.

Súmula 331 do TST

Editada em 1993 a Súmula 331, é o principal elemento normativo trabalhista no âmbito da terceirização no país, de modo que sua análise é de fundamental importância. Cumpre salientar que em 2011 houve alteração pelo TST da Súmula supramencionada, as mudanças foram: alteração do inciso IV, bem como a inclusão dos incisos V e VI, que passaram a delimitar como deve ser a aplicação da norma.

A súmula 331 do TST traz na atualidade o conteúdo mais relevante a respeito da questão legislativa da terceirização no Brasil.

Em 2011 a súmula passou por alterações no texto do inciso IV e a inserção de mais dois incisos evidenciando a necessidade de adaptar o instituto da terceirização de tempos em tempos para que se amolde as necessidades econômicas do país.

A referida súmula sintetiza atual disciplina jurídica da terceirização no Brasil sendo através dela possível a contratação lícita da terceirização nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, serviços de conservação e limpeza e demais serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Os casos que não se amoldarem aos incisos são considerados inválidos, gerando como consequência o vínculo de emprego com o tomador de serviços privado.

Pode-se concluir até aqui que apesar das lutas das categorias a fim de atingir a dignidade da pessoa humana através de mais direitos e melhores condições de vida e trabalho que por mais que avanços sejam conquistados, investidas por parte das entidades patronais serão lançadas na tentativa de flexibilizar os direitos trabalhistas.

De todos os meios possíveis para malear os direitos dos trabalhadores, é perceptível frente as diversas alterações legislativas ao longo das décadas, que a terceirização é válvula de escape para que se possa desconstruir as conquistas oriundas da CLT.

CARACTERÍSTICAS

Terceirização lícita e ilícita

Segundo Sérgio Pinto Martins (2007, p.158) a terceirização lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não podendo fraudá-los distanciando-se da existência da relação de emprego. Portanto, a terceirização ilícita é a que se refere a locação permanente de mão de obra, que pode se dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores.

O Enunciado da Súmula nº 256 do Col. TST considerava ilegal toda e qualquer forma de contratação de trabalhadores por empresa interposta, firmando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, salvo nas hipóteses de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e de vigilância em estabelecimentos financeiros (Lei n. 7.102/83).

“Súmula nº 256 do TST – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Histórico: **Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994. Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986”.** (TST, Súmula nº 256)

Na vigência do referido enunciado, apenas o trabalho temporário e a vigilância em estabelecimentos financeiros podiam ser objeto de contratação através de interposta pessoa, ou seja, de forma terceirizada, sendo que toda e qualquer outra contratação sob tal modalidade era reputada ilícita e o vínculo trabalhista era fixado com o tomador de serviços, que era responsabilizado por toda e qualquer obrigação trabalhista dele decorrente.



Entretanto, à margem da previsão normativa, foram sendo criadas inúmeras outras hipóteses de contratação de trabalhadores em regime de terceirização, relativamente a serviços de conservação e limpeza, vigias diversos, ascensoristas e inúmeros outros, o que obrigou o TST a rever o Enunciado n. 256.

Referido esforço hermenêutico por parte do Col. TST implicou revisão do Enunciado n. 256, através do Enunciado n. 331, mais consentâneo com a evolução do tema.

Foram ampliadas as hipóteses de terceirização lícita, mantendo-se, dentre elas, a do trabalho temporário, destacado no inciso I do enunciado, bem como os serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83), já consideradas lícitas pelo Enunciado da Súmula nº. 256 do TST.

Foram inseridas outras hipóteses de terceirização lícita, quais sejam: a de conservação e limpeza e a de serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, assim entendidas aquelas periféricas ou que não dizem respeito à função preponderante da empresa, mas que a auxiliam a atingir seus objetivos.

O inciso III do Enunciado da Súmula nº 331 do TST condicionou a validade da fórmula terceirizante, nos três últimos casos, vigilância, conservação e limpeza e atividades meio, à inexistência de pessoalidade e subordinação direta ao tomador de serviços.

Diante da enumeração das hipóteses em que é válida a terceirização de serviços, conclui-se ser ela ilícita quando envolve a atividade-fim da empresa, sendo que a consequência é o estabelecimento do vínculo diretamente com o tomador dos serviços.

Quando a terceirização de serviços, envolvendo a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, for reputada ilícita, não se pode reconhecer com ela vínculo empregatício, em face da proibição contida no inciso II do art. 37 da Constituição da República (BRASIL, 1988), que exige o concurso público, para a validade do contrato de trabalho. Esta é a previsão inserida no inciso II do Enunciado n. 331 do Col. TST.

Assim, podemos perceber que a terceirização por si só é polêmica, trazendo sérias dúvidas em relação a suas reais possibilidades, haja vista que sua lisura se encontra em um simples liame subjetivo do patrão que pode delegar uma atividade de fazer um simples cafezinho na empresa para ele todas as manhãs para funcionária de empresa terceirizada de segurança, configurando desde já um vínculo entre ambos através da subordinação, comprometendo assim a licitude da terceirização.

Terceirização de atividade Meio/Fim

Se há um aspecto sobre a terceirização que precisa ser abordado trata-se da terceirização de atividade meio e atividade fim.

Para Delgado as atividades fins podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência dinâmica empresarial do tomador de serviços.

É importante ressaltar que no Brasil a terceirização de atividades fins é permitida, porém, nos casos previstos em lei como por exemplo nos termos da lei nº 6.019/74 que se refere ao trabalho temporário

Porém não ouvido que se trata de exceção e que prevalece o entendimento de que é defeso em regra geral a terceirização de atividades-fim, sendo permitido apenas as de atividades-meio.

Com efeito, Cassar (2014, p.507) ainda faz um paralelo entre os conceitos de regularidade da terceirização com atividades meios e fins.

A regular é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviços, ou quando a Administração Pública contratar por licitações em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público.

Fica evidente, diante do posicionamento doutrinário, que mesmo a terceirização tendo sido flexibilizada com o decorrer das décadas, não foi alterado em peso as possibilidades de uma abertura geral para as terceirizações de atividade finais das empresas.

RESPONSABILIDADE DO TOMADOR

Atualmente a contratante poderá ser acionada na Justiça se a contratada não pagar os direitos trabalhistas e previdenciários (responsabilidade subsidiária).

Atualmente, a empresa que contrata a prestadora de serviços responde na Justiça se não houver o cumprimento de obrigações trabalhistas. Pelo projeto, essa responsabilidade diminui. Desde que fiscalize o cumprimento das regras trabalhistas pela contratada, exigindo comprovantes mensalmente, a empresa não pode ser responsabilizada. (CASTRO, 2016)

De acordo com José Roberto Castro (NEXO JORNAL, 2016), se a contratante fiscalizar os pagamentos, a responsabilidade continua subsidiária, mas se ela não fiscalizar, passa a ser solidária e a contratante pode ser acionada na justiça juntamente com a contratada.



Na terceirização, surge a figura do tomador de serviços, que contrata empresa ou pessoa física, para intermediar a prestação laboral, estando os trabalhadores a ela vinculados.

A relação de emprego se estabelece com a empresa ou pessoa física, cuja atividade consiste em disponibilizar mão de obra para outrem, havendo uma dissociação dos elementos que caracterizam a relação de emprego, nos moldes tradicionalmente previstos pela legislação trabalhista, uma vez que o beneficiário final dos serviços não é o empregador dos trabalhadores envolvidos no processo produtivo. Delgado (2002, p.417) assevera que: “Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente.”

Ressalta, ainda, o emérito doutrinador, que o fenômeno da terceirização rompe com o clássico modelo de contrato de trabalho, quando dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista correspondente, sendo esta a razão pela qual é vista como exceção na forma de contratação de trabalhadores.

Importa notar, ainda, que a implementação da terceirização de serviços, inicialmente, decorreu da tentativa de se promover a descentralização administrativa, objetivando melhor qualidade e produtividade das empresas, através da parceria empresarial.

Neste sentido, Jarbas Vasconcelos, citado por José Luiz Ferreira Prunes, (1997, p .21) afirmou:

“Quando se fala em terceirização como um instrumento de flexibilização empresarial, deve-se entender de imediato a terceirização como uma espécie de gênero de parceria empresarial. Donde se conceitua a terceirização como convergência de esforços sociais produtivos, com o objetivo de qualidade e produtividade.”

Entretanto, em um segundo momento, mudou-se o objetivo da terceirização, que passou a ser utilizada objetivando a redução dos custos empresariais, com decréscimo no padrão salarial dos empregados e sem grande preocupação dos tomadores de serviços relativamente à idoneidade da empresa prestadora de serviços, pois o seu objetivo é tão somente a redução de custos.

O inciso IV da Súmula n. 331 do TST consagrou a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando houver o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do empregador.

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.” (TST, Súmula nº 331)



Como requisito para a responsabilização do tomador de serviços, foi consignado no enunciado à exigência de que ele houvesse participado da relação processual e que também constasse do título executivo judicial.

A responsabilidade atribuída ao tomador de serviços tem como fundamento a culpa aquiliana, por fato de terceiro, embasando-se nas culpas presumidas, *ineligendo e invigilando*.

Na terceirização de serviços, onde se estabelece relação trilateral, com contrato entre a empresa tomadora dos serviços (cliente) e a empresa prestadora dos serviços (terceira) e entre esta e o empregado, a responsabilidade do tomador de serviços, nos termos previstos no Enunciado da Súmula nº 331 do Col. TST decorre de ato de terceiros.

Em sentido diverso, há julgamentos em que a responsabilização do tomador de serviços é afastada em decorrência da licitude da terceirização, embasando-se na ideia de que a prática de ato lícito não pode gerar qualquer responsabilidade indenizatória.

Há ainda uma terceira linha de pensamento, que, à ideia de culpa por ato de terceiro, acresce o entendimento de que a responsabilidade é uma decorrência do risco empresarial (responsabilidade objetiva).

Conforme exposto, é de se ressaltar que a inserção de cláusula no contrato que vincula o tomador de serviços e a empresa terceira, no sentido de isentar o primeiro de responsabilidade em relação a créditos dos empregados desta, não gera qualquer efeito trabalhista, em que as normas são de ordem pública, sendo os direitos trabalhistas irrenunciáveis e insuscetíveis de negociação, salvo se delas nenhum prejuízo resultar para o trabalhador, nos termos do art. 468 da CLT (BRASIL, 1943).

Responsabilidade do tomador na reforma trabalhista

Com a mudança, o contrato celebrado entre a empresa de contrato de trabalho temporário e a tomadora de serviços ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da Tomadora, expressamente na nova redação da Lei 6.019/74 (BRASIL, 1974):

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§3º—É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

Assim, a empresa contratante é a responsável por garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores temporários, bem como deverá estender ao trabalhador



temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados.

A empresa tomadora é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, não ficando mais a cargo do Judiciário essa decisão.

PRAZO DO CONTRATO TEMPORÁRIO

O prazo de vigência do contrato de trabalho temporário foi uma das mudanças importantes e discutidas com a Lei 13.429/2017 (BRASIL, 2017). Desta forma, o contrato não poderá exceder o prazo de 180 dias, e não mais 90 dias consecutivos ou não, e ainda poderá ser prorrogado por mais 90 dias, desde que comprovada a manutenção das condições que o deram causa.

“Art. 9 § 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.
§ 2º. O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.”

Por exemplo, um funcionário foi contratado por 180 dias, sendo que próximo ao fim, constatou-se a necessidade da continuidade do contrato pelos mesmos motivos que este foi contratado. Com isso, prorroga-se o contrato e para referida prorrogação não será mais necessária a autorização do Ministério do Trabalho e Emprego.

Portanto, o contrato de trabalho temporário, passa a ter o prazo máximo de 270 dias e não será mais necessário a intervenção do Ministério do Trabalho para autorizar a prorrogação do contrato de trabalho temporário.

Todavia, o trabalhador temporário que cumprir o período de 270 dias somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora em um novo contrato temporário, após 90 dias do término do contrato anterior.

A nova redação da Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974) estabelece uma espécie de quarentena, uma vez que o mesmo empregado só poderá prestar serviços para a mesma tomadora depois de noventa dias do término do primeiro contrato sob pena de restar caracterizado o vínculo de emprego diretamente com o tomador.

ATIVIDADE MEIO/FIM

A atividade meio e fim no contrato de trabalho temporário, foi outra inovação que merece atenção, pois agora, por força de lei, o trabalhador temporário poderá executar suas

funções tanto para o desenvolvimento de atividades-meio como para as de atividades-fim na empresa tomadora de serviço, conforme expressa a Lei 13.429/2017 (BRASIL, 2017) em seu artigo 9º §3º:

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Pela redação antiga, essa possibilidade era inexistente.

A contratação de trabalho temporário ficará restrita às hipóteses de necessidade transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços, conforme nova redação do art. 2º da Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974):

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. § 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

Isso significa que a Súmula nº 331 do TST ainda continuará sendo aplicada, pois já era possível contratação de empregado temporário para a atividade-fim (no caso de substituição de empregado em gozo de auxílio-doença, por exemplo).

CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES TEMPORÁRIOS

Inicialmente, a nova lei alterou as hipóteses legais para a contratação de trabalhadores temporários, antes as hipóteses legais eram a substituição provisória de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços, a nova lei manteve a substituição, mas, alterou o acréscimo extraordinário para demanda complementar de serviços.

Tal alteração está previsto no artigo 2º e parágrafo 2º da Lei 6.019/74 (BRASIL, 1974):

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

Com esta mudança, ampliam-se os motivos justificadores para contratações de trabalhadores temporários para demandas previsíveis e imprevisíveis.

A pessoa física não pode mais ser empresa prestadora de serviços, somente a pessoa jurídica, conforme expressa o art. 4º da Lei 6.019/74 (BRASIL, 1974):

Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

A empresa tomadora passa a ser responsável pelo cumprimento das normas de segurança, higiene e medicina do trabalho em relação aos empregados temporários que prestem serviços em suas dependências ou em local por ela designados, além de ter que estender o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados diretos, conforme artigo 9º, §1º da Lei 6.019/74 (BRASIL, 1974):

"Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà:

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado."

O prazo do contrato temporário que era de três meses passa a ser de 180 dias, podendo ser prorrogado por mais 90 dias, consecutivos ou não, sem a necessidade de autorização do MTE.

A nova redação da Lei nº 6.019/74 (BRASIL, 1974) estabelece uma espécie de quarentena, uma vez que o mesmo empregado só poderá prestar serviços para a mesma tomadora depois de noventa dias do término do primeiro contrato, sob pena de restar caracterizado o vínculo de emprego diretamente com o tomador;

"Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior."

Caso a empresa tomadora dos serviços queira contratar o empregado temporário de forma direta, não poderá celebrar contrato de trabalho por prazo determinado. Isso significa que o contrato deverá ser feito por prazo indeterminado.

NATUREZA JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A natureza jurídica da terceirização é contratual, haja vista que se trata de um acordo de vontades celebrado entre as partes, onde de um lado está a empresa contratante, denominada tomadora e do outro lado, figura a empresa que prestará o serviço, ou prestadora.

De acordo com Martins, dependendo da hipótese em que a terceirização for utilizada, haverá elementos de vários contratos, sejam eles nominados ou inominados.



No entanto, conforme o entendimento de Evaristo de Moraes, a terceirização, portanto, enquadra-se em uma das espécies contidas no gênero denominado contratos de atividade, entendidos como aqueles em que alguém se compromete a colocar sua atividade em proveito de outrem mediante remuneração.

Outrossim, para que a terceirização seja considerada lícita, deverá haver uma relação de emprego entre o trabalhador e a chamada prestadora de serviços, ao passo que o mesmo, terá com a empresa tomadora do serviço apenas uma relação de trabalho.

Pode-se afirmar que a terceirização, apesar de originar um contrato fundado no Direito Civil e produzir efeitos também no Direito Comercial, é estudada e regulamentada pelo Direito do Trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste Artigo entende-se que a terceirização é um assunto relativamente novo no direito do trabalho, e consiste em uma forma de organização estrutural que permite a transferência de atividades para outras empresas, proporcionando um direcionamento maior de recursos para os empregadores.

A CLT em sua redação originária, trouxe a primeira forma de terceirização prevista no seu artigo 455, que diz respeito a subcontratação de mão de obra.

Em meados da década de 80, foi editada a súmula 256 do TST, que trouxe orientações muito relevantes e de modo objetivo para a contratação do trabalho terceirizado. Já no início da década de 90, foi editada a Súmula 331 do TST, que é o principal elemento normativo trabalhista no âmbito da terceirização

Através da ordem cronológica dos fatos apresentados neste Artigo, podemos observar que mais uma vez na história, uma medida é tomada, no caso, a reforma trabalhista e a alteração da Lei 6.019/74, com o controverso argumento de levar segurança jurídica aos trabalhadores terceirizados, para na verdade favorecer os interesses do mercado, representado pelas entidades patronais.

Corroborando este entendimento, outras medidas poderiam ter sido tomadas para evitar a precarização do trabalho através da redução de impostos e das tributações sobre os salários, a fim de beneficiar o empregador e pequenos empresários e aliviar o peso econômico do trabalhador sobre as empresas.

Diante disso, podemos evidenciar que este choro da classe produtora é ao mesmo tempo acompanhado de bilhões de impostos sonegados e na sequência perdoados pelo atual governo, o que mais uma vez leva-se a considerar as contradições nos argumentos favoráveis a terceirização irrestrita como sendo condições especiais.

Destarte, é imperioso ainda concluir que apesar das lutas das categorias a fim de atingir a dignidade da pessoa humana através de mais direitos e melhores condições de vida e trabalho, por mais que avanços sejam conquistados, investidas por parte das entidades patronais serão lançadas na tentativa de flexibilizar os direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho de 1943**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acessado em 17 de junho 2021, 01:06:48

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 18 de agosto 2021, 10:46:25

BRASIL, **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10200.htm>. Acesso em 21 de set 2021, 08:02:53

BRASIL, **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em 18 de set 2021, 10:05:46

BRASIL, **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em 28 de set 2021, 18:36:48

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói, RJ: 5ª ed., Impetus. 2011.

CASTRO, José Roberto, **Nexo Jornal**, disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/06/20/Temer-quer-terceirização-aprovada-em-2016.-O-que-muda-com-a-medida>>. Acesso em: 06 de junho. 2021, 20:36:14

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização, Máquina de Moer Gente Trabalhadora**. 1 ed. São Paulo: Ltr, 2015

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo: Ltr, 2010

JUNIOR, Ophir Cavalcante. **A terceirização das Relações Laborais**. 1. Ed. São Paulo: Ltr, 1996



MAGALHÃES, Juíza Maria Lúcia Cardoso de, **Ementa**, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/45915156/trt-23-22-07-2010-pg-45>>. Acesso em 28 de agosto. 2021, 19:23:38

MARTINS, Flademir Jerônimo. Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 1ª ed., 2009.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**, 1. ed. 3ª tiragem, Curitiba: Juruá, 1997, p. 21

Tribunal Superior do Trabalho, **Súmulas**, disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em 26 de setembro. 2021, 10:25:03

CAPÍTULO 4

ADEQUAÇÕES DAS PLATAFORMAS VIRTUAIS DE ENTREGA DE ALIMENTOS FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS¹

Franciele Karla Busanelo
Kássia Costa
Matheus Pauletto Bisognin
Vagner Facco Martins

RESUMO

A pandemia declarada pela Organização Mundial da Saúde promoveu o distanciamento social e, como consequência, a ascensão no uso das plataformas digitais pelos usuários e empresas, sobretudo as do setor alimentício, que passaram a dar prioridade ao método de Delivery. Neste sentido, considerando que esta forma de negócio online trata diretamente do uso e coleta dos dados dos usuários, passou-se a dar maior atenção à proteção dos dados pessoais e às necessárias adequações das empresas à recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Portanto, o presente trabalho tem por objetivo identificar, a partir da análise da atuação do setor alimentício na pandemia e da relação das plataformas de entrega com os dados dos usuários, os principais desafios e procedimentos que as empresas do setor de Delivery devem enfrentar para se adequar à aludida legislação. Como método de abordagem, optou-se pelo dedutivo, enquanto o método de procedimento empregado foi o monográfico. Ao final, concluiu-se que as empresas devem empreender esforços para promover a necessária adequação à LGPD, a fim de evitar sanções jurídicas e resguardar os direitos fundamentais à privacidade e intimidade dos usuários, o que poderá ser realizado por intermédio de políticas internas e externas, valendo-se de práticas corporativas, tecnologias de informação e da segurança da informação a serem implementadas pelas organizações privadas.

PALAVRAS-CHAVE: Plataformas Virtuais de Entrega. Lei Geral de Proteção de Dados. Delivery. E-commerce.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709/2018, doravante denominada Lei Geral de Proteção de Dados, altera significativamente as obrigações das empresas quanto ao manuseio e tratamento de informações pessoais de seus colaboradores, funcionários de empresas terceirizadas, clientes e fornecedores. Objetiva-se aumentar a proteção da privacidade dos indivíduos e o controle sobre seus próprios dados, resguardando os direitos fundamentais à liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

¹ Artigo apresentado como resultado do grupo de pesquisa Direito e Internet, da Incubadora Jurídica da Antonio Meneghetti Faculdade.



A legislação prevê mudanças importantes para a coleta, tratamento e armazenamento de dados pessoais pelas empresas brasileiras, sejam estas privadas ou públicas, pequenas, médias ou grandes. Tais imposições legais determinam que as organizações devam tomar as medidas necessárias à sua adequação, pois a adaptação de suas rotinas demandará um trabalho amplo e complexo, cujo não cumprimento implicará multas que podem chegar a 2% do seu faturamento.

Atualmente, existem empresas que utilizam *big data* (grande volumes de dados, estruturados ou não) e *analytics* (ferramenta que se utiliza de cálculos para encontrar padrões em dados) para extrair dados de clientes e, assim, oferecer produtos e serviços de forma mais assertiva, de acordo com as preferências dos consumidores. Neste aspecto, um dos principais dispositivos da novel legislação é a obrigatoriedade da obtenção do consentimento expresso do titular do dado pessoal nas situações em que ocorrer seu tratamento. Inobstante a forma de anuência possa variar, esta é obrigatória, o que já aponta para um grande desafio a ser vencido pelas empresas, independente do ramo de atuação.

Atualmente, devido à pandemia declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sobrevieram prejuízos nos faturamentos das empresas brasileiras, tanto pela queda nas vendas, quanto pela necessidade de fechamento dos estabelecimentos comerciais. Notadamente no ramo alimentício, uma alternativa encontrada pelas empresas do setor é o uso de plataformas de *Delivery*, a qual possibilita pedidos e recebimentos dos produtos sem sair de casa, em conformidade com as recomendações sanitárias internacionais.

Essa forma de negócio *online*, através das plataformas que oferecem serviços no ramo alimentício, promove a coleta e armazenamento de dados dos fornecedores e clientes, cada vez mais acentuada pelo atual cenário de crise. Assim, justifica-se a proposição do presente artigo, cujo propósito é responder ao seguinte questionamento: quais os principais desafios e procedimentos que as empresas do setor de *Delivery* devem enfrentar para se adequar às determinações da Lei Geral de Proteção de Dados?

Para responder o questionamento, utiliza-se o método de procedimento monográfico e de abordagem dedutivo, partindo da atuação das empresas de setor alimentício no atual contexto pandêmico do Brasil e da análise das exigências legais da Lei Geral de Proteção de Dados, para, ao final, identificar as principais práticas a serem adotadas pelos empresários para se adequarem à legislação, sendo esta a estrutura da pesquisa.

ATUAÇÃO DO SETOR ALIMENTÍCIO EM TEMPOS DE CRISE

O século XXI representou a ascensão das plataformas digitais no Brasil, que restou ainda mais acentuada pelo contexto pandêmico, haja vista as recomendações internacionais pelo isolamento social. Este aumento no uso dos recursos tecnológicos alcançou as empresas, já que houveram imposições legais pelo fechamento de estabelecimentos comerciais, tornando necessária a adequação das empresas ao sistema digital.

Em vista disso, o comércio se reinventou e passou a dar atenção aos aplicativos de *smartphones*, a fim de manter a atuação empresarial e atender os clientes a domicílio. Neste sentido, a partir da pesquisa realizada em 2020, pela OnYou (LORENÇATO, 2020), constatou-se que 89% dos usuários de aplicativos que participaram da pesquisa, ao utilizarem essas ferramentas para realizar suas encomendas, dirigem-se ao setor de restaurantes, seguido pelas farmácias (32%) e supermercados (29%).

Com a grande adesão populacional ao uso das tecnologias para realizar compras no setor alimentício, as empresas desta área se destacaram no desenvolvimento de plataformas digitais e de aplicativos *e-commerce*, promovendo-se no meio digital e oferecendo aos clientes uma alternativa de realização dos pedidos sem precisar sair de casa, que, além da praticidade, possibilita ao consumidor maior precisão na hora de realizar o pedido (POLICARPO; PAIVA, 2019, p. 13).

Cumprir notar que este crescimento no uso das plataformas digitais já havia iniciado em 2018, ocasião em que as empresas de consumo de alimentos em casa - *food service* - destacadas pelo início de *iFood*, *Uber Eats* e o *Rappi*, promoveram movimentação na economia brasileira de R\$ 205 bilhões em 2018, conforme pesquisa realizada pelo Instituto Foodservice Brasil (2018). Diante dessa potencialização do dinamismo na compra e venda e na relação mercado consumidor e fornecedor, decorrente dos serviços de entrega de produtos em endereço solicitado, o Brasil se tornou, como aponta pesquisa divulgada pela Forbes (NAHAS, 2018), o maior mercado de entrega de alimentos da América Latina.

Nota-se que a base deste mercado é a chamada economia compartilhada, que, conforme aponta Paladini *et al* (2018, p. 68), pode ser compreendida como o “compartilhamento de produtos ou serviços entre usuários dispostos a usufruir ou oferecer destes itens”. Neste sentido,

[o] maior aliado no progresso da economia compartilhada neste cenário foi o desenvolvimento tecnológico, grande fomentador do consumo conectado. Viabilizou a interação entre o vendedor e o comprador, entre a pessoa disposta a oferecer e quem está disposto a utilizar o serviço, gerando assim as transações com caráter de economia compartilhada (PALADINI *et al*, 2018, p. 68).



Aplicando a economia compartilhada aos pedidos *online* de alimentos com entrega a domicílio, onde os estabelecimentos já se encontram cadastrados, os usuários necessitam informar dados básicos para realizar um primeiro contato com a plataforma digital. Uma vez inseridos esses dados, permite-se ao consumidor navegar pelo aplicativo e escolher os restaurantes, que expõem seus cardápios, para, ao final, escolher a forma de pagamento online, podendo cadastrar cartão de crédito.

Como visto, o método promove o fornecimento e troca constante de dados pessoais entre os usuários e as empresas que operam estes aplicativos. Neste sentido, o crescimento nos serviços de *Delivery* reforça a discussão sobre a proteção dos dados dos usuários, fornecidos em escala cada vez mais maior, diante do aumento no número de fornecedores e consumidores que utilizam essas plataformas.

Assim, seja na hora de ofertar ou adquirir um produto, o condicionamento do uso e a necessidade do fornecimento de informações pessoais e bancárias são inevitáveis, e levanta o questionamento de como as empresas do setor *food service* estão se relacionando com os dados pessoais e, inclusive, com as inovações da Lei Geral da Proteção de Dados.

AS PLATAFORMAS DE *DELIVERY* E A RELAÇÃO COM DADOS PESSOAIS

A relação entre dados pessoais e seus titulares, bem como sua importância e utilidade, é tema já considerado ao menos desde o ano de 2002, quando engenheiros do Google constataram que as informações geradas pelos usuários, ao realizarem buscas na internet, tinham o potencial de revelar comportamentos em escala e profundidade significativas. A própria empresa, inclusive, explora essas funcionalidades, quando se constata, por exemplo, que o “Gmail promove a conexão da identidade das pessoas com seus comportamentos e preferências” e que “o Google Maps rastreia localização e movimentos” (ZANATTA; ABRAMOVAY, 2019, p. 424).

Essas práticas foram tomando maiores proporções ao longo dos anos, na medida em que a inserção de empresas no mundo virtual se tornou uma realidade cada vez mais presente. Independente da atuação ou ramo de atividade, estar ao alcance dos clientes na grande rede virou uma necessidade e, conforme destacam Szinvelski, Arceno e Francisco (2019, p. 135), “ficar de fora da rede significa estar danosamente excluído da nova economia e socialmente alheio à dinâmica social”. Neste sentido, os autores sustentam que

A popularização massiva da internet coloca em evidência não apenas a revolução tecnológica, mas também a possibilidade de revolução jurídica. Ao final, está-se diante da reformulação da relação qualificada da sociedade com ela mesma (PÉREZ



LUÑO, 2014, p.10): se a sociedade é informatizada, as relações tendem a se estabelecer em rede e a proteção de direitos tendem a deslocar-se do espaço físico à proteção na *virtualidade*.

Nesse estudo, pode-se constatar uma mudança de perspectiva da proteção de direitos, dos meios físicos para os virtuais, os quais refletem uma realidade cada vez mais presente no mundo dos negócios – o tratamento de dados pessoais – disseminados pela infinidade de plataformas digitais que coletam, não apenas dados concretos, mas também padrões de consumo e preferência de consumidores, os quais são posteriormente utilizados para direcionar propagandas a potenciais compradores.

Elucidam Zanatta e Abramovay (2019, p. 422) que, diferentemente das pesquisas de opinião que outrora eram utilizadas para conhecer a preferência dos compradores, as informações sobre comportamentos e preferências das pessoas são produzidas pelos dispositivos digitais que “produzem uma tal quantidade de dados que permitem que se antecipem as escolhas das pessoas e, por aí, que se ampliem as possibilidades de exercer influência sobre essas escolhas”.

Os dispositivos, popularmente conhecidos como aplicativos de celular são capazes de revelar os deslocamentos e a localização das pessoas, sem que elas tenham ciência deste monitoramento, que é realizado “por empresas especializadas em promover produtos e serviços com base no conhecimento que os movimentos dos indivíduos propicia”, através dos aplicativos que estas comercializam (ZANATTA; ABRAMOVAY, 2019, p. 422).

A análise baseada no rastreamento da população

[...] pode ser feito até mesmo sem GPS, por meio do cruzamento de dados sobre redes wi-fi, antenas de celular e distorções de frequências magnéticas registradas por smartphones”. por meio de “beacons” - um dispositivo minúsculo que emite sinais por meio de tecnologia *bluetooth low energy* - dentro das lojas, aplicativos dotados de códigos integrados com Software Development Kit (SDK) captam a localização precisa de uma pessoa indoor e enviam informações de geolocalização para os servidores de empresas especializadas em *location-based advertising* (ZANATTA e ABRAMOVAY, 2019, p. 422).

A vista disso, embora o uso das plataformas de *Delivery*, que se tornou mais acentuado durante o período de isolamento social, não contribua instantaneamente para o fornecimento de dados de geolocalização, já que boa parte de seus usuários encontram-se em casa, a dependência da população pelos smartphones, que com o retorno gradual às atividades externas os levarão consigo a onde quer se vá, contribuirão para a produção desse tipo de dados.

Dessa forma, as empresas do setor de entrega de alimentos através de aplicativos de celular se encontram diretamente relacionadas com a coleta de dados de seus usuários. Além de imprescindíveis para relação com os clientes, discorre Piurcosky *et al* (2019, p. 90) que os



bancos de dados (ou seja, o “local de armazenamento dos dados em formato bruto e fonte das informações da empresa”) se mostram como um bem de muito valor, pois a posse de informações a respeito de consumidores representam “a base da vantagem competitiva na atual economia”. Entretanto, alertam os autores que o armazenamento de informações de terceiros pode também se revelar como um risco às organizações e à privacidade de clientes e funcionários.

Com base nessa premissa, os aplicativos de *Delivery* deverão lançar mão de todos os meios disponíveis para garantir a segurança das informações de seus usuários, pois como exposto, para além do valor que eles representam às organizações, o mau uso pode se reverter em fonte de prejuízos às empresas, diante da possibilidade de sanções trazidas pela LGPD.

DESAFIOS E ALTERNATIVAS PARA A ADEQUAÇÃO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Edificada seguindo os princípios do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) criado pela União Europeia (UE), o Brasil editou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a fim de estabelecer um controle na “forma com que as empresas coletam e usam os dados pessoais que têm em seu poder”, promovendo uma adequação “à era digital, em que os dados são trafegados e comercializados sem o devido consentimento dos titulares das informações, cerceando os princípios da liberdade e privacidade” (PIURCOSKY *et al*, 2019, p. 90).

Como visto, o crescente aumento do uso de plataformas digitais pelos consumidores faz surgir cada vez mais a preocupação com a segurança dos dados de usuários dessas ferramentas. Isso porque tais dados tornaram-se, conforme Lemos e Marques (2019), “a nova *commodity* do capitalismo contemporâneo, enquanto o cidadão e a cidade se configuram enquanto fontes desse material”, pois, de acordo com os autores:

[...] à medida em que o valor dos dados se torna maior e mais evidente, passamos a verificar um maior esforço por parte de múltiplas instituições – públicas e privadas – em coletar e extrair valor dessas informações, colocando em risco a manutenção da vida privada. Tendo em vista que a produção e a coleta de dados são o objetivo maior do capitalismo de vigilância, faz-se necessário politizar as estratégias e as mediações através das quais busca-se domesticar o cidadão a produzir cada vez mais dados. O capitalismo de dados é uma forma de “construção da informação”, colocando em risco a privacidade dos cidadãos no espaço urbano.

Diante do valor que as informações pessoais assumem, em uma sociedade capitalista, as empresas que condicionam o uso de seus serviços ao fornecimento de dados dos usuários, como no caso dos aplicativos, tendem a adotar procedimentos e mecanismos que visem à



segurança das informações depositadas sob sua vigilância. Conduta esta que reforçada pela obrigação de se adequarem à novel lei que vem para regulamentar a matéria.

A ligação entre fornecedores e consumidores, baseada na troca de dados e mediada pelos aplicativos através da conexão com a internet, não obstante os diversos benefícios representam também, uma ameaça à proteção dos dados de usuários, uma vez que “a rede não é, infelizmente, suficientemente segura para proteger esses dados, resultando em verdadeiros aborrecimentos para aqueles que têm suas informações indevidamente divulgadas”. Vulnerabilidade que os titulares dos dados apenas percebem “quando ocorre algum evento danoso que interfere na privacidade, expondo fatos da intimidade e vida privada” (FERREIRA; COLOMBO; CELLA, 2019, p. 2).

Não obstante os riscos de se ter dados pessoais propagados indevidamente na rede na internet, não se submeter, ou até mesmo ficar de fora dessa dinâmica, ao que se percebe dos novos tempos, parece uma escolha inalcançável, dada a frenética utilização diária de todos os tipos de tecnologias – de comunicação ao consumo – e sem as quais ficaríamos a mercê, diante dessa sociedade refundada no mundo virtual. Daí a importância de se ter, ao menos no campo legislativo, uma norma legal que vise trazer segurança aos usuários, quando do uso de plataformas digitais no dia-a-dia, como é o caso dos aplicativos de entrega de alimentos à domicílio.

Nesse contexto, justamente, é que moram os desafios para as plataformas digitais, já que sua obrigação de adequação à legislação vem estampada logo no art. 1º da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), que em seu *caput* consigna que, a lei traz disposições sobre o tratamento de dados pessoais nos meios digitais por pessoa jurídica de direito privado. Inarredável, portanto, que devem empregar todos os tipos de esforços para, não apenas proteger os dados já coletados, mas também para aferir o expresso consentimento para o tratamento dos titulares dos dados, a cada novo cadastro.

Nesse sentido, como já exposto acima, o isolamento social imposto pela Pandemia do Covid-19, atraiu diversos novos usuários/clientes para o mundo digital, inflando ainda mais os cadastros virtuais, o que implica, inevitavelmente, numa exposição da personalidade, cada vez maior a cada novo usuário, na rede mundial de computadores. Tais acontecimentos aumentaram o desafio das empresas coletoras e tratadoras de dados pessoais, uma vez que ao assim agirem, assume o compromisso de dar vigência à LGPD, no sentido de oferecer proteção a vida privada



de cada novo cliente atraído, e impedir todo tipo de violação, dado o valor que os dados pessoais assumiram, diante da expansão tecnológica.

A obrigação que a LGPD trouxe às empresas que coletam, armazenam ou tratam dados pessoais, além da necessidade de regulação, vai ao encontro de valores inerentes à personalidade dos indivíduos, pois

[...] a intimidade adquire um novo conteúdo frente às novas técnicas de informática, de modo que o resguardo do cidadão com relação a dados informatizados deve acompanhar a evolução. Um cadastro pode armazenar um número inimaginável de informações, por isso, quando um indivíduo confia seus dados, seja a uma entidade pública ou privada, deve contar com uma tutela jurídica para que estes sejam utilizados corretamente (SZINVELSKI, ARCENO E FRANCISCO, 2019, p. 135).

Para isso, a elaboração de políticas corporativas, agregadas pelas tecnologias da informação (TI), representa uma das formas mais seguras de “garantir padrões e procedimentos de TI eficazes, que protegem os recursos de TI organizacionais e controlam o compartilhamento de informações” (PIURCOSKY, 2019, p. 91). É válido lembrar, que a própria LGPD, em seu art. 5º, inc. I, II e III, traz um rol de dados a que se destina a tutela pretendida pela lei (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, as empresas podem encontrar na segurança da informação (SI), práticas para minimizar os riscos que decorrem do fluxo de informações no meio digital, porém, “é necessário que um conjunto de controles sejam implementados, desde políticas internas e externas à organização até a aplicação de funcionalidades em softwares e hardwares” uma vez que “quando executados de maneira correta, garantirão que os objetivos dos negócios da organização e a segurança da informação sejam atendidos”.

Ainda, outro fator que deva ser observado, é o humano, este que representa “o principal desafio para a implantação de boas práticas de segurança da informação na organização“, as quais devem contemplar “procedimentos para o tratamento e o armazenamento das informações com o objetivo de proteção contra a divulgação e o acesso não autorizado“ (PIURCOSKY, 2019, p. 91).

Tais necessidades se devem porque a LGPD elencou os princípios que deverão nortear a adequação das plataformas digitais, a fim de promover a almejada segurança de dados pessoais. Desafios a serem enfrentados, que vêm arrolados no art. 6º da lei, de onde se extrai também que, por serem as plataformas digitais uma ferramenta que estabelece a ponte direta dos usuários com a internet, o primeiro obstáculo a ser superado pelos aplicativos - a título exemplificativo - reside na obtenção expressa do consentimento do titular dos dados a serem tratados. Neste sentido, a obrigação fixada no art. 6º, inc. I, da LGPD, dispõe que “[o]

tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado [...] mediante o fornecimento de consentimento pelo titular” (BRASIL, 2018).

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Cumprido destacar, que mesmo sendo o consentimento uma das fontes para o tratamento de dados pessoais, sempre deve ser observada a “vulnerabilidade do consumidor”, a “externalidade social negativa”, decorrente do “custo-tempo da leitura” (BIONI, 2018) das políticas de privacidade, tendo como fio condutor a finalidade contratada para o tratamento adequado dos dados pessoais (FERREIRA *et al*, 2019, p.10).

Em suma, essa concepção de consentimento positivada na LGPD, deve ser norteada pelo que Szinvelski, Arceno e Francisco (2019, p. 140), definem como “ideia de manifestação livre, informada e inequívoca de concordância do titular com o tratamento de seus dados pessoais”, embora os autores reconheçam que essas formas de anuência não se dão livremente, diante dos mecanismos que coletam dados automaticamente (sensores, câmeras), bem como o fato de até mesmo ao realizar a compra de um produto na internet, já implicar em um consentimento tácito. Destacam, por fim, como princípio basilar a ser adotado pelas organizações em relação à proteção de dados

a transparência (i) de quais dados serão coletados, (ii) dos métodos na coleta de dados orientados de acordo com a finalidade anuída, (iii) dos programas de segurança e de correção de falhas da tecnologia adotados pela organização [...] por deixarem claro ao



titular dos dados pessoais o objeto do consentimento, especialmente no contexto em que a tecnologia avança com intensa rapidez e utiliza os dados pessoais como “matéria prima.

Seja qual for o meio empregado pelas plataformas digitais para se adequarem à LGPD, a necessidade de empreender esforços nesse sentido, já é uma realidade, já que a novel surgiu para refrear a atuação descontrolada do que Rodota (2015, p.1) chama de “Senhores da Informação” estes que direcionam o consumo da população através das gigantescas coletas de dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que a sociedade se encontra impactada a todo o momento por mudanças e novas tecnologias, adequando-se às novas demandas e necessidades, o direito, como instrumento à sociedade (e não o contrário), deve se reinventar constantemente para atender com eficácia às inovações sociais. Neste sentido, com o avanço no uso das plataformas digitais pelo comércio, que posteriormente veio a ser ainda mais acentuada pelo contexto pandêmico, sobreveio legislação específica para tratar da proteção dos dados pessoais.

Assim, considerando a ligação entre as empresas de entrega de alimentos com os dados dos usuários, haja vista que o uso destes dados pelas empresas atualmente representam uma vantagem competitiva (pois permite o direcionamento de publicidade ao antecipar as escolhas e o exercício de influência em face dos usuários) a pesquisa demonstrou a necessidade de adequação destas à novel legislação, sob pena de sofrer prejuízos legais impostos pela LGPD.

Portanto, em resposta ao problema de pesquisa, verificou-se que as empresas do setor de Delivery, para não sofrerem os reproches jurídicos, podem se valer de práticas corporativas, por intermédio das tecnologias de informação, para garantir métodos de controle dos dados. Neste sentido, a segurança da informação propõe contributos às empresas no que tange à proteção de dados pessoais, evitando riscos de violações à privacidade e intimidade dos usuários por intermédio da aplicação de políticas, softwares, hardwares, a serem implementados pelas empresas, além dos demais cuidados impostos pela LGPD.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 11.out.2020.

COSTA, Francisco José Carvalho; NERI, Marcos Antonio Lima. Proposta de desenvolvimento de uma aplicação mobile para serviços de delivery alimentício e impactos da computação móvel no mercado gastronômico. *In: ESCOLA REGIONAL DE COMPUTAÇÃO APLICADA À SAÚDE (ERCAS), 7. , 2019, Teresina. Anais da VII Escola Regional de Computação Aplicada à Saúde*. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, dez.2019 . p. 115-120. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/ercas/article/view/9045/8947>. Acesso em: 27.jun.2020.

FERREIRA, Natasha Alves; COLOMBO, Cristiano; CELLA, José Renato Gaziero. Da economia do compartilhamento e a proteção de dados pessoais em matéria de aplicativos. *Academia*. 02.fev.2019 Disponível em: http://www.academia.edu/download/59489155/Da_economia_do_compartilhamento_e_a_protecao_de_dados_pessoais20190602-88842-1tk5xm0.pdf. Acesso em: 11.jul.2020

IODICE, G. Conheça o bilionário mercado de entregas de comida. *Forbes*, São Paulo – SP, 30.jun.2019. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2019/06/conheca-o-bilionario-mercado-de-entregas-de-comida/>. Acesso em: 27.jun.2020.

LEMONS, A.; MARQUES, D. Interfaces Maliciosas: estratégias de coleta de dados pessoais em aplicativos. *V!RUS*, São Carlos, n. 19, 2019. [online]. Disponível em: http://www.nomads.usp.br/virus/_virus19/?sec=4&item=2&lang=pt. Acesso em: 11.jul.2020.

LORENÇATO, A. Pesquisa inédita revela usos do delivery na pandemia. *Veja São Paulo*, São Paulo-SP, 24.abr.2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/arnaldo-lorencato/pesquisa-delivery-pandemia/>. Acesso em: 20.jun.2020.

NAHAS, R. B. Por que o delivery on-line tem se provado um bom negócio. *Forbes*, São Paulo – SP, 11.jan.2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2018/01/por-que-o-delivery-on-line-tem-se-provado-um-bom-negocio/#:~:text=%E2%80%9C0%20Brasil%20%C3%A9%20o%20maior,do%20Uber%20Eats%20no%20Brasil.&text=Em%20outubro%20de%202017%2C%20a,ano%20com%2018%25%20de%20crescimento>. Acesso em: 27.jun.2020.

PIURCOSKY, Fabrício Peloso; COSTA, Marcelo Aparecido; FROGERI, Rodrigo Franklin; CALEGARIO, Cristina Lelis Leal. A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras: uma análise de múltiplos casos. *Suma de Negócios*. Bogotá, Colômbia. Dez.2019..Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-910X2019000300089&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10.out. 2020

POLICARPO, Henrique Jefferson Albuquerque; PAIVA, Sofia L. da Costa. My Lunch: Inovação na interface de usuário em aplicativo para entrega de comida. *In: WORKSHOP DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM SISTEMAS DE INFORMAÇÃO - SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SISTEMAS DE INFORMAÇÃO (SBSI), 15. , 2019, Aracaju. Anais Estendidos do XV Simpósio Brasileiro de Sistemas de Informação*. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, set. 2019 . p. 13-16. ISSN 2177-9384. Disponível em: https://sol.sbc.org.br/index.php/sbsi_estendido/article/view/7430/7312. Acesso em 20.jun.2020.

RODOTÀ, Stefano. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet?. Trad. Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro,



Jul.-Dez.2015. Disponível em: <http://civilistica.com/por-que-e-necessaria-uma-carta-de-direitos-da-internet/>. Acesso em: 11 out. 2020.

SILVA, R. P.; SILVA, L. G.; PALADINI, E. P. Economia Compartilhada: Gestão da qualidade aplicado a uma empresa do ramo de delivery de comida. **Pretexto**, Belo Horizonte - MG, v. 19, n. 2, ISSN 1984-6983, 05.abr.2018. Disponível em: http://fumec.br/revistas/pretexto/article/view/5299/artigo_4_2_2018.pdf. Acesso em: 27.jun.2020.

SZINVELSKI, Martín Marks; ARCENO, Taynara Silva; FRANCISCO, Lucas Baratieri. Perspectivas jurídicas da relação entre big data e proteção de dados. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte-MG, dez. 2019 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362019000400132&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10.out.2020.

ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Estudos Avançados**, São Paulo-SP, 12.ago.2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000200421&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10.out.2020.

CAPÍTULO 5

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA GESTÃO DE ESTABELECIMENTOS PENAIS NO BRASIL: DELEGAÇÃO DE ATIVIDADE PRÓPRIA DE ESTADO?

Otávio Martins Finger

RESUMO

O presente artigo tem por escopo averiguar se os contratos administrativos de parcerias público-privadas para a gestão privada de estabelecimentos penais implicam, por si só, na delegação indevida de poder de polícia administrativa ou de atividade própria de Estado. Com este objetivo traçado, o estudo busca analisar, inicialmente, o regime de contratação de PPPs tal qual o instituído pela Lei nº 11.079/2004, as modalidades admitidas pela legislação pátria, além das finalidades destes peculiares contratos administrativos. Passa-se, então, ao exame das PPPs que têm por objeto a gestão, pelo parceiro privado, de estabelecimentos penais, discorrendo-se brevemente sobre o modo de contratação e as obrigações assumidas pelo agente privado e pela administração pública. Analisa-se, especificamente, como ocorre a gestão privada do Complexo Penitenciário Público-Privado de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, primeira PPP firmada no Brasil, no que concerne à administração de estabelecimentos penais. Emprega-se o método de abordagem dedutivo, trabalhando-se a partir de conceitos da doutrina jurídica, do direito positivo e de reportagens jornalísticas, com o fim de responder o seguinte questionamento: a contratação de PPP para a gestão de estabelecimento penal pelo parceiro privado acarreta, *per se*, outorga ilegal de atividade própria de Estado? Ao final, pôde-se concluir que tal avença não resulta em delegação ao agente privado de poder de polícia, remanescendo a administração pública com os poderes típicos de ente estatal.

PALAVRAS-CHAVES: Parceria público-privada. Estabelecimento penal. Delegação. Atividade própria de Estado.

INTRODUÇÃO

Os modelos de contrato administrativo inaugurados pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, trouxeram indagações sobre a delegação de atividade própria do Estado à iniciativa privada. Sobretudo na gestão privada de unidades encarregadas da execução penal (penitenciárias ou estabelecimentos congêneres), questionou-se não se estar diante de uma delegação do poder de polícia administrativa.

Nesse sentido, o presente estudo intenta analisar como ocorre a parceria público-privada nestes casos, e o que a difere de outros contratos administrativos. Ademais, procura averiguar se a outorga à agentes privados da gestão de tais estabelecimentos configura uma delegação devida ou indevida de atividade própria de Estado.

Para tanto, discorre-se brevemente sobre as parcerias entre o ente público e agentes privados. A partir da interpretação do direito positivo, bem como de conceitos elaborados pela



doutrina do direito público, depreende-se quais são as modalidades de parcerias público-privadas, além de suas respectivas finalidades.

Ainda, para o fim de responder ao problema central da pesquisa, buscam-se exemplos de parcerias público-privadas na gestão de presídios pelo Brasil, a partir de notícias veiculadas em sítios eletrônicos. Compatibilizando o exemplo do Complexo Penitenciário Público-Privado de Ribeirão das Neves, de Minas Gerais, com a visão doutrinária sobre o tema, vê-se, ao final, se a gestão privada de estabelecimentos de execução penal consiste, de fato, em uma concessão de atividade própria de Estado, ou se significa tão somente a outorga de parte do serviço, cuja execução pode ser delegada como qualquer outro serviço público.

Como assinalado, o presente estudo utiliza do método de pesquisa bibliográfico, pois parte de conceitos doutrinários, do texto da lei, assim como de reportagens jornalísticas, com o fim de concluir acerca da possibilidade de delegação da gestão de estabelecimentos penais à agentes privados. Outrossim, emprega-se a dedução como método de abordagem, uma vez que se retira a conclusão a partir de exemplos e do entendimento da doutrina especializada.

Destarte, parte-se a uma análise dos modelos de contratos administrativos trazidos pela Lei nº 11.079/2004, expondo a finalidade de cada um deles. Então, restringe-se às parcerias público-privadas em matéria de gestão de estabelecimentos prisionais. Conclui-se, por fim, acerca da possibilidade ou não de tal delegação, a partir da ordem jurídica vigente, de entendimentos doutrinários e de exemplo ocorrido no cenário brasileiro.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: MODALIDADES E FINALIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DA LEI Nº 11.079/2004

A lei que procedeu à disciplina das parcerias público-privadas (PPPs) no Brasil, editada sob o número 11.079 em 30 de dezembro de 2004, trouxe consigo duas novas modalidades de contrato administrativo: a concessão administrativa e a concessão patrocinada. Ambas as espécies foram devidamente trabalhadas pela doutrina do direito administrativo nos últimos anos, e serão analisadas neste capítulo.

Cumprе referir, inicialmente, que o modelo de contratação inaugurado pela citada lei possui inspiração direta em institutos do direito comparado. As parcerias público-privadas brasileiras foram instituídas, nesse sentido, à luz de ordenamentos jurídicos estrangeiros, principalmente o inglês, que contém a previsão da *Private Finance Initiative* (PFI), muito similar às PPPs do Brasil.

A criação dessa nova espécie de contratação administrativa se deu ao fato da



necessidade, demonstrada por governos de diversos entes da federação, de se submeter à limitação de endividamento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000). Além de implicar na retirada do Estado da prestação direta de serviços públicos, a PPP evidencia-se como uma forma menos dispendiosa de contratação pública, visando à concretização do princípio da eficiência de que faz alusão o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, muito apropriadamente alude Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 165):

A inserção do novo modelo de concessões (PPP) no ordenamento jurídico brasileiro pátrio, inspirado no formato utilizado no direito comparado, pode ser justificada pelos seguintes fatores:

- a) limitação ou esgotamento da capacidade de endividamento público: limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) que diminuem a capacidade de investimento direto pelo Poder Público na prestação direta dos serviços públicos e na criação de infraestrutura adequada (“gargalos”);
- b) necessidade de prestação de serviços públicos não autossustentáveis: após o período de desestatização na década de 90, quando grande parte dos serviços públicos “atrativos” foi concedida aos particulares, o Estado permaneceu com a obrigação de prestar serviços não autossustentáveis, assim definidos por necessitarem de investimentos de grande vulto ou pela impossibilidade jurídica ou política de cobrança de tarifa do usuário;
- c) princípio da subsidiariedade e necessidade de eficiência do serviço: o Estado subsidiário valoriza a atuação privada, considerada mais eficiente que a atuação estatal direta.

Assim, pode-se notar que a adoção do modelo de parceria público-privada buscou, ao fim e ao cabo, a retirada do Estado da execução de serviços que, pela ínsita viabilidade técnica e fática, poderiam muito bem ser repassados à iniciativa privada. Outrossim, procurou-se instituir um novo modelo, mais eficiente do que o previsto nas concessões tradicionais, reguladas pela Lei 8.987/1995.

Como mencionado, a Lei nº 11.079/2004 criou duas espécies de concessão especial, em modelo de PPP. O art. 2º da legislação assim preceitua, quando refere que “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” (BRASIL, 2004).

Vê-se também, de tal forma, que quanto à delegação de serviço público no âmbito das parcerias público-privadas, a legislação que disciplinou essa forma especial de concessão está de acordo com o previsto na Constituição Federal de 1988. Isso porque a Constituição é clara ao possibilitar a prestação de serviço público por particulares, por meio de concessão, permanecendo a titularidade da atividade com o Poder Público (denominado poder concedente).

O que o texto constitucional não faz é especificar a modalidade de concessão de serviço



público a ser adotada, do que se infere que o legislador infraconstitucional pode definir as peculiaridades do modelo de concessão. Pode ele instituir, inclusive, diversas modalidades de delegação, como assim ocorre atualmente, dada a variedade de legislações que tratam do tema.

É o que se extrai da leitura do art. 175 da Constituição, que por sinal utiliza o vocábulo “na forma da lei”, referindo expressamente sobre o que tal legislação disporá:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988)

No que se refere às modalidades instituídas pela Lei das Parcerias Público-Privadas, cabe tecer breves comentários sobre cada uma delas. Ao final, se verá que uma ou outra poderá ser adotada em caso de gestão de penitenciárias por parceiros privados, a depender da extensão do objeto da concessão.

Relativamente à modalidade de parceria público-privada concessão patrocinada, preceitua o texto legal que esta consiste na “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (art. 2º, parágrafo 1º, Lei nº 11.079/2004).

À luz da legislação, pois, a concessão patrocinada nada mais é do que a concessão comum (de que trata a Lei nº 8.987/1995), com o traço distintivo da existência de contraprestação do poder concedente ao parceiro privado, em paralelo à tarifa de serviço público. É dizer: enquanto na concessão comum a contraprestação conferida ao concessionário se dá tão somente pela cobrança de tarifa ao usuário do serviço, na PPP concessão patrocinada a contraprestação consiste tanto na tarifa quanto no montante repassado pelo Poder Público (orçamento) ao prestador da atividade.

Tal característica transforma a parceria público-privada, na modalidade concessão patrocinada, em uma importante ferramenta de aceleração do desenvolvimento, sem criação de novos encargos para a sociedade, na medida em que prevê o compartilhamento da contraprestação entre usuários e Poder Público (MOREIRA NETO, 2014, p. 386-388).

É pertinente observar, conforme destaca Odete Medauar (2018, p. 330), que as



concessões patrocinadas “em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração dependerão de autorização legislativa específica”. A necessidade de autorização do Poder Legislativo se deve, obviamente, às grandes montas de recursos públicos que podem ser despendidas em tais parcerias.

No que concerne à parceria público-privada na espécie concessão administrativa, o art. 2º, parágrafo 2º, da Lei das PPPs esclarece que se trata de “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

A concessão administrativa difere da patrocinada por não haver contraprestação de usuário particular. A administração pública é a usuária direta ou indireta do serviço, e somente ela repassa ao particular o montante devido pela atividade prestada, não havendo se falar em valor a título de tarifa. Aliás, do próprio dispositivo de lei se retira o entendimento de que o objeto principal da contratação é um serviço prestado à administração pública, e não necessariamente aos administrados.

Comparando o modelo de concessão administrativa com o de concessão patrocinada, discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 354-355):

Ao contrário da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público, a concessão administrativa, à primeira vista, tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público). Vale dizer que haveria aproximação conceitual entre esse contrato e o contrato de serviços de que trata a Lei nº 8.666/93, sob a forma de empreitada (arts. 6º, VIII, e 10).

(...)

Isto permite concluir que a concessão administrativa constitui-se em um misto de empreitada (porque o serviço, mesmo que prestado a terceiros, é remunerado pela própria Administração, como se deduz do artigo 2º, § 3º) e de concessão de serviço público (porque o serviço prestado ou não a terceiros - os usuários - está sujeito a algumas normas da Lei nº 8.987, sejam as relativas aos encargos e prerrogativas do poder concedente, sejam as relativas aos encargos do concessionário).

Dessa forma, o que distingue as concessões especiais da Lei nº 11.079/04, modalidades de parceria público-privada, da concessão comum regulada pela Lei nº 8.987/95, é a peculiaridade de haver contraprestação por parte da administração pública. Tal contraprestação se dá de forma parcial na concessão patrocinada e integralmente na concessão administrativa, sendo que neste último caso há similaridades com os contratos administrativos de empreitada previstos no ordenamento geral de licitações (Lei nº 8.666/93, ainda vigente, e Lei nº 14.133/21, Nova Lei de Licitações), pela possibilidade de envolver um serviço prestado à própria administração pública.

Com esse raciocínio já se vê, já em um primeiro momento, a possibilidade de



contratação de parceria público-privada, precisamente no modelo de concessão administrativa, para fins de gestão de penitenciárias. Consistindo em um serviço prestado à própria administração pública penitenciária (e não aos próprios apenados, como usualmente se propaga), tal modelo de contratação já foi adotado por diversos governos, na tentativa de solucionar não somente o problema da superlotação dos presídios já existentes, mas também a lastimável insalubridade de penitenciárias geridas diretamente pelo Estado.

No capítulo seguinte, será apurado como ocorre normalmente a contratação da PPP com este fim. Igualmente se analisará, através de entendimentos doutrinários e reportagens jornalísticas, como acontece a gestão privada de uma penitenciária ou outro estabelecimento de cumprimento de penas criminais, sem que, para tanto, haja a delegação do poder de polícia estatal ao agente privado.

ATIVIDADE PRÓPRIA DE ESTADO E GESTÃO PRIVADA DE PENITENCIÁRIAS PELO BRASIL

É recorrente, sobretudo na mídia jornalística, que se refira à contratação de parceria público-privada para gestão de estabelecimentos prisionais como uma “privatização de presídios”. Tal visão, que usualmente se difunde na sociedade, além de superficial e dotada de notável conteúdo ideológico, dá a entender que o poder de polícia estatal (personificado nos agentes penitenciários, ou seja, na polícia penal), seria outorgado a empresas privadas, destituindo o Poder Público do dever de fiscalizar o cumprimento da pena por parte de apenados.

Conforme se verá, não há nada mais equivocado que este pensamento. A gestão por agentes privados de estabelecimentos penais não implica na delegação do poder de polícia, sobretudo porque se contrata um serviço para a própria administração pública (a gestão do estabelecimento), não sendo objeto da contratação a fiscalização do cumprimento da pena, que permanece com a autoridade penitenciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

É evidente que a adoção desse modelo busca dar um basta no fracasso da gestão estatal de penitenciárias, que já de longa data sofre com problemas de superlotação e, conseqüentemente, de proliferação de doenças entre os apenados, em um ambiente desumano. A contratação da parceria público-privada é uma das soluções encontradas para um problema já bastante conhecido pela sociedade e pelas autoridades, e com o qual a administração pública mostrou-se notoriamente ineficiente.

Como bem salienta Jorge Amaral dos Santos (2015, p. 540):



Nesse modelo - parcerias público-privadas prisionais - o Estado exerce um papel de “fiscalizador” da prestação do serviço pelo parceiro privado e, em caso de descumprimento de algum compromisso, sobrevém a aplicação de sanções, mormente pecuniárias, nessa relação concessionária.

(...)

Quanto à sociedade civil, ela é detentora da possibilidade de efetivar deliberações acerca da relação público-privada em sistemas penitenciários, quando a Administração Pública submete à consulta pública editalícia a implantação das PPPs prisionais. Já em um segundo momento está a fiscalização da prestação do serviço e, em caso de desacordo, como por exemplo, da superlotação carcerária, realizar a comunicação aos órgãos competentes.

Assim, nessas parcerias, o Estado permanece com o seu poder de polícia fiscalizatório, não havendo que se falar em “privatização” de atividade própria de Estado ou “privatização” da segurança pública. O ente público utiliza da boa administração e gestão privada (e, como é próprio dos contratos administrativos, fiscaliza o próprio concessionário), sem delegar a atividade que lhe é exclusiva: a fiscalização do cumprimento da pena e a aplicação de sanções disciplinares aos apenados.

A característica de Estado fiscalizador se coaduna com a atual fase em que o Estado Democrático de Direito se encontra, além de estar em consonância com a Constituição Federal de 1988. Na presente quadra histórica, o Estado prestador (próprio do Estado Social), reconhecendo a melhor qualidade da gestão e da prestação de atividades econômicas por agentes privados, transmuta-se em Estado regulador, delegando atividades que antes eram exercidas somente por ele e se restringindo a ser (predominantemente) um agente de regulação e fiscalização da atividade privada (ARAGÃO, 2017, p. 52-56).

Tal condição não significa que o Estado possa outorgar atividades que lhe são próprias a agentes privados. Aliás, como bem difundido na doutrina do direito administrativo, não há possibilidade de se delegar a fase de aplicação de sanção de polícia administrativa, a qual só pode ser realizada pelo ente estatal.

Superada a questão, passa-se ao modo de contratação da parceria público-privada, para fins de gestão de estabelecimentos penais. Como visto, a PPP envolve certo serviço, prestado neste caso à própria administração pública, no qual o parceiro privado recebe contraprestação do Poder Público, devendo cumprir as obrigações assumidas no contrato administrativo, sob pena de sanção.

Conforme alude Carolina Cândido Aurichio e Jhemerson Gustavo Santiago Costa (2020), nestes contratos a “parceria público privada deve ocorrer na modalidade de concessão administrativa, tendo em vista que ocorrerá repasse financeiro do Estado, porém sem cobrança de tarifa do usuário do serviço no caso, o prisioneiro”.



Marçal Justen Filho (2016, p. 1.000), por sua vez, afirma que em concessões administrativas cujo objeto é a construção e a manutenção de presídios, o “particular seria contratado para a obra pública e, após a sua entrada em operação, para fornecer serviços e bens destinados à sua exploração. A sua remuneração seria paga integralmente pelos cofres públicos”.

Sobre a classificação do apenado como “usuário”, mais adequado seria identificá-lo como um beneficiário dos serviços públicos prestados. Não sendo propriamente um usuário, pois não lhe é facultada a utilização ou não do serviço, o apenado é um beneficiário da atividade de segurança, monitoramento e vigilância, exercida pelo ente privado.

A primeira PPP penitenciária a ser instalada no Brasil é a localizada em Ribeirão das Neves, no Estado de Minas Gerais. O Complexo Penitenciário Público-Privado de Ribeirão das Neves, como foi chamado, abrigava, até o ano de 2019, 2.164 presos, em duas unidades de regime fechado e uma unidade de regime semiaberto. A contratação da parceria entre o Governo de Minas Gerais e a empresa GPA contemplou a construção e a gestão do estabelecimento penal (FONTES, 2019).

Mesmo com a gestão privada do presídio, agentes públicos permanecem dentro das unidades em Ribeirão das Neves. O modelo, classificado como “cogestão”, caracteriza-se pelo comando duplicado da penitenciária, uma vez que, para desempenhar a mesma função há um funcionário da empresa e um agente público (FONTES, 2019).

O complexo conta com salas de aula, galpões de trabalho e locais de assistência à saúde, além das próprias celas. O sistema eletrônico de monitoramento contempla 264 câmeras de vigilância ao redor da penitenciária, coordenadas pela torre de controle, onde ficam funcionários da empresa concessionária. A segurança das muralhas e o deslocamento dos apenados fica a cargo dos agentes do Estado (FONTES, 2019).

Como visto, o modelo de PPP penitenciária não exime o Estado de responsabilidade pela gestão. Pelo contrário, o ente estatal, que remanesce com as competências ligadas ao exercício do poder de polícia (fiscalização do contratado e dos apenados e aplicação de sanção a ambos), ainda é importante ator, mesmo após a concessão dos serviços. O parceiro privado, por outro lado, é obrigado a cumprir todas as incumbências pormenorizadamente elencadas no instrumento contratual, que vão desde a segurança no interior do estabelecimento até o oferecimento de assistência educacional e de saúde aos presos.

Nas palavras de Wilquer Coelho dos Santos (2017, p. 57-58):



O Estado, ao contratar a execução do serviço ao setor privado, mantém responsabilidade por seu financiamento, controle, avaliação e regulação, contudo, se beneficia do acesso à novas tecnologias, redução de gastos com pessoal, se isenta da burocracia da compra de materiais e dos atrasos recorrentes dos cronogramas, fundamentalmente na construção de novos estabelecimentos.

A empresa privada pode fazer obras e comprar bens sem burocracia e com preços mais acessíveis do que o Poder Público, que ainda se submete às licitações. Em caso de falta praticada pelo empregado de empresa privada, como corrupção ou maus-tratos, o mesmo pode ser dispensado imediatamente, fato que não ocorre com os empregados públicos que são submetidos à legislação específica, que prevê diversos procedimentos antes de uma demissão, o que quase nunca acontece. Somado a isto, por se tratar de contratos administrativos, em caso de má administração dos presídios, os contratos podem ser rescindidos unilateralmente, desde que por ato fundamentado e observado o devido processo legal. Assim o interesse público se sobrepõe aos interesses particulares

Mostra-se descabida, assim, a afirmativa de que o modelo de parceria público-privada, quando aplicado em estabelecimentos penais, implicaria em delegação de atividade própria de Estado. Como visto, o Estado socorre-se da iniciativa privada onde esta pode atuar, por ser mais eficiente. Contudo, não outorga o poder de polícia, que lhe é próprio, ao particular.

Outro ponto favorável em tais concessões, e que pode induzir o parceiro privado a prestar o melhor serviço, é a possibilidade de atribuição a ele do risco de qualidade do empreendimento. Significa dizer que, ao cumprir as obrigações com desempenho acima da média, o retorno econômico ao parceiro privado poderá ser mais significativo, ferramenta esta que evidencia um incentivo à prestação de um bom serviço (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1.003).

Tais colocações demonstram a vantajosidade que pode haver na contratação de parceria público-privada, no que se refere à gestão privada de estabelecimentos penais. Com as obrigações devidamente assentadas no instrumento contratual, administração pública e parceiro privado concorrem para o bom andamento e para a segurança de tais instituições, além de promover assistências e comodidades aos apenados.

De tal forma conclui Jorge Amaral dos Santos (2015, p. 540), quando assevera que

(...) sob o ponto de vista do tratamento dispensado ao apenado enquanto cumpridor de pena privativa de liberdade, as parcerias público-privadas prisionais geridas conforme as expectativas da sociedade têm condições de proporcionar ao presidiário a oportunidade de auferir um capital social mais eficaz, de modo a sair do estabelecimento prisional com condições de se reinserir na sociedade.

Por conseguinte, não há como cogitar de delegação de atividade própria de Estado nestes casos, pois, como visto, o objeto da parceria público-privada abrange tão só a gestão dos estabelecimentos penais. A gestão contempla a segurança no interior dos muros da instituição, além do auxílio aos apenados em questões de saúde, educação e proteção.

Ademais, a atividade prestada pelo agente privado ocorre com a parceria e sob os olhos da administração pública. O poder público, assim, fiscaliza o andamento da parceria,



eventualmente aplicando sanções ao parceiro privado, ou premiando-o pelo desempenho acima da média estabelecida no contrato. Em nenhum caso há delegação do poder de polícia, ínsito à administração pública, e por isso mesmo, não há outorga de qualquer atividade considerada própria de Estado.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por escopo principal averiguar se o modelo de parceria público-privada utilizado na delegação da gestão de estabelecimentos penais acarreta, *per si*, na outorga ilegal de atividade própria do Estado. Com tal finalidade, o estudo foi dividido em duas partes.

No primeiro capítulo do trabalho, analisou-se o modelo de parceria público-privada vigente no Brasil, instituído pela Lei nº 11.079/2004. A partir da lei, vislumbrou-se a existência de duas espécies de concessão PPP: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Viu-se que a concessão patrocinada consubstancia-se pela contratação de parceiro privado com a sua contraprestação sendo paga, em parte, pelo usuário do serviço, a título de tarifa, e, em parte, pela administração pública. Na concessão administrativa, a contraprestação ao agente privado se dá integralmente pela administração pública, destinatária direta ou indireta do serviço contratado.

Nessa toada, depreendeu-se, já no segundo capítulo, que o modelo ideal de PPP, quando se fala em gestão privada de estabelecimentos penais, é o de concessão administrativa, não podendo o apenado ser considerado usuário do serviço. Nesta segunda parte, intentou-se mostrar que o modelo de parceria público-privada, no caso objeto de pesquisa, não resulta, *prima facie*, em delegação à agente privado de atividade própria de Estado ou de poder de polícia administrativa.

Analisou-se o exemplo do Complexo Penitenciário Público-Privado de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, no qual foi contratada parceria público-privada para a construção e a gestão do estabelecimento. Neste caso, denotou-se que a parceria firmada significou a repartição de atribuições entre parceiro público e parceiro privado, ficando aquele com as atribuições relacionadas ao poder de polícia, como a fiscalização e sanção, e este com a gestão propriamente dita, abrangendo a segurança interna do complexo e o oferecimento de serviços de saúde, educação, dentre outros, aos apenados.

Nesse sentido, conclui-se que não há que se falar em delegação de atividade própria de Estado em parcerias público-privadas que tenham por objeto a gestão privada de

estabelecimentos penais. Como visto, a parceria busca conciliar os interesses do parceiro privado e do Estado, promovendo a boa administração das instituições penais, com a melhoria significativa das condições de vida e habitabilidade dos apenados.

A parceria público-privada em estabelecimentos penais objetiva, assim, solucionar o estado caótico do sistema penitenciário brasileiro. Com o delineamento correto das atribuições do Estado e do parceiro privado no instrumento contratual, a concessão perfectibilizada com o contrato de PPP não acarreta delegação indevida de poder de polícia ou de atividade própria de Estado a agente privado, sendo uma alternativa para a melhoria de estabelecimentos já existentes e para a construção de novos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

AURICHIO, Carolina Cândido; COSTA, Jhemerson Gustavo Santiago. Parcerias público-privadas na gestão de presídios brasileiros. **Jus**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86626/parcerias-publico-privadas-na-gestao-de-presidios-brasileiros>. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito administrativo**. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FONTES, Giulia. Como funciona o complexo de Ribeirão das Neves, única PPP penitenciária do país. **Gazeta do Povo**. Paraná, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/ribeirao-das-neves-unica-ppp-penitenciaria-do-brasil/>. Acesso em: 21 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

SANTOS, Jorge Amaral dos. **Gestão pública compartilhada e as parcerias público-privadas aplicadas ao sistema prisional brasileiro**. Um modelo alternativo à afirmação da dignidade humana do apenado enquanto agente cumpridor de pena privativa de liberdade. *In*: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). Direitos humanos e participação política. vol. 6. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2015, p. 519-543.

SANTOS. Wilquer Coelho dos. **Parceria público-privada no sistema penitenciário brasileiro**. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador: Gabriel Haddad Teixeira. Brasília, p. 69. 2017.

CAPÍTULO 6

ACIDENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS NA CATEGORIA DOS TRABALHADORES DA CONSTRUÇÃO CIVIL²

Maria Clara Da Silva Moreira
Simone Maria da Silva

RESUMO

A presente pesquisa, intitulada Acidente de Trabalho: Uma Análise dos Impactos na Categoria dos Trabalhadores da Construção Civil, buscou compreender como se encontra o cenário atual dos trabalhadores que sofreram acidente de trabalho. O tema abordado se justifica tendo em vista que foi demonstrado pelo Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho (AEAT), mais recente que em 2017 ocorreram 549.405 acidentes de trabalho em todo o país. Na construção civil, foram 30.025, equivalente a 5,46% de todos os casos. O problema que se buscou responder foi: quais as consequências jurídicas do acidente de trabalho da categoria junto a Previdência Social? O objetivo geral da pesquisa foi verificar as repercussões do acidente de trabalho dos empregados da construção civil. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica e documental. Dentre as constatações que a pesquisa proporcionou percebe-se o avanço ao longo da história as normas jurídicas que atendem à necessidade de observância aos direitos protecionistas tanto na Constituição Federal de 1.988, quanto em legislações específicas a fim de direcionar possíveis soluções ao fator discutido. Além disso, foi apresentado a importância da legislação aplicada a saúde do trabalhador e ainda como tal circunstância é agregada no cenário da indústria civil no estado de Goiás.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente de Trabalho. Edificação. INSS

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia, economia e população o ramo da construção civil foi conquistando mais espaço e conseqüentemente aumentando o número de pessoas envolvidas na produção, tais como engenheiros, técnicos, arquitetos e outros profissionais.

Assim com o crescimento na área, além dos benefícios trazidos com progresso, também foram apresentados alguns fatores que merecem ser mencionados, tais como os acidentes de trabalho que ocorrem com frequência na categoria causando desde então repercussão não somente na ordem social mas também nas relações de emprego, conforme dados apresentados pela pesquisa realizada pelo Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho (AEAT).

² Artigo apresentando como Trabalho de Conclusão de Curso- TCC- no Curso de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, na Faculdade Evangélica de Goianésia/Goias.



Para tanto, esses fatores acarretam desgaste físico e emocional nas vítimas devido inúmeras circunstâncias que desfavorecem a essência do trabalhador que por sua vez poderá ter sua capacidade laboral reduzida. Ocasionalmente assim vários transtornos na vida do profissional, bem como produzindo efeitos na Previdência Social.

Dessa forma a presente pesquisa busca discorrer sobre o acidente de trabalho sofridos pelos empregados da construção civil em Goiás, tendo em vista, que se trata de um problema gravíssimo, envolvendo setores como: empresarial, trabalhista e previdenciário em especial a segurança e medicina do trabalho que envolve a segurança dos empregados que laboram na área.

O tema abordado justifica-se, tendo em vista que foi demonstrado em pesquisa realizada pelo (AEAT), mais recente, que em 2017 ocorreram 549.405 acidentes de trabalho em todo o país. Na construção civil, foram 30.025, equivalente a 5,46% de todos os casos.

Sendo assim, a problematização desta pesquisa a ser estudada, se resume da seguinte forma: quais as consequências jurídicas do acidente de trabalho da categoria junto a Previdência Social?

Assim, o objetivo geral deste estudo é verificar as repercussões do acidente de trabalho dos empregados da construção civil. Dentre os objetivos específicos destacou-se analisar os índices dos acidentes de trabalho da categoria em Goiás no período de 2017, verificar quais os motivos do acidente de trabalho, quais os óbitos registrados nesse período, se houve ou não o registro de Comunicação de Acidente de Trabalho- CAT.

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e documental, dentre artigos científicos, dissertações, teses. Dentre os autores que serviram como fontes foram: Gomes (2011), Miranda (2012), Cavalcante (2013), Mazuco (2018), Almeida (2019), dentre outros.

O trabalho foi dividido em três partes. O primeiro tópico discorre acerca dos aspectos históricos sobre acidente de trabalho, apontando todo contexto relevante em relação ao assunto abordado. O segundo, aborda sobre a legislação aplicada a saúde e segurança do trabalhador em especial os empregados da construção civil, demonstrando todo o aparato jurídico pertinente a categoria.

Já no terceiro tópico é demonstrado o cenário do acidente de trabalho dos empregados da construção civil em Goiás, abordando o quantitativo e consequências jurídicas. E por fim as considerações finais sobre o assunto abordado, dando parecer final sobre o que foi estudado no decorrer da realização do estudo.

ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE ACIDENTE DE TRABALHO

A luta de classes decorrente do contexto histórico mundial revolucionário durante o período da transição de inovações industriais entre a passagem do século XIX para o século XX trouxe inúmeras conquistas para a classe dos trabalhadores, isto é, fruto inegável das reivindicações e tentativas de conciliação e conquistas de direitos fundamentais adquiridos para o bom êxito da atividade de labor (MIRANDA, 2012).

Frente a essa reflexão, Cavalcante (2013, p.17) expôs de forma sucinta, ao dizer que:

Antes, tanto as máquinas mais precárias quanto a imperfeição humana contribuía para os infortúnios, sendo os riscos de acidentes constantes, até porque ainda não existiam as ideias de treinamento e aperfeiçoamento profissional. Nesse sentido, em decorrência da importância que o mundo moderno oferta ao capital humano, a legislação vem evoluindo para que se adotem medidas protetivas ao trabalhador, bem como se preserve o direito à sobrevivência, para aqueles que se veem impossibilitados ao trabalho.

Diante dessa perspectiva, ainda sob égide do contexto histórico revolucionário Miranda (2012) destaca que surge à necessidade da manutenção e manuseio tecnológico de máquinas industriais. Nesse sentido, visto as percepções trazidas à pertinência das inovações da globalização econômica, houve então a importância do trabalho desenvolvido pelos operários nas grandes fábricas. Não obstante, junto a todos os fatores que possibilitaram o avanço da industrialização, surge também o risco enfrentado nesse ambiente, no qual ampliou o ensejo da fragilidade frente as péssimas condições de trabalho.

Neste período, segundo Moraes e Simas (2019, p.129):

Especificamente no tocante à regulação trabalhista no Brasil, as principais características foram construídas ao longo da história republicana. Por consequência, o entendimento das reivindicações dos trabalhadores na Primeira República é de suma importância para compreensão de como foram criados os primeiros direitos sob o capitalismo.

Tendo em vista a importância da progressão moderna mundial, houve a preocupação frente à minuciosa tarefa de adequar e aplicar fontes e princípios primordiais que resguardem à proteção do operário durante a sua atividade laborativa. Destarte, o capitalismo ao intensificar a força de trabalho por sua vez começou a moderar-se e adequar-se à base normativa instituída como meio de proporcionar salários dignos, reduções de jornadas e melhores condições de trabalho (BIAVASCHI, 2016).

Nessa mesma linha de raciocínio, os caminhos percorridos pela história do Brasil são marcados pelo poder revolucionário do rompimento das limitações sofridas pelas classes trabalhadoras durante as conquistas de seus direitos sociais. Reflexos dessa marca da cidadania brasileira está visível no contexto da Era Vargas, pois durante esse cenário vivido houve uma



ruptura de soberba da classe dominante. Para entender tal situação, preceitua o autor Fortes (2001, p.17):

Uma das principais características desse momento era o uso de “autonomia” com um conceito chave, que salientava as semelhanças do novo “sindicalismo” tanto com as tendências obreiristas européias, surgidas nos anos 60, quanto com o movimento operário brasileiro no início do século. Ao mesmo tempo, esta forma de identificação buscava consagrar uma ruptura com tradições do sindicalismo comunista e trabalhista, hegemônicos entre 1930 e 1964.

Diante dessa perspectiva, é notório o amplo desenvolvimento das consolidações trabalhistas ao longo da continuidade histórica das classes subalternas marcadas pela conjunção dos movimentos sociais no desenvolvimento da representação da cidadania operária. Percebe-se aqui uma importante reflexão, diante das vitórias que foram ganhando espaço no ambiente social, tal que por consequência a demanda de oportunidades de empregos aumentaram e por fim os imprevistos que poderiam acontecer relativo ao trabalho começaram também a serem verificados.

Não obstante, a problemática relacionada ao acidente de trabalho sempre se perdurou no tempo e espaço, e é evidenciada por Almeida (2019, p.12):

Caracteriza-se pela ocorrência de acidente repentino, alheio à capacidade de previsão, ocorrendo grave violência a qual pode impossibilitar o empregado acidentado por meses ou infortunadamente por anos. Imprescindível ressaltar que o objetivo principal não se concentra na possibilidade de reparar os danos sofridos, sendo estes a lesão corporal ou a doença contraída, mas sim na caracterização da impossibilidade de exercer o trabalho.

Assim, de acordo com Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (BRASIL,1991) e pelo Decreto nº 2.172, de 05 de março de 1997 (BRASIL, 1997), no Regulamento dos Benefícios de Previdência Social, entretanto, foi revogado pelo Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999 (BRASIL, 1999), o qual aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências, conceitua Acidente de trabalho como aquilo que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho, permanente ou temporária.

Considerando acidente de trabalho as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional: produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho, peculiar à determinada atividade e constante da relação elaborada pela Previdência Social.

II - doença do trabalho: adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e que com ele se relacione diretamente, desde que constante na relação elaborada pela Previdência Social (ou de doença comprovadamente relacionada ao trabalho executado). (BRASIL, 1991, *online*)

Frente a essa reflexão surgiu a necessidade da criação de normas que resguardassem os direitos tocantes a proteção social dos trabalhadores, e uma das grandes inovações



desenvolvidas logo no início do governo revolucionário de Getúlio Vargas foi a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que possibilitou concretizar a sistematização entre o capital e o trabalho (BRASIL, 2018).

Ao caminhar mais à frente, as primícias foram ganhando espaço na legislação brasileira por meio de princípios essenciais que estabeleceram o papel de reimplantar a democracia no país. Desde então, retrata-se que após o desenvolvimento econômico e social houve a efetivação dessas conquistas na Constituição Federal de 1.988, na qual claramente resguarda aos direitos sociais em seu artigo 6º:

São direitos sociais a educação, saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, *online*)

Assim como a sociedade começou a ganhar espaço nas normas legislativas a função laborativa dos indivíduos começaram a fazer sentido, pois esse novo paradigma foi fator de incentivo para que as pessoas pudessem trabalhar com objetivos e metas básicas a serem traçadas na vida. Insta salientar que mesmo com o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas (2017) que é considerada como um grande avanço histórico, ainda possui um certo cuidado ao detalhar o conceito de risco social.

O autor Gross (2018, p.17) faz uma crítica pertinente a essa relação:

O risco se diz como sendo social por que o trabalho é um valor da sociedade e, deste modo, protegido pelo direito social segundo terminologia atual adotada pela maioria dos doutrinadores embora todo direito seja social. O risco social engloba risco genérico da incapacidade ou morte que não se originaram da atividade laboral, e o risco profissional incapacidade, redução da capacidade ou mortes decorrentes da atividade laboral.

Continuando no mesmo raciocínio, é entendível que o acidente de trabalho é considerado como risco social e essa afirmativa vai além do simples fato de atingir a saúde do trabalhador. Diante do exposto, denota-se a produção do resultado danoso não só casual, mas também profissional. Esse quadro é fruto inegável da sua reflexão na esfera da responsabilidade trabalhista e previdenciária acerca das medidas a serem tomadas para amparar o empregado acidentado.

Ademais, o caminho que engloba essa valência aparece com mais força no percurso de conquistas elencadas no domínio do cotidiano do trabalhador. Ainda sob à luz da Constituição Federal 1988 (BRASIL, 1988) é visível os benefícios apresentados de proteção ao trabalhador que por motivos maiores se ausenta do trabalho por doença ou acidente. Nesta seara observa-se:

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I- Cobertura de eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidente de trabalho, velhice e reclusão;

(...)

Desta breve arguição, é notável a importância da contribuição previdenciária, visto que só terão direito aos benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio doença ou auxílio acidentário aqueles que devidamente contribuíram. Nessa acepção, um dos pontos bastante relevantes ao tocante acidentário, é a garantia do empregado ter estabilidade no emprego no período mínimo de 12 meses após o fato ocorrido, possuindo sua previsão legal na redação do art.118 da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991).

Desse entendimento, estão excluídos os trabalhadores irregulares visto que a garantia constitucional se baseia no intuito de proteger apenas aqueles que exercem atividade laborativa regulamentada em lei. Dessarte, perante o rol que verificamos surge a inquestionável lição de ponderar que no geral qualquer trabalhador estará sujeito a condições de acontecimentos inesperados no cotidiano. Enfim, ante exposto faz jus considerar o respaldo legislativo existente para os profissionais que se enquadram nos requisitos, pois já diminui as situações de desamparo de alguns agentes.

Nesse ponto, conforme a autora Mazuco (2018, p.10) afirmou:

Sempre que mencionamos a palavra acidente no trabalho, nos vem à mente são aqueles acidentes drásticos: uma serra elétrica atingindo um braço do trabalhador; uma queda do 3º andar de um prédio em construção; uma inalação de gases altamente tóxicos, provenientes de um vazamento ou incêndio. Acidentes dessa gravidade acontecem, é claro, mas podem ser evitados através de medidas preventivas. Contudo, estes não são os acidentes mais comuns. Os mais frequentes são aqueles que quase não podem ser notados, que vão, gradativamente, se instalando no organismo do trabalhador.

Nesta análise, presume-se inicialmente ser necessário o exercício da proteção ao direito do trabalhador, para que assim os interesses coletivos sejam fontes primordiais para a aplicação de alternativas positivas no desenvolvimento social e econômico brasileiro. Diante do exposto, conforme Rocha afirmou (2013, p.14):

O Direito do Trabalho em sua essência é abrangente, conquistado através de muitas lutas dos trabalhadores e dos sindicatos, e assim, proteger o direito coletivo é necessariamente fortalecer o direito individual, faces da mesma moeda.

Desta forma, no decorrer dos anos, percebe-se que a situação de vulnerabilidade da classe operadora dessa categoria se faz persistente em uma tênue linha do tempo, que por sua vez, acarreta o afastamento das vítimas e muitas vezes até mesmo a paralisação de uma obra devido à falta de profissionais nessa área. Diante desses acontecimentos, nota-se o excesso de gastos da previdência social nessa área e o pouco retorno econômico de fundos orçamentários



que possam suprir e amparar todos os indivíduos que são vítimas dessa peripécia (SANTOS, 2018).

Como visto alhures, outra essencial transcendência desse cenário foi a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pois foi primordial para a regulamentação acerca das condições de trabalho exercidas pelos subalternos. A respeito disso, Cavalcante (2013, p.17) compreende a “Organização Internacional do Trabalho (OIT) por sua vez, sempre teve papel importante na humanização das condições de trabalho, sendo certo que suas Convenções foram aceitas pela maioria dos países.”

Vê-se assim, o indiscutível auxílio desse órgão regulador que possibilitou tanto homens quanto mulheres o acesso à um trabalho mais digno e com condições baseadas em uma justiça social convertida ao respeito de um emprego produtivo e de qualidade. Desse modo, os direitos inerentes ao trabalhador começaram a alcançar um posto de equidade entre os países que estão sob à luz da OIT e além disso houve uma elaboração justa e adequada à necessidade de se aplicar uma legislação pertinente a saúde e segurança do trabalhador da indústria civil no país.

LEGISLAÇÃO APLICADA A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR NA CONSTRUÇÃO CIVIL

Com o avanço nas grandes metrópoles houve a necessidade da criação de um planejamento urbano para o bom êxito e funcionamento das cidades, exatamente para cumprir os princípios e diretrizes fundamentais originários e expostos na Constituição Federal de 1.988 (BRASIL, 1988). Junto à essa estratégia surgiu a necessidade de frutíferas obras civis sejam elas públicas ou particulares, em pequena ou grande escala, para atender o interesse social em prol de uma sociedade política urbana.

Nesse aspecto, a demanda de edificações se faz pertinentes na constância do crescimento urbanístico, e assim a figura do obreiro cada vez mais vem se destacando devido a sua cotação no ramo da estruturação. Em suma, essa composição presente na contraprestação de serviços entre obreiro/obra começa aparecer também condições preocupantes durante o desenvolvimento das construções.

Acontece que, a periculosidade e insalubridade previstos nos artigos 189 e 193 da CLT que são intensificadas e o setor é característico de atividades de grandes riscos, como o trabalho em altura, manejo de máquinas perigosas, ferramentas improvisadas ou inadequadas, instalações elétricas em estado crítico, uso de máquinas pesadas e atividades que podem causar



problemas ergonômicos, como de posturas inadequadas, levantamento e carregamento de peso (FUNDACENTRO, 2019).

É perceptível então que essa condição é resultante do árduo complexo da condição de saúde e segurança do trabalho desses agentes, portanto para a melhor compreensão acerca do tema discutido, é necessário definir as classificações existentes dos acidentes que possam perpetuar nessa área. Sabe-se que em sentido amplo a Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1.991, taxativamente define os acidentes existentes no direito trabalhista em três categorias (BRASIL, 1991). Nesse sentido Carvalho (2018, p.26) os descrevem:

Acidente Típico – Causado em função da atividade profissional exercida pelo acidentado, dentro da empresa.

Acidente Atípico – Doença profissional ou ocupacional adquirida em função do trabalho.

Acidente de Trajeto – Ocorrido no trajeto de casa para o trabalho ou vice versa. Fora da empresa e horário de trabalho.

É necessário que seja feita essa breve arguição para assim correlacionar os índices que ocorrem em cada tipo de circunstância apresentada. Diante disso, o Nexo Técnico Previdenciário (NTP) foi iniciado pela Previdência Social com a finalidade de apontar estudos científicos mais elaborados acerca da presente peripécia. Tendo por base a utilização da Classificação de três tipos: nexos técnico profissional ou do trabalho, nexos técnico por doença equiparada a acidente de trabalho ou nexos individual e nexos epidemiológico previdenciário (BRASIL, 2019).

Outro raciocínio fundamental traz à pertinência a acometida realidade desses cidadãos vítimas dessa fatalidade, nos quais muitas vezes não possuem um emprego regular, ou seja, estão desprovidos da devida anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social. Isso é uma realidade inquietante pois para a realização da Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) faz-se essencial a regularidade de emprego. De acordo com o Instituto Nacional do Seguro Social:

A empresa é obrigada a informar à Previdência Social todos os acidente de trabalho ocorridos com seus empregados, mesmo que não haja afastamento das atividades, até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência. Em caso de morte, a comunicação deverá ser imediata.

A empresa que não informar o acidente de trabalho dentro do prazo legal estará sujeita à aplicação de multa, conforme disposto nos artigos 286 e 336 do Decreto nº 3.048/1999 (BRASIL, 2018, *online*).

Em relação ao que foi exemplificado, caso haja negligência por parte do empregador haverá também sua responsabilidade quanto à omissão da eventualidade. Desse modo a evitar resultados mais danosos é indispensável que seja feita a comunicação, para que assim os acidentados possam dar seguimento ao afastamento e abertura do auxílio acidentário.



Nesse seguimento, o benefício de natureza indenizatória poderá ser requerido por aqueles que “em decorrência de acidente, apresentar sequela permanente que reduza sua capacidade para o trabalho” (BRASIL, 2017, *online*). Diante disso, é crucial o cumprimento das exigências legais como a efetuação do Comunicação de Acidente de Trabalho- CAT, para que assim sejam reguladas e solucionadas as situações acidentárias sejam elas no percurso ou dentro do ambiente de trabalho.

Nesse sentido, cabe ressaltar que conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em 05 de setembro de 2019, através do (RE nº 828040), o trabalhador que atua em atividade de risco tem direito à indenização em razão de danos decorrentes de acidente de trabalho, independentemente da comprovação de culpa ou dolo do empregador (MELO, 2019). Restando evidente que ao empregador será imputado a responsabilidade civil objetiva por danos provenientes de acidente de trabalho em atividades de risco. Conforme demonstrado na decisão abaixo:

Decisão: O Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade”, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 12.03.2020. (BRASIL, STF, 2019, *online*)

Ademais, como forma de prevenção e medidas eficazes para diminuir esses episódios a CLT reservou o capítulo V para tratar à respeito da Segurança e da Medicina do Trabalho. Antemão, são definidos a promoção e fiscalização de obras conforme redação do artigo 161:

Art. 161. O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para a prevenção de infortúnios de trabalho (CLT, 2017, *online*)

Ainda nessa mesma lógica, trata-se com clareza a Seção VI, Das Edificações, o “art. 170: As edificações deverão obedecer aos requisitos técnicos que garantam perfeita segurança aos que nela trabalhem.” (BRASIL, 2017, *online*). Nessa conjuntura, podemos perceber a utilidade e precisão dos chamados equipamentos de proteção individual (EPIS), para garantir o êxito da atividade laborada e evitar consequências drásticas e negativas na vida dos profissionais obreiros.

A autora Paegle (2019, p.36) elabora sua conclusão do tema ao dizer: “a empresa é obrigada a fornecer o EPI gratuitamente aos trabalhadores, que deve ser adequado para o risco



que o empregado está exposto no local de trabalho, além de esta em perfeito estado de conservação e funcionamento.”

De uma maneira geral, conforme acima identificado pela autora, a necessidade do uso desses equipamentos fornecidos pelos empregadores facilita o procedimento dos obreiros civis que por sua vez estarão alinhados de acordo com as normas técnicas estabelecidas em nossa legislação. No caso em tela, a adoção dessas medidas também contribuirá para o conhecimento e saúde ocupacional desses profissionais, e além disso o chefe estará fazendo sua parte em zelar e preservar a qualidade de vida dos seus funcionários.

Todavia é de grande valência trazer para análise que esses acontecimentos envolvem não somente aspectos previdenciários, mas sim também a responsabilidade do empregador de cumprir as exigências corretas para amparar seu empregado (CLT, 2017). Portanto, faz-se fundamental a emissão do comunicado de acidente de trabalho visto que o mesmo serve como medida de prevenção para empresa, para assim serem tomadas as medidas cabíveis mediante tal acontecimento.

Feito esse adentro, e ainda sobre as normas regulamentadoras que exemplificam os métodos preventivos, temos a instituição da Portaria 3.214/78, que sofreu algumas alterações em seus textos e títulos ao longo do tempo, mas que facilitou a identificação de preceitos a serem obrigatoriamente seguidos pelas empresas. Conforme o autor Gomes (2011, p.77) declarou:

É significativo observar que poucos setores possuem um programa só para eles, e a existência de uma norma específica para a construção civil, a NR-18, representa um marco para o setor, pois regulou todas as atividades realizadas no canteiro de obra e nas obras de recuperação e reforma, abrangendo todas as categorias e especificando os riscos e as orientações de segurança para cada atividade.

Nesse viés, a importância de ser colocado em prática essas diretrizes facilita bastante até mesmo o convívio entre empregado/empregador, pois por mais que a jornada do trabalhador muitas vezes seja intensa será notado a preocupação dos patrões em relação ao bem-estar de seus empregados e assim evitarão os riscos trazidos por essa atividade. De modo a se eximirem do eventual dano no qual interfere diretamente na atividade exercida pelo indivíduo, podendo acarretar um afastamento provisório ou até mesmo permanente.

Nesse sentido Gomes (2011, p.78) ainda extrai sua conclusão sobre o principal regulamento:

NR18 - Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção: Estabelece diretrizes de ordem administrativa, de planejamento de organização, que objetivem a implementação de medidas de controle e sistemas preventivos de



segurança nos processos, nas condições e no meio ambiente de trabalho na Indústria da Construção Civil. A fundamentação legal, ordinária e específica, que dá embasamento jurídico à existência desta NR, é o artigo 200 inciso I da CLT.

Pode-se perceber que existe uma delimitação para ser seguida nesse ambiente de modo a proporcionar evoluções no trabalho. Essa disciplina faz-se pertinente de modo a assegurar a segurança do trabalho na categoria da construção civil no país para assim conservar a integridade física dos agentes em prol de um ambiente mais seguro.

Para Gomes (2011), trazendo ao caso uma elaboração mais detalhada, tudo isso implica não tão somente à um impacto naquele determinado local, mas também afeta as condições físicas, psicológicas e psicossocial. Pois, as circunstâncias vão muito além do simples fato gerador de acidentes, acarretam também o envolvimento da família daquela vítima, gerando imediatamente a afetação negativa nos reflexos da dependência financeira até mesmo do desgaste emocional.

É importante enaltecer que mesmo com os avanços tecnológicos ainda está presente ao meio social os riscos de insegurança laboral. Posto isto, deve haver conscientização dos empresários frente ao Programa Integral de Segurança de forma a evitar futuros gastos diretos e indiretos decorrentes das obrigações para com os empregados (GROHMANN, 2017).

Pela importância do assunto a adoção medidas é uma tarefa que envolve a colaboração dos dois pólos existentes da relação, de modo a facilitar a continuidade do processo produtivo. De um lado o empregador com a responsabilidade de instituir a metodologia adequada que atenda a necessidade do serviço a ser prestado sob égide das preceituações normativas de prudência, e de outro o empregado que está direcionado a iniciativa do uso habitual e o bom estado de conservação dos equipamentos no desenvolvimento das atividades.

Isto posto, o autor Cisz (2015, p.19) faz menção aos equipamentos utilizados na indústria da construção civil:

(...) os equipamentos de proteção individual utilizados na Construção Civil, conforme a NR-6, encontram-se agrupados em: EPI's para proteção da cabeça; dos olhos e face; da audição; do tronco; respiratória; dos membros superiores; dos membros inferiores e contra queda em diferença de nível.

Ainda nessa seara, observa-se a necessidade da aplicação dos conhecimentos voltados a utilização desses utensílios essenciais que visam a eliminação dessa incisão, de modo a colaborar para um ambiente agradável de ocupação funcional movidas por ações rotineiras que acarretam previamente as circunstâncias moderadas e eficazes.

Desse modo, conforme exposto no quadro abaixo (Quadro 01), Cisz (2015) faz uma arguição dos possíveis equipamentos essenciais sendo eles:

Quadro 1- Importância do Uso de Equipamentos de Proteção Individual

EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL	
Proteção da cabeça	O uso adequado de capacetes, capuzou clave de forma à diminuir impactos ocasionados no crânio.
Proteção dos olhos e face	O uso de protetor facial a fim de evitar partículas volantes, radiação infravermelha e ultravioleta e além disso exposição a luminosidade.
Proteção auditiva	A fim de diminuir a intensidade de ruídos elevados.
Proteção dos membros superiores	Feito através do uso contínuo de luvas para evitar o contato direto com agentes nocivos.
Proteção dos membros inferiores	São os calçados que protegem contra impactos provenientes de situações de periculosidade.
Proteção contra quedas com diferença de nível	Utilização do cinturão de segurança a fim de evitar quedas drásticas em trabalhos em altura.

Fonte: CISZ, 2015

Nesta definição é possível observar que a adequada utilização dos equipamentos de proteção individual corrige as lacunas existentes das situações de vulnerabilidade dos operários na construção civil do país. A fim de diminuir acontecimentos inesperados na vida desses profissionais e garantir o exercício regular de sua proteção ao trabalho.

Dando continuidade Ferreira e Peixoto (2012, *online*), afirma que no contexto legislativo em relação a Segurança e Saúde do Trabalho apresentou-se da seguinte forma a partir do século XX:

[...] Em 1943, no Brasil, com o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio, entra em vigor a “Consolidação das Leis do Trabalho” (CLT), com capítulo referente à Higiene e Segurança do Trabalho. Em 1944 é incluída a CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) na Legislação Brasileira pelo Decreto nº 7036/44, conhecido como “Lei de Acidentes de Trabalho de 1944”.

[...] Em 1948 é criada a Organização Mundial da Saúde (OMS) com políticas voltadas também à saúde dos trabalhadores.

[...] Em 1953, a Portaria nº 155 regulamenta as ações da CIPA.

[...] Em 1953 é publicada a Recomendação nº 97 da OIT sobre “Proteção da Saúde dos Trabalhadores”.

[...] Em 1956, o governo brasileiro aprova por Decreto Legislativo a Convenção nº 81 – Fiscalização do Trabalho, da OIT.

[...] Em 1966, através da Lei nº 5.161, é criada no Brasil a Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho (FUNDACENTRO), com o objetivo de realizar estudos, análises e pesquisas relativas à higiene e à medicina ocupacional.

Atualmente, é denominada de Fundação Jorge Duprat Figueiredo, de Segurança e Medicina do Trabalho (alterado no ano de 1978).

[...] Em 1977, no Brasil, a Lei nº 6.514 altera o Capítulo V da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), agora relativo à segurança e medicina do trabalho.

[...] No ano de 1978, no Brasil, através da Portaria nº 3.214 de 08/06/1978, aprovou as Normas Regulamentadoras (NR) do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à segurança e medicina do trabalho. Nesse mesmo ano, foram aprovadas outras 28 (vinte e oito) NR, as quais sofreram várias alterações ao longo dos anos.

[...] Em 1988, é promulgada a Constituição Federal do Brasil e são criadas as Normas Regulamentadoras Rurais (NRR).

[...] Em 1988, a OIT publica a Convenção nº 167 – Segurança e Saúde na Construção. Essa convenção é aplicada a qualquer atividade econômica relacionada à construção, como: edificações, obras públicas, trabalhos em montagem, desmontagem e, até mesmo, operação e transporte nas obras.

Em 2010, o Ministério do Trabalho e Emprego publica, pela Portaria SIT nº 197, uma nova NR 12 – Segurança no Trabalho em Máquinas e Equipamentos, atualizados e com referências técnicas, princípios fundamentais e medidas de proteção para garantir a integridade física e a saúde dos trabalhadores.

Em 2012, o Ministério do Trabalho publica a Portaria nº 313, a NR 35 – Trabalho em Altura.

Em 2012, o MTE publica uma nova NR 20.

Nesse sentido, percebe-se que a legislação aplicada à segurança e saúde do trabalhado, sempre foi alvo de discussões e preocupações por parte das autoridades competentes sempre com intuito de proteger empregados e empregadores na relação de trabalho e emprego existente. Em momento oportuno, traz-se necessário visualizar o cenário atual dos acidentes de trabalho que ainda assolam a categoria dos obreiros civis no Estado de Goiás.

CENÁRIO DO ACIDENTE DE TRABALHO DOS EMPREGADOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL EM GOIÁS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

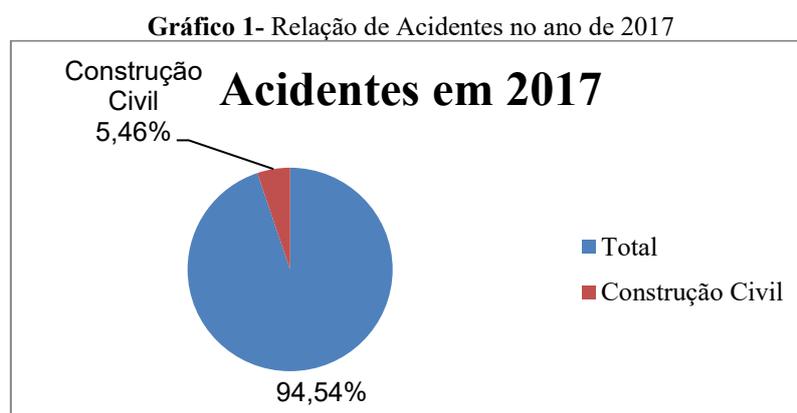
Conforme último Boletim Estatístico da Previdência Social- BEPS, emitido em Fevereiro de 2020, nesse respectivo mês foram concedidos 390,2 mil benefícios no Brasil, no valor total de R\$ 560,0 milhões. Em relação ao mês anterior, a quantidade de benefícios concedidos aumentou 9,64% e o valor de benefícios concedidos subiu em 5,91%. O tempo médio de concessão em fevereiro de 2020 foi de 72 dias. Foram R\$ 35,6 milhões de benefícios emitidos para o pagamento, no valor total de R\$ 48,0 bilhões (BEPS, 2020).

No mês de fevereiro de 2020, a Arrecadação Líquida do INSS (que corresponde aos recebimentos próprios deduzindo-se as transferências a terceiros) foi de R\$ 54,4 bilhões. Por outro lado, a despesa com os benefícios do Regime Geral de Previdência Social foi da ordem de R\$ 66,9 bilhões. Em termos líquidos, o resultado primário do Fundo Regime Geral de Previdência Social neste mês ficou negativo em R\$ 12,1 bilhões (BEPS, 2020).

No tocante aos benefícios por espécies verificou-se que totalizaram 1723 concessões em relação ao auxílio-acidente, sendo a clientela 1700 (urbana) e 23 (rural), com valor de R\$

2.119.536 sendo 2.106.685 (urbana) e 12.851 (rural), tendo como valor médio R\$ 1.230,14 (BEPS, 2020).

De acordo com a mais recente exposição da Associação Nacional de Medicina e Trabalho- ANAMT (2019) e o Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho (AEAT) do ano de 2017 demonstra a ocorrência no país de 549.405 acidentes de trabalho, à vista disso, na construção civil foram 30.025, proporcionalmente a 5,46% de todos os casos. Isso aparenta ser uma situação preocupante pois em sua maioria são passíveis da privação do retorno rápido do indivíduo à sua atividade de origem. Observemos:



Fonte: ANAMT, 2019.

Ademais, diante dessa alarmante conjuntura que está relativamente exposta ao banco de dados estatísticos, temos ainda aqueles acidentes que não possuem CAT registrado devido serem frutos inegáveis das circunstâncias irregulares existentes na relação tocante ao direito do trabalho. De modo a tornar a estimativa ainda mais preocupante pelo fato desses trabalhadores não alcançarem de imediato aos benefícios previstos diante desse episódio.

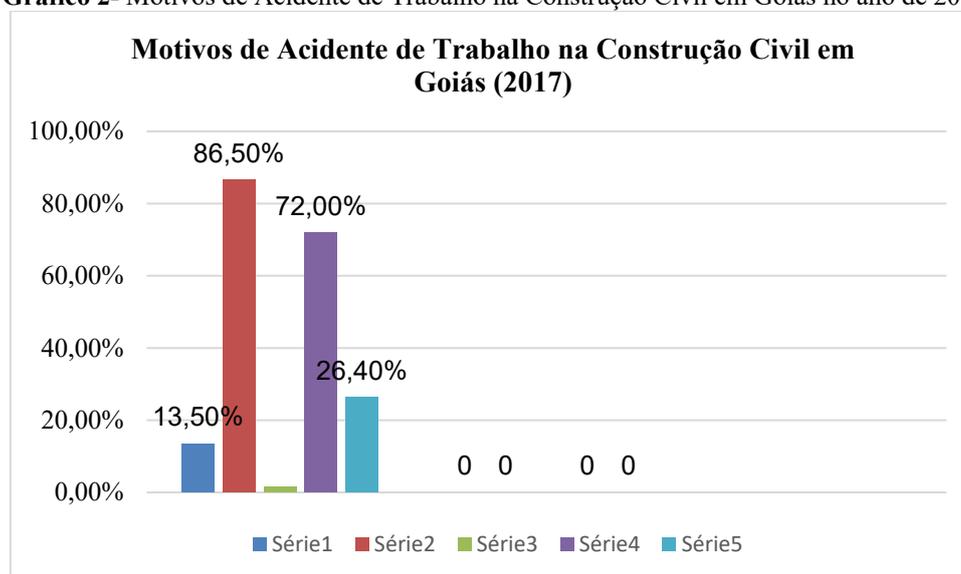
Acredita-se, entretanto, na importância da política de segurança a ser adotada nos setores mais propícios à essa fatalidade, pois assim oportunizam aos vulneráveis um respaldo jurídico ágil e eficaz. E assim, a eficácia entendida nesse sentido técnico poderá facilitar a correção dos pontos negativos que posteriormente serão corrigidos de acordo com as normas legais de prevenção.

Diante dessa perspectiva, ainda como forma de divulgação exercida pelo Ministério da Economia a fim de demonstrar a efetividade e desempenho de respaldo aos necessitados, temos o acompanhamento mensal dos benefícios auxílios-doença acidentários concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) do corrente ano de 2017, relacionados à categoria apresentada 4120 que está ligada diretamente aos trabalhadores das construções de edifícios.

Vejamos conforme à dados apresentados que no primeiro semestre anual foram registrados uma concessão progressiva de auxílio acidente, ou seja, foram aproximadamente 2.473 casos, enquanto no segundo semestre do ano foram registrados 2.078 casos. Diante disso, é evidente a pertinência quanto à contabilização para dimensionar a garantia do benefício de quem foi vítima dessa peripécia que ainda é vista como o terror do dia a dia do construtor civil.

Conforme é identificado no gráfico abaixo, mesmo com a efetivação do grande número de beneficiados pelo auxílio acidente no ano de 2.017, ainda o estado de Goiás, CNAE 4120 (AEAT, 2017), sofre com a apresentação de número significativo de estimativa de 285 acidentes anuais, sendo definidos com CAT registrada (250 acidentes) e sem CAT registrada (35 acidentes). Essa estimativa ainda é elaborada mais à frente com uma visão geral que engloba a distribuição total por motivo, em Goiás sendo à seguir exemplificada da seguinte forma:

Gráfico 2- Motivos de Acidente de Trabalho na Construção Civil em Goiás no ano de 2017



Fonte: AEAT, 2017.

Conforme exposto, é visível que a área mais afetada ocorre durante a laboração no local das obras e o risco de ser um acidente fatal se intensifica. Feito esse adentro, segundo a Associação Nacional da Medicina e Trabalho (2019, *online*) concluímos que:

Em 2017, mil pessoas não puderam retornar ao trabalho ou retornaram com limitações porque ficaram com algum tipo de incapacidade permanente, o que representa 7,9% do total de 12.651 casos. E 227 pessoas morreram de um total de 2.096 (10,8%). Enquanto a taxa de mortalidade no trabalho no Brasil é de 5,21 mortes para cada 100 mil vínculos, na construção civil a taxa é de 11,76 casos para cada grupo de 100 mil. As principais causas destes acidentes são impactos com objetos, quedas, choques elétricos e soterramento ou desmoronamento.

A grande importância das empresas construtoras fazerem o papel de cumprir a comunicação do acidente de trabalho (CAT) conforme determina a legislação pertinente do Decreto nº 2.172 de 1.997, corrobora para que as vítimas possam garantir e gozar dos seus



direitos inerentes ao tocante ao auxílio acidentário. Desse modo, para que esse procedimento ocorra é necessário atentar-se à alguns requisitos importantes.

Nessa lógica, os autores Ferreira e Peixoto (2012) detalham de forma breve e dinâmica como deverá ser realizado as medidas fundamentais para que o comunicado seja feito de forma correta, de modo à asseverar a tempestividade da propositura do acontecimento casual que por fim caminhará para o deferimento de sua concessão. Vejamos:

O Decreto nº 2.172 de 1997, determina que a empresa deve comunicar o acidente de trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e em caso de morte, de imediato à autoridade competente, sob pena de multa.

Da comunicação a que se refere esse artigo, receberão cópia fiel o acidentado ou seus dependentes, bem como o sindicato a que corresponda a sua categoria. Na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo, nesses casos, o prazo previsto no artigo.

A Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) é um formulário que deve ser preenchido pela empresa para que o acidente seja legalmente reconhecido pelo INSS, permitindo que o trabalhador receba o auxílio-acidente ou outros benefícios gerados pelo acidente. O formulário possibilita aos serviços de saúde ter informações sobre os acidentes e doenças, assim como fiscalizar e investigar as empresas a fim de impedir o acontecimento de acidentes semelhantes.

Ainda sob análise desse cenário vislumbra-se a transcendência dessa ação que possibilita a formalização das fatalidades que ocorrem diariamente nas áreas construtivas no estado de Goiás. Diante disso, as empresas são as principais responsáveis em adotar as dimensões de comunicação, pois caso ocorra ausência do cumprimento legal poderão ser responsabilizadas sob pena de multa.

Nesse sentido, Ferreira e Peixoto (2012) destacam que se faz essencial que seja feito a comunicação do acidente de trabalho em todas as modalidades, mesmo que seja daqueles trabalhadores que não ficarão por mais de 15 dias afastados. Assim sendo, deverá ser caracterizado por duas formas objetivas de classificação, ou seja, os ocorridos administrativamente (nexo casuístico entre o trabalho exercido e o acidente) e os tecnicamente pela perícia médica do INSS (nexo de causa e efeito).

Esses fatores alternativos e classificatórios buscam facilitar como deverá se proceder as ações que visam diminuir os efeitos negativos na vida dos obreiros, a fim de prestar auxílio aos impossibilitados de exercer sua função laboral e além disso, buscar também reduzir os impactos no orçamento das construtoras prestadoras de serviços civis.

Desta maneira a fim de facilitar a iniciativa das empresas frente a esses acontecimentos, o INSS (2019) criou uma página oficial *online* para que por meio desta seja efetuado todos os cadastros por meio do preenchimento de um formulário. Assim preceitua-se alguns requisitos



informativos para iniciar a realização: Tipo de CAT: inicial, reabertura ou óbito, Número do CNPJ da empresa; NIT/PIS/PASEP do empregado; Data do Acidente; Último dia trabalhado; Emissão do CAT.

Com efeito, vista aos inúmeros casos pertinentes desse episódio na construção civil, é indispensável que seja feita uma fiscalização diária nesse ambiente. Pois a intensidade dos riscos causados por situações do cotidiano seria menos drástica, que por sua vez diminuiriam a taxa de efeitos negativos nessa área que supostamente poderia ocasionar a incapacidade laboral ou até mesmo à fatalidade da vida do indivíduo que ali exerce sua função de trabalho.

Por exigência legal, o Decreto nº 8.483 de novembro de 2015 elaborado pelo Governo do Estado de Goiás, possibilitou que a entidade autárquica Agência Goiana de Transportes e Obras (AGETOP) exercesse a fiscalização da execução de obras públicas. Conforme exposto a seguir:

Art.2º: À Agência Goiana de Transportes e Obras – AGETOP compete:
I- Executar a política estadual de transportes e obras públicas, compreendendo a realização de obras civis (construção, reforma, adequação, ampliação e manutenção dos prédios públicos) e de obras de infraestrutura, tais como rodovias, ferrovias, aquavias, aeroportos e aeródromos;
(...) (BRASIL, 2015, *online*)

Nota-se que a Administração Pública do Estado de Goiás organiza uma forma adequada de prosseguimento executório de obras, haja vista a importância do planejamento e vigilância. Desse modo, é de suma importância promover também em edificações particulares a vistoria de todas as etapas exercidas por pedreiros, mestres de obras e engenheiros civis, para dessa forma reduzir o caos decorrente de uma situação perigosa que pode ser enfrentada por esses profissionais no dia a dia.

Em contrapartida, atendo-se a importância do monitoramento da indústria da construção é observado que a coordenação e planejamento de prevenção à acidentes é direcionado ao papel da empresa de fornecer aos trabalhadores treinamento adequado, a seguir exemplificado por Neves (2003, p.96):

As empresas devem manter obrigatoriamente Serviços Especializados em Engenharia e Segurança do Trabalho – SESMET, com finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho. Ficando ainda obrigadas a organizar e manter em funcionamento a CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes que atribui responsabilidades aos próprios operários da obra como o de fiscalizar o uso de equipamentos, esclarecer sobre a importância dos mesmos e em alguns casos até prestar algum atendimento emergencial no caso de acidente (primeiros socorros).

Nessa continuidade, Bansi, Martos e Steffano (2012), menciona que os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais podem ser provenientes de vários fatores, tais como:



movimentos repetitivos, carga excessiva, pressão por parte da empresa para o atendimento de metas e situações de estresse elevado e contínuo.

Alusivo a Construção Civil afirma Teodoro (2020) que a queda de altura, choque elétrico, perdas auditivas pelo ruído, dermatose e alergias, são doenças e acidente de trabalho mais comuns na categoria. Como resultado, portam transtornos desagradáveis para a vida ativa do trabalhador, de modo a atingir esferas financeiras, psicológicas e sociais.

Para tanto, diante de tais acontecimentos é de suma necessidade a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção e proteção contra os riscos relativos às atividades laborais dessa categoria em questão. Contudo o papel de efetivação caberá desde logo as empresas juntamente aos órgãos regulamentadores e todos os envolvidos no combate e prevenção desse incidente.

Inclusive Neves (2019) afirma que o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região participa do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, regulamentado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, CSJT, onde são realizados vários projetos, diversos deles em parceria com o Ministério Público do Trabalho em Goiás, que visam conscientizar trabalhadores e empregadores quanto à prevenção de acidentes, a exemplo de campanhas em grandes empresas para o uso correto dos equipamentos de proteção individual (EPIS), o “Café Seguro” (alerta frentistas sobre o risco do benzeno à saúde).

Além disso, são realizados seminários anuais com trabalhadores, empresários e especialistas sobre saúde e segurança no trabalho. De forma a desenvolver nesse ambiente laboral a contraprestação informativa para o bom êxito cautelar de todas as medidas fundamentais que caminharão para uma perspectiva de redução aos riscos das atividades desenvolvidas.

Em relação aos aspectos jurídicos, existem vários julgados em Goiás que tratam da responsabilidade do empregador no tocante ao acidente de trabalho envolvendo a construção civil e o dever de indenizar, como informado nas decisões abaixo:

INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS ENSEJADORES DO DEVER DE INDENIZAR. Para o deferimento de indenizações por danos decorrentes de acidente de trabalho devem estar presentes todos os elementos ensejadores do dever de reparação, quais sejam, o dano sofrido, o nexo de causalidade e a culpa do agente causador do dano. Restando presentes tais elementos, impõe-se o deferimento do pleito indenizatório. (TRT 18, ROT – 0010621-44.2018.5.18.0052, Rel. CESAR SILVEIRA, 1ª TURMA, 16/10/2020)

ACIDENTE DE TRABALHO, EMPREGADO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATIVIDADE LABORATIVA DE RISCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. Considerando que a atividade desenvolvida



pelo empregado (Pedreiro), expunha-o a um risco de acidente muito superior à média experimentada pelos trabalhadores em geral, a responsabilidade da reclamada é de natureza objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Assim, provado o dano e nexó de causalidade, e não sendo o caso de culpa exclusiva da vítima, a reclamada é civilmente responsável pelo acidente ocorrido com o trabalhador, sendo devidas as indenizações por danos morais e materiais postuladas. (TRT-18, ROT – 0011141-21.2018.5.18.0111, Rel. ELVECIO MOURA DOS SANTOS, 3ª TURMA, 01/10/2020)

Assim, diante de tais constatações perfaz salientar que em razão das responsabilidades colocadas frente aos operários é de extrema essencialidade adotar as medidas preventivas, e sobretudo, garantir a seguridade no trabalho de obra civil. De modo a colocar em prática todas as dinâmicas fornecidas com a finalidade de amenizar os riscos ocasionados pelo acidente de trabalho na vida do trabalhador no âmbito da construção civil e evitar o excesso de demandas jurídicas conforme apresentado na pesquisa acima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto alhures, os acidentes ocasionados no momento de labor dos profissionais da construção civil provocam de forma direta mudanças significativas no âmbito social, trazendo reflexos desde impactos no desenvolvimento das obras quanto também o desgaste físico e emocional na vida pessoal daqueles que são vítimas dessa peripécia.

Nessa perspectiva, o principal fator que possa contribuir para solução e adequação ao bom desenvolvimento do trabalho desses indivíduos, encontra-se pautado na importância da efetivação das medidas de segurança pertinentes as diretrizes fundamentais das normas regulamentadoras apresentadas pela Portaria 3.214/78 que mesmo com algumas alterações tem por função orientar as empresas responsáveis por esse setor à seguir corretamente a prevenção acidentária.

Assim sendo, é de grande valia esse setor construtivo incentivar e disponibilizar equipamentos de proteção de individual aos seus empregados a fim de elaborar a essencialidade da proteção e tranquilidade, para de tal maneira diminuir os riscos de um resultado casuístico inesperado. À vista disso, é de suma importância que haja iniciativa não tão somente das empresas, mas também por parte do poder público ao desenvolver políticas públicas de prevenção, de modo à reintegrar a importância da utilidade e manuseio correto dos dispositivos essenciais ao trabalho.

Diante desse cenário, por conseguinte o controle da fatalidade será visível. Pois um esforço consciente diminuirá os acidentes, a comunicação ao CAT, e além disso os gastos previdenciários quanto à concessão do auxílio acidentário. Dessa forma essa atitude facilita à



relação entre patrão e empregado, conduzindo assim a possibilidade de execução e rendimento de uma atuação justa, tranquila e prestativa de ambas às partes.

Para tanto, é notório que caso seja feito as adoções de medidas necessárias a fim da prevenção acidentária, o impacto na Previdência Social será menos intenso. E logo, as consequências jurídicas por sua vez começarão a serem positivas para os cofres públicos pelo fato da diminuição na concessão dos benefícios acidentários para essa categoria de trabalhadores que são afetados diariamente por circunstâncias de riscos, nas quais podem ser sanadas por meio de simples atitudes protecionistas à atividade ali desenvolvida.

Portanto espera-se, que as diretrizes apresentadas possam ser seguidas e sistematizadas durante a função laborativa dos construtores civis de modo à estabelecer como paradigma fundamental a produção de resultados prósperos à efetivação do que é regulamentado em lei. Além disso, facilitar o reconhecimento dos pontos críticos que podem ser corrigidos a partir do conhecimento da prevenção dessa peripécia, de maneira a reduzir futuramente os eventuais riscos não tão somente no ambiente do trabalho mais também na vida social do mester.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAMT. **Construção civil está entre os setores com maiores riscos de acidente de trabalho.** Brasil, 30 de abr. 2019. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2019/04/30/construcao-civil-esta-entre-os-setores-com-maior-risco-de-acidentes-de-trabalho/>. Acesso em: 08 set. 2020.

ALMEIDA, C. R. de. **A responsabilidade civil e penal do empregador nos acidentes de trabalho.** Ijuí, RS, 2019. Trabalho de conclusão de curso – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/6503/Caroline%20Rodrigues%20de%20Almeida.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BANSI, A. C.; MARTTOS S. R.; STEFANO S. R. **Acidentes no Trabalho e Programas de Prevenção em uma Empresa de Construção Civil.** UNOPAR Cient., Ciências Jurídicas Empresas, Londrina, v.13, n.2, p. 95-102, set. 2012. Disponível em: file:///C:/Users/maria/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/751-Texto%20do%20artigo-2903-1-10-20150702.pdf. Acesso em 24 out. 2020.

BIAVASCHI, M. B. O processo da construção e desconstrução da tela de proteção social do trabalho: tempos de regresso. **Mercado de Trabalho**, São Paulo, v.30, n. 87, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142016000200075&script=sci_arttext. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL, BBC News. **Porque Getúlio Vargas criou o Ministério do Trabalho em 1930.** Revista BBC News, São Paulo, novembro 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46159747>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto 2.172 de 05 de março de 1997.** Revogado pelo Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999. Brasília: Planalto, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2172.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999.** Brasília: Planalto, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executiva, Brasília, DF, 13 nov. 2017. Disponível em: http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19173773/do1-2017-07-14-lei-no-13-467-de-13-de-julho-de-2017-19173618. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). **Auxílio-Acidente.** 2017. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-acidente/>. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). **Comunicação de Acidente de Trabalho-CAT.** 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/comunicacao-de-acidente-de-trabalho-cat/>. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). **Nexus Previdenciários.** 2019. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/orientacoes/nexus-tecnicos-previdenciarios/>. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Tabelas CNAE- 2.0. **Base de dados Secretaria Especial de Previdência e Trabalho.** 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho/tabelas-cnae-2-0>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Tabela 2017. Dados estatísticos- Saúde e Segurança do Trabalho. **Anuário Estatístico de Acidente de Trabalho- AEAT.** 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 3.214 de 08 de julho de 1978.** Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, São Paulo, SP, 08 de julho de 1978. Disponível em:

https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P3214_78.html. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Previdência Social. **Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/saude-e-seguranca-do-trabalhador/politicasde-prevencao/nexo-tecnico-epidemiologico-previdenciario-ntep/>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho Goiás – 18ª Região. Acidente de Trabalho. Empregado na Construção Civil. Atividade Laborativa de Risco. Responsabilidade Civil Objetiva. Dever de Indenizar. Goiás. Relator: Elvecio Moura dos Santos, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 01 outubro 2020. Disponível em: <https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa?q=id:3-14614996>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho Goiás – 18ª Região. Indenizações por danos decorrentes de acidente de trabalho. Elementos ensejadores do dever de indenizar. Goiás. Relator: César Silveira, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 16 outubro 2020. Disponível em: <https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa?q=id:3-14555368>. Acesso em: 24 out. 2020.

CAMARGO, R. D. *et.al.* Trabalho em altura x Acidentes de Trabalho na Construção Civil. **Revista Eletrônica Teccen**, Rio de Janeiro, v.11, n. 2, p. 9-15, jun./dez 2018. Disponível em: <http://editora.universidadedevassouras.edu.br/index.php/TECCEN/article/view/1312>. Acesso em: 08 set. 2020.

CARVALHO, R. T. **Acidentes de trajeto no Brasil: Estatísticas, causas e consequências**. Florianópolis-PR, 2018. p.61. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4831/Monografia%20-%20Acidentes%20de%20Trajeto%20no%20Brasil%20-%20Estatísticas%20e%20Causas%20e%20Consequências%20-%20Raphael%20Tardelli.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mai 2020.

CAVALCANTE, R. R. **Acidente de Trabalho: Uma análise do acidente de trabalho na construção civil na região nordeste, para o ano de 2011**. 2013. 41f. Dissertação (Mestrado Profissional)-Programa de Pós Graduação em Economia, CAEN, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/9519>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CISZ, C. R. **Conscientização do uso de EPI'S, quanto à segurança pessoal e coletiva**. 2015. 44 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/3833>. Acesso em: 07 set. 2020.

FERREIRA, L. S.; PEIXOTO, N. H. **RE- Cadernos- Colégio Técnico Industrial- Segurança do Trabalho I**. Ministério da Educação. Universidade Federal de Santa Maria-RS, 2014, caderno I, p.149. Disponível em: <https://www.ufsm.br/unidades-universitarias/ctism/cte/seguranca-do-trabalho-ctism-apostilas/>. Acesso em: 08 set. 2020.

FORTES, A. **Nós do quarto distrito... a classe trabalhadora porto-alegrense e a Era Vargas**. 2001. 602p. Tese (Doutorado)- Universidade Estadual de Campinas, Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP, 2001. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280763>. Acesso em: 29 ago. 2020.

FUNDACENTRO. **Segurança e saúde no setor da construção**. contextualização. São Paulo, 2019. Disponível em: <http://antigo.fundacentro.gov.br/seguranca-e-saude-no-setor-da-construcao/contextualizacao>. Acesso em: 05 set. 2020.

GOIÁS (Estado). Decreto nº 8.483, de 20 de novembro de 2015. **Portal da Legislação**, Goiânia, nov. 2015. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/67563/decreto-8483. Acesso em: 07 set. 2020.

GOMES, A. P. **Construção civil e saúde do trabalhador: um olhar sobre as pequenas obras**. 2011. 190 f. Tese (Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/23107>. Acesso em: 07 set. 2020.

GROHMANN, M. Z. **Segurança no trabalho através do uso de EPI's: Estudo de caso realizado na construção civil de Santa Maria**. 2017. Programa de Pós Graduação - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Marcia_Grohmann/publication/237263889_SEGURANCA_NO_TRABALHO_ATRAVES_DO_USO_DE_EPI'S_ESTUDO_DE_CASO_REALIZADO_NA_CONSTRUCAO_CIVIL_DE_SANTA_MARIA/links/55cf437108ae6a881385d8e4/SEGURANCA-NO-TRABALHO-ATRAVES-DO-USO-DE-EPIS-ESTUDO-DE-CASO-REALIZADO-NA-CONSTRUCAO-CIVIL-DE-SANTA-MARIA.pdf. Acesso em: 07 set. 2020.

GROSS, J. G. **Responsabilidade Civil no acidente de trabalho: uma análise jurisprudencial e sumular**. Canela, RS, 2018. Trabalho de conclusão de curso – Universidade de Caxia do Sul, Campus Universitário da Região das Hortências. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4899/TCC%20Jonatas%20Galle%20Gross.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 abr. 2020.

MAZUCO, A. P. de M. F. **Acidente de trajeto - seus aspectos perante o acidente de trabalho**. Tubarão-SC, 2018. Monografia de conclusão de curso – Universidade do Sul de Santa Catarina. Disponível em: https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6341/ANNA_MONOGRAFIA_RIUNI.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 abr. 2020.

MELO, S. de M. STF decide que empregador tem responsabilidade civil objetiva em acidente de trabalho. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo-SP, set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/stf-decide-empregador-responsabilidade-civil-objetiva>. Acesso em: 24 out. 2020.

MIRANDA, F. S. M. P. A Mudança do Paradigma Econômico, a Revolução Industrial e a Positivização do Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**, São Roque, São Paulo, vol. 3, n.1, 1-24, 2012. Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdf/v3-n1-2012/Fer1.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

MORAES, W. dos S. de.; SIMAS, L. Ação direta dos trabalhadores e conquista de direitos no Brasil – o caso da Primeira República. **Revista Internacional de História e Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, vol. 11, nº 1, p. 127-145, janeiro-abril 2019. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/download/218/219>. Acesso em: 25 abr. 2020.

NEVES, C. dos R. B. **Impactos da certificação ISO 9000 na qualificação de recursos humanos da construção civil em Goiás**. 2003. 131f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Mecânica). Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, 2003. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/264047>. Acesso em: 07 set. 2020.

NEVES, L. 18º Tribunal Regional do Trabalho. **Número de acidentes de trabalho com morte em Goiás aumentou 14% em 2018**. Goiânia-GO, abr. 2019. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/numero-de-acidentes-de-trabalho-com-morte-em-goias-aumentou-14-em-2018/>. Acesso em: 24 out. 2020.

PAEGLE, J. S. **Identificação dos agentes na construção civil que caracterização insalubridade**. Florianópolis-SC, 2019. Monografia de conclusão de curso – Universidade do Sul de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/8129/Monografia%20-%20Julia%20Silveira%20Paegle%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 set. 2020.

ROCHA, C. J. da. Os 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho: A comemoração de um diploma efetivo e socialmente necessário, democratizado através da Constituição da República de 1988. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região**. Goiânia-GO, v.13, n.13, p. 14, dez. 2013. Disponível em: https://bibliotecadigital.trt18.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtrt18/13495/Revista_2013-atual-digital1.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=188. Acesso em: 25 abr. 2020.

SANTOS, P. V. S. **Aplicação de Normas Regulamentadoras de Segurança do Trabalho em Obras de Pequeno Porte**. 2018. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia Civil) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22226>. Acesso em: 05 set. 2020.

SECRETÁRIA DE POLÍTICAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Boletim Estatístico da Previdência Social**. Brasília-DF: v.25, n. 2, fev. 2020. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/04/Beps022020_trab_Final_portal.pdf. Acesso em: 24 out. 2020.

TEODORO. **Acidentes na Construção Civil: Como evitá-los?** Canal On Safety, mar. 2020. Disponível em: <https://onsafety.com.br/acidentes-na-construcao-civil-como-evit-los/>. Acesso em: 24 out. 2020.

CAPÍTULO 7

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E TRABALHISTAS X CONDIÇÕES DE TRABALHO: INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÓPTICA DA CLASSE DE ENFERMEIROS DA UPA DA CIDADE DE URUAAÇU, GOIÁS, NA ATUAÇÃO CONTRA O COVID-19³

Camilla Monteiro Dos Reis
Simone Maria Da Silva

RESUMO

A presente pesquisa, intitulada “Garantias Constitucionais e Trabalhistas x Condições de Trabalho: Investigação Sobre a Óptica da Classe de Enfermeiros da UPA da Cidade de Uruaçu/GO, na atuação contra o Covid-19”, buscou compreender o panorama dos direitos trabalhistas e constitucionais aplicados aos enfermeiros lotados na respectiva Unidade de saúde em meio à pandemia. O tema dissertado se justifica levando em consideração a divulgação de Boletins Epidemiológicos da COVID-19 publicados pela Secretaria Municipal de Saúde de Uruaçu/GO. A problemática externada que se buscou responder foi se as condições de trabalho oferecidas para as equipes de enfermeiros estão em conformidade com os direitos trabalhistas e constitucionais. E de igual modo, se há nesse contexto apresentado uma insegurança jurídica para a classe de enfermeiros. O objetivo geral da pesquisa foi ressaltar todas as garantias constitucionais e trabalhistas concedidas aos enfermeiros, e se essas condições de trabalho oferecidas pelos patronos estão em patamar de igualdade com essas garantias previstas em lei. A metodologia empregada para a consecução do trabalho foi à pesquisa bibliográfica, documental, exploratória e descritiva, com suporte na leitura e análise de artigos científicos e legislação. Além da metodologia qualitativa com estudo de campo para coleta de informações levantadas pelos enfermeiros da UPA. Dentre as constatações que a pesquisa proporcionou foi que as garantias previstas no ordenamento jurídico não estão sendo aplicadas na rotina de trabalho dos enfermeiros. Conclui-se, então, que as condições de trabalho outorgadas aos enfermeiros, estão em plena violação e desconformidade com os direitos trabalhistas e constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Enfermagem. Direitos Trabalhistas e Constitucionais. Pandemia. Covid-19.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento do Covid-19 no ano de 2019 em Wuhan na China e sua expansão logo após, com o início da pandemia pelo mundo, toda a sociedade sentiu-se reprimida diante da crise sanitária e socioeconômica instalada, alterando a rotina e a vida integralmente de toda

3 Artigo Apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso- TCC, no Curso de Direito, como requisito parcial para obtenção do título em Bacharel em Direito, na Faculdade Evangélica de Goianésia- FACEG/GO.



a humanidade, em todos os aspectos, seja econômico, cultural, psicológico entre vários outros (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Segundo o Ministério da saúde (2020) o Covid-19 é uma doença provocada por um coronavírus, recém-descoberto, (nomeado também por *SARS-CoV-2*), no qual apresenta um quadro clínico de infecção transmissível (através de gotículas de saliva, tosse ou espirro) de pessoa para pessoa, que pode variar desde a ausência de sintomas (chamados de assintomáticos) até prognósticos gravíssimos.

Desta forma, a presente pesquisa busca discorrer sobre o cenário dos direitos trabalhistas e constitucionais, vivenciados pelos profissionais de saúde (enfermeiros) lotados na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) na cidade de Uruaçu, Goiás, em meio ao enfrentamento da pandemia do Coronavírus-19.

O tema abordado justifica-se, tendo em vista que, de acordo com o Boletim Epidemiológico da COVID-19 divulgado pela Secretaria Municipal de Saúde do município de Uruaçu, Goiás, até o dia 16 de fevereiro de 2021, a cidade estava com 1.755 casos confirmados, 1.649 recuperados, 74 casos ativos, 07 hospitalizados e 32 óbitos, estando com uma média alta de casos positivos por dia, registrando 60 casos em média por semana, e nestes 45 dias do ano de 2021 foram 323 casos positivos.

Sendo assim, a problematização desta pesquisa se resume da seguinte forma: as condições de trabalho oferecidas para as equipes de enfermeiros estão em conformidade com os direitos trabalhistas e constitucionais? Ou há nesse contexto uma insegurança jurídica?

Assim, o objetivo geral da pesquisa foi analisar todas as garantias constitucionais e trabalhistas previstas na legislação vigente, e da mesma maneira, se as condições de trabalho ofertadas a classe de enfermeiros que atuam contra o covid-19 na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) da cidade de Uruaçu, Goiás, estão em conformidade com o ordenamento jurídico.

Dentre os objetivos específicos destacou-se, traçar um breve histórico sobre o desenvolvimento do Coronavírus na sociedade humana, sobre o surgimento do direito do trabalho, e por fim, discorre acerca dos direitos trabalhistas dos enfermeiros ao longo da história.

Consequentemente, analisar as legislações aplicadas à temática, tais como: Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e os princípios que regula a matéria, além



das Medidas Provisórias criadas durante o estado de calamidade sanitária, dentre outros. Por fim, a objetivação da realização de uma pesquisa de campo para coleta de dados acerca da temática.

A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, exploratória, descritiva e documental, dentre artigos científicos, dissertações, teses. Além de uma abordagem metodológica qualitativa com pesquisa *in loco* (estudo de campo). Dentre os autores que serviram como fontes foram: Martins (2021), Martinez (2020), Cavalcante (2020), Bernardes (2019), Geovani (2019), Duncan (2019) dentre outros.

O trabalho foi dividido em três partes. O primeiro tópico discorre sobre o direito do trabalho e sua relevância jurídica na área da enfermagem, apontando o surgimento das garantias trabalhista, e todo contexto histórico da enfermagem e suas conquistas. O segundo tópico, retrata sobre a legislação ampla e aplicada aos profissionais de enfermagem, demonstrando as garantias constitucionais sob a óptica do coronavírus, as garantias trabalhistas e os desafios da atualidade.

Já no terceiro tópico é demonstrado o cenário do enfermeiro no combate ao Covid-19 na cidade de Uruaçu, Goiás, onde assevera a real situação do trabalho de cada profissional que atua na UPA da respectiva cidade. E por fim, as considerações finais sobre o assunto delineado, dando parecer final sobre o que foi estudado no decorrer da realização do estudo.

DIREITO DO TRABALHO E SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA NA ÁREA DA ENFERMAGEM

Diante da tenebrosa situação de calamidade pública sanitária vivenciada por toda a humanidade desde o ano de 2019, devido ao surgimento do novo coronavírus (intitulado também por *SARS-CoV-2*) e sua infestação por todos os países, a temática referente à “saúde, a vida, o trabalho e sua preservação”, entrou em pauta em todas as discussões, independentemente de entendimento acerca do assunto.

Nessa linha de raciocínio, se faz importante ressaltar, a evidente e clara correlação da pandemia do Covid-19 com todos os direitos trabalhistas e garantias constitucionais afetados pela mesma. À vista disso, em conformidade com Donato (2020) o batalhão de frente composto pelos os enfermeiros, contra o vírus supracitado, enfrenta obstáculos para alcançar uma efetiva e plena prestação de serviço de saúde, sejam pela falta de medicações específicas, equipamentos de proteção ou até mesmo pela ausência de políticas públicas. Contudo, as condições de trabalho e a saúde desses combatentes ficam fragilizadas.



Desta forma, após toda a exposição dos fatos acima, se faz necessário relatar de forma concreta e transparente, acerca do surgimento do Direito do Trabalho de um modo geral, e posteriormente sua relevância jurídica na área da enfermagem, mencionando a sua história e todas as suas conquistas ao longo do tempo. Pois, através dessa explanação e dos tópicos posteriores, será possível verificar, se essas conquistas ao longo da história da humanidade estão sendo respeitadas legalmente em tempos de pandemia.

Surgimento do direito do trabalho e suas garantias

A princípio é de extrema relevância mencionar que, as garantias dos trabalhadores tanto na Consolidação das Leis do Trabalho (legislação específica) quanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Carta Magna) em conformidade com Lima (2016), advieram de uma luta incessante dos operários ao decorrer da história e dos séculos, onde a cada conquista, adquiriram um direito regulamentado pela edição de uma lei, até chegar aos direitos trabalhistas existentes na sociedade brasileira.

Previamente, se torna valoroso conceituar Direito do Trabalho, no qual segundo o jurista Martins (2021, p. 10), afirma que o Direito do trabalho deve ser entendido da seguinte forma elencada abaixo:

É o conjunto de princípios e normas, legais e extralegais, que regem tanto as relações jurídicas individuais e coletivas, oriundas do contrato de trabalho subordinado e, sob certos aspectos, da relação de trabalho profissional autônomo, como diversas questões conexas de índole social, pertinentes ao bem-estar do trabalhador.

Para Lhuillier (2005) o trabalho em si, deve ser analisado em uma visão mais ampla, ou seja, o trabalho vai além do que se dedicar-se a uma atividade, ele estabelece e enaltece a relação com os outros, envolve as formas de cooperação e de troca entre os profissionais. E do mesmo modo, dá visibilidade à capacidade laborativa de cada trabalhador, além de ser o responsável por transmitir trocas de saberes.

Consoante tais definições, o trabalho pode ser considerado como uma atividade entrelaçada entre o tempo e o espaço, e o humano e sua própria natureza. Com a característica de deixar rastros por onde semear suas atitudes e eficiência laborativa. Mas para que esse fato ocorra se torna indispensável à existência de condições mínimas para o trabalho.

Isto posto, segundo Lima (2016) observa-se que, a fase de busca por um direito trabalhista iniciou-se na Inglaterra por volta dos anos de 1.802, com a criação da lei de *Peel* (*Peel's Act*), na qual possuía como objetivo a proteção ao menor e a erradicação da exploração, estabelecendo algumas restrições ao trabalho infantil.



Contudo, essa lei específica não foi contemplada com uma efetiva eficácia, necessitando assim de elaboração de leis mais resistentes. Pois, na época, os trabalhadores não detinham de grande influência e força para pressionar o governo Estatal para criar normas jurídicas, capazes de satisfazer os anseios da população operária (LIMA, 2016).

Consequentemente, na época da Revolução Industrial pós Primeira Guerra Mundial, ocorreu à intensificação das lutas por direitos trabalhistas. E do mesmo modo, houve a criação do Manifesto Comunista em 1848 na França, no qual visava reivindicações acerca de reformas sociais. A primeira conquista foi à redução da jornada de trabalho de doze para 10 horas diárias. À vista disso, as reivindicações francesas foram ganhando espaço e se espalhando para todo o mundo jurídico em toda a Europa (LIMA, 2016).

O marco mais importante da história foi à criação da OIT - Organização Internacional do Trabalho (vislumbra como objetivo a proteção dos operários e empregadores na dimensão internacional) e sua oficialização no ano de 1919, momento em que o Direito do Trabalho recebe sua merecida condição de cidadania (LIMA, 2016).

O Direito do Trabalho no Brasil entrou em cena através da lei nº 3.353/1888, conhecida por lei Áurea, onde foi permitida a visualização da liberdade para o mercado de trabalho após a abolição da escravatura. Liberdade essa, que foi tomando forma e se incorporando ao decorrer dos anos posteriores. À vista disso, o trabalhador viu explicitamente sua liberdade sendo exercida, e a existência de relações de emprego e a indispensabilidade por lutar pela normatização de seus direitos e garantias (LIMA, 2016).

Logo após, o Brasil passou por um processo de progresso, onde conquistou a edição de várias legislações e decretos referentes à seara trabalhista. Como significativo triunfo, veio à criação e organização dos sindicatos regulamentados pela lei nº. 979 no ano de 1903. Porém, nessa data só foi abrangido o sindicato rural, devido o Brasil ser um país agrícola. Contudo, no ano de 1.907 surgiu o sindicato urbano através do Decreto nº 1.637, no qual agregava todas as classes de profissionais (LIMA, 2016).

Posteriormente a revolução de 1930 que extinguiu a República Velha, surgiu o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, por meio do Decreto de nº 19.443 do mesmo ano. Assim sendo, nessa etapa Getúlio Vargas virou cenário de controle dos movimentos trabalhistas. Controle instituído pela edição da Constituição de 1937 (DELGADO, 2013).

Outro avanço a ser mencionado, foi à criação da Justiça do Trabalho no ano de 1941, através do Decreto Lei nº 1.237. Porém, nesta data era agregada apenas ao Poder Executivo,



executando somente atos administrativos. Entretanto, em 1946 passou a fazer parte do Poder Judiciário (MARTINEZ, 2020).

Ao passar dos anos, segundo Delgado (2013) houve a criação da Consolidação Das leis do Trabalho no ano de 1943, por meio do Decreto lei de nº 5.452 de 01 de maio. O mesmo possuía como objetivo, expandir e aprimorar a legislação garantidora dos direitos trabalhistas em um código específico.

Contudo, mesmo com a aprovação da CLT, a mesma ainda permaneceu com lacunas, dessa forma, fez com que os direitos trabalhistas fossem alcançados de forma morosa ao decorrer dos anos. Um exemplo posterior foi à publicação da lei nº 605 de 1949 que assegura o direito ao repouso semanal. Do mesmo modo, o surgimento da lei nº 7.998 de 1990 que trata sobre o seguro desemprego (MARTINEZ, 2020).

Finalmente no ano de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida também como Carta Magna, na qual vieram expressos e garantidos todos os direitos trabalhistas como direito social e fundamental, garantindo o mínimo de democracia e de proteção jurídica ao trabalhador. Pois, todos os cidadãos merecem serem norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Destarte, conforme os fatos externados acima, o Direito do Trabalho e suas garantias necessitou passar por um processo de luta e perseverança, enfrentando diversos desafios para ser reconhecido merecidamente dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Contexto histórico da enfermagem e suas conquistas

Após todas as exteriorizações referentes ao surgimento dos direitos trabalhistas, é de grande valia colocar em pauta a história no campo da enfermagem e suas lutas e conquistas ao transcorrer do tempo. Nota-se que, a classe trabalhista em análise (enfermeiros), é considerada uma “heroína” protetora da saúde e da vida, pois, disponibilizam e colocam em risco a sua própria saúde e vida, para proteger cada indivíduo da sociedade que precise de cuidados. Importante frisar que em tempos de pandemia esses cuidados estão sendo redobrados. Nas palavras de Geovanini (2005, p. 15), a enfermagem é definida como:

A enfermagem é a arte e a ciência do cuidar, necessária a todos os povos e a todas as nações, imprescindível em época de paz ou em época de guerra e indispensável à preservação da saúde e da vida dos seres humanos em todos os níveis, classes ou condições sociais.

A enfermagem conforme Paixão (1979) tem origem do antepassado, onde as doenças eram vistas como uma punição de Deus, ou consequência do poder diabólico sobre a sociedade



humana. Perante esse fato, os povos primitivos buscavam como forma de assistência e refúgio os feiticeiros ou sacerdotes, vinculando a eles o papel de médico, farmacêutico e enfermeiro. Ambos tinham a função de expulsar os maus espíritos por meio da terapêutica, utilizando-se do sacrifício expiatório, uso de purgativos, massagens entre outros.

Contudo, a enfermagem só tomou forma quando os sacerdotes (conhecido como médico) adquiriram o conhecimento e domínio hábil sobre as plantas medicinais e sua forma de preparação. Em razão disso, começaram a transmitir o modo de preparação e a condução desses medicamentos aos assistentes, que passaram a contemplar com o cargo de enfermeiros e farmacêuticos (PAIXÃO, 1979).

No Brasil segundo os ensinamentos de Silveira e Paiva (2011), a enfermagem foi iniciada por instituições religiosas compostas apenas por mulheres que não detinham de conhecimento e base científica para o desenvolvimento da atividade profissional, apenas se inspiravam no conhecimento empírico. Importante salientar que, a enfermagem é conhecida como uma profissão feminina.

Nota-se que, o ensino de enfermagem no Brasil foi oficialmente instaurado por meio do Decreto Federal nº 791, de 27 de setembro de 1890, através da institucionalização da Escola Profissional de Enfermeiros e Enfermeiras. Logo após, essa escola recebeu a nomenclatura de Escola de Enfermagem Alfredo Pinto, onde atualmente é situada a Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) (GOMES, 1991).

Conforme Nascimento (2006), ao decorrer do tempo no ano de 1923 no Brasil, houve a implementação da enfermagem sistematizada baseada na cientificidade, alicerçada aos princípios científicos do modelo de *Florence Nightingale* do século XIX (modelo nascido na Inglaterra que sistematizou o ensino teórico e prático da enfermagem), modelo este trazido por enfermeiras norte-americanas. Essa implementação tinha a finalidade de atender os cidadãos brasileiros acometidos por doenças infectocontagiosas, pois, devido o surgimento dessas doenças houve a necessidade de se buscar por mão de obra especializada.

No mesmo ano supracitado acima, conforme o Decreto Lei nº 15.799, de 10 de dezembro de 1922, houve o nascimento da Escola de Enfermeiras do Departamento Nacional de Saúde Pública no Rio de Janeiro, chefiada por Carlos Chagas (SILVEIRA; PAIVA, 2011).

Já no ano de 1926 através do Decreto lei nº 17.268, foi instaurado no Brasil o ensino de enfermagem. Conseqüentemente, no mesmo ano, foi fundada a Associação Nacional de Enfermeiras Diplomadas Brasileiras, que posteriormente passou para a nomenclatura de



Associação Brasileira de Enfermagem (ABEN), na qual é uma sociedade civil sem fins lucrativos, e possui como objetivo principal cooperar de forma efetiva para o desenvolvimento do ensino e do exercício da enfermagem no Brasil (SÁ CALDEIRA, *online*).

Além da Associação Brasileira de Enfermagem (ABEN), incentivar a união e a solidariedade entre os profissionais, contempla com a finalidade de incentivar e promover o desenvolvimento técnico, profissional e científico dos membros de enfermagem no Brasil, e defender os interesses da profissão supracitada (SÁ CALDEIRA, *online*).

Em 1929, com a finalidade de representar e dar mais força aos interesses da classe trabalhadora em comento foi criado o primeiro Sindicato de Enfermagem, chamado oficialmente de Sindicato Nacional dos Enfermeiros da Marinha Mercante, onde sem receio podia se filiar qualquer pessoa que exercesse ações de enfermagem na Marinha brasileira, mesmo não possuindo formação em escolas oficiais. Posteriormente em 1933, nasceu o Sindicato de Enfermeiros Terrestres, no qual aceitava desde a filiação de enfermeiros graduados até práticos de enfermagem (conhecido atualmente como técnicos de enfermagem) (MARTINEZ, 2020).

Desse modo, ao passar do tempo, os sindicatos foram ganhando força e conquistaram seu espaço dentro da sociedade brasileira, vale salientar que esse direito ao sindicato está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 8º. (MARTINEZ, 2020).

Diante do elucidado, ao passar dos anos e com a persistência da Associação Brasileira de Enfermagem, que lutou incansavelmente por seus direitos no Congresso Nacional, no dia 12 de julho de 1973, por meio do Decreto Lei nº 5.905 foi criado o Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) e os Conselhos Regionais (CORENs), no qual tem como finalidade fiscalizar o exercício da Profissão de enfermagem, técnico e auxiliares (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2020).

No ano de 1986 foi aprovada a lei nº 7.498 que estabeleceu o exercício profissional da enfermagem, na qual guarda como fundamento basilar a regulamentação e forma como a classe de enfermeiros devem desempenhar suas funções laborativas (GEOVANINI, 2005).

Cabe levar em análise que, o artigo 1º da lei supracitada, Brasil (1986, *online*) dispõe que, “é livre o exercício da enfermagem em todo o território nacional, observadas as disposições desta lei”. Diante disso, a Constituição Federal de 1988 garante de forma suprema esse exercício da profissão, conforme seu artigo 5º, XIII, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou



profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988, *online*).

Nesse contexto, a liberdade e a proteção funcional também são regulamentadas pelo Código de Ética dos Profissionais da Enfermagem, regido pela Resolução COFEN nº 564 (2017, *online*). Como exemplo, se explicita os artigos 1º e 2º (vistos como um direito Fundamental pela Resolução):

Artigo 1º: Exercer a Enfermagem com liberdade, segurança técnica, científica e ambiental, autonomia, e ser tratado sem discriminação de qualquer natureza, segundo os princípios e pressupostos legais, éticos e dos direitos humanos.

Artigo 2º: Exercer atividades em locais de trabalho livres e de riscos e danos e violências física e psicológica à saúde do trabalhador, em respeito à dignidade humana e à proteção dos direitos dos profissionais de enfermagem.

Outro grande marco para a enfermagem foi à promulgação da Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988 (Lei Suprema), que trata a saúde como de responsabilidade social do Estado, e estabelece a reformulação do sistema de saúde com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) em 1990, por meio da Lei Orgânica da Saúde (LOS) (BRASIL, 1988).

Desta maneira, quando se trata dos profissionais da saúde, mais especificadamente em relação aos enfermeiros, os mesmos além de terem conquistados todas essas implementações históricas de normas, conquistou também na Constituição de 1988, Brasil (1988) o direito a vida, a saúde e proteção na legislação, como do mesmo modo, os direitos trabalhistas, para que executem sua profissão com segurança. Ou seja, para que se tenha um bom desempenho das atividades laborativas, necessita-se do vínculo de proteção à vida e das condições de trabalho, para se obter uma efetiva e próspera jornada de trabalho.

No tocante a legislação específica em âmbito nacional, entra em pauta a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, na qual preceitua toda a proteção trabalhista para a classe de enfermeiros, desde a jornada de trabalho, período de descanso, horas extras, salário, férias, fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's) até uma possível rescisão contratual. Ou seja, se faz necessário resguardar os interesses dessa categoria de profissionais, fazer valer os seus direitos e conquistas (BRASIL, 1943).

Com o cenário atual do enfretamento da pandemia do Covid-19, a conjuntura política, econômica e o contexto social, vêm interferindo a cada dia na regulamentação das relações de trabalho. Com um olhar mais atento ao enfermeiro em atuação, uma vez que, o mesmo esteja tanto com sua saúde, quanto com sua relação de trabalho debilitadas, afetará tanto o direito a vida, como a execução da profissão.



Nessa mesma linha de abordagem o escritor e filósofo Foucault (2004, p. 271) expressa: “não se deve fazer passar o cuidado dos outros na frente do cuidado de si; o cuidado de si vem eticamente em primeiro lugar na medida em que a relação consigo mesmo é ontologicamente primária”.

Diante dos fatos relatados, se concretiza que, a história do Direito do Trabalho e da Enfermagem trouxe gigantes conquistas jurídicas a classe trabalhadora de enfermeiros, pois, saiu de um cenário sem nenhuma proteção para uma esfera de blindagem dos direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico.

LEGISLAÇÃO AMPLA E APLICADA AOS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM

Com a chegada da pandemia do Covid-19 na sociedade brasileira, houve a necessidade por parte do Estado, conforme a lei nº 13.979 de 2020, de exigir um distanciamento social (isolamento), com a finalidade de evitar um colapso no Sistema de Saúde, tanto público quanto privado, modificando a rotina de trabalho de todas as classes de trabalhadores (BRASIL, 2020).

Consequentemente, os direitos trabalhistas ganharam grande relevância no mundo jurídico, e a partir desse contexto, foi criada a medida provisória nº 927 de 2020, com o objetivo de preservar o emprego e a renda dos empregados, sendo atingidos tanto os serviços essenciais, quanto os não essenciais (essa Medida Provisória perdeu a vigência em 19 de julho de 2020, e voltou a ter validade às regras da Consolidação das Leis Trabalhistas). (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Posteriormente, o governo editou o Decreto Federal nº 10.282 de 2020, com a finalidade de impedir a interrupção das atividades e o fornecimento de insumos essenciais à vida humana. Assim sendo, cabe colocar em pauta que o trabalho dos enfermeiros é considerado atividade essencial conforme aborda o artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I, do Decreto nº 10.282 de 2020 (BRASIL, 2020).

Entretanto, em consonância com os ensinamentos e pensamentos de Barros (2019, p. 8) “as trabalhadoras e os trabalhadores das atividades essenciais, além de estarem expostos a contaminação, estão submetidos às ameaças de demissão caso se recusem a comparecer no ambiente de trabalho”.

Desse modo, em face dos relatos acima, o batalhão de frente formado pela equipe de enfermagem, desde o início da pandemia vivencia um luta diária tanto para combater o coronavírus, quanto para ter o reconhecimento de suas garantias constitucionais e trabalhistas respaldadas na norma jurídica, as quais serão explanadas e apreciadas em seguida.

Garantias constitucionais sob a óptica do coronavírus

Pela visão do surto do coronavírus e a estipulação da profissão de enfermagem ser considerada atividade essencial através do Decreto nº 10.282 de 2020, Brasil (2020), se faz necessário expor algumas proteções garantidas pela Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988 a essa classe de trabalhadores, Brasil (1988, *online*), nas quais estão listadas a seguir:

Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III: A dignidade da pessoa humana;

IV: Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Artigo 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 (...);

Artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição;

Artigo 7º, inciso XXII: Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII: Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Artigo 196º: 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.

Artigo 200º: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

II: Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

VIII: Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

225º caput: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Como aludido acima, o primeiro ponto que merece destaque quando se trata da profissão de enfermagem, é o direito à “vida e a saúde” dos profissionais da área, no qual cabe ao Estado assegurar por meio de políticas sociais e econômicas. Uma vez que, a saúde é um bem indispensável que está essencialmente ligada à vida. E para que esses trabalhadores consigam laborar de forma eficaz e colaborativa, se faz necessária a proteção a esses dois direitos primordiais.

O segundo ponto que é digno de notoriedade, refere-se à “dignidade da pessoa humana”, prevista também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, devido serem uma garantia fundamental, que contempla com a finalidade de cada pessoa humana, sem



discriminação de qualquer espécie, poder gozar de iguais oportunidades de vida digna no complexo das relações sociais (UNICEF, 2021).

Desse modo, as garantias constitucionais expressas acima nos remetem a uma visão de extrema segurança, proteção e estabilidade. Entretanto, em período de pandemia, essas garantias estão sendo colocadas em prática? Pois, segundo Dantas (2020), o maior fator que contribui para o aumento de contaminação é a falta de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's), e a falta de recursos públicos e políticas públicas eficazes.

No entanto, observa-se pela óptica da pandemia que, atualmente essa classe trabalhadora sofre tanto com a falta de segurança da efetiva aplicação dos direitos retratados acima, quanto com a sobrecarga de serviços em seu ambiente de trabalho como explicita Barros (2019, p. 7),

Trabalhadores e trabalhadoras da saúde e especialmente, do Sistema Único de Saúde (SUS) estão diretamente expostos à contaminação. Trabalham sem material de proteção suficiente, reutilizando material que teria que ser descartado de acordo com as regras sanitárias, às vezes, sem estrutura adequada para o trabalho, sobrecarregados e tendo que desdobrar-se para evitar a contaminação de suas famílias, quando possível, dormindo em outros lugares e passando longos períodos sem ver os familiares.

Em face do exposto acima, o pelotão de frente formado pela equipe de enfermagem, desde o início da pandemia, nunca presenciou proteção jurídica, e vivencia uma luta diária contra o Covid-19, e devido a esse fato, sofre com a precariedade de respaldo legal, referente à proteção e segurança no ambiente de sua atividade laborativa.

Perante essa perspectiva, segundo Donato (2020), a classe trabalhadora de enfermeiros (as) se encontra em estado de vulnerabilidade para o desempenho da profissão, pois as dificuldades advêm desde a falta de saneamento básico nas residências dos cidadãos, até a falta de condições mínimas para o exercício do trabalho.

Como exemplos se têm: a má higienização do ambiente de trabalho, rotinas exaustivas (causando doenças psicológicas), dignidade fragilizada, salários e férias atrasados, falta de horário para descanso entre outros. Porém essa instabilidade dos profissionais é um problema crônico no Brasil, apenas se destacou com a pandemia do coronavírus (DONATO, 2020).

É de grande valia apontar que as condições impostas, e o ambiente de trabalho das equipes de enfermagem, os expõem a riscos ocupacionais, podendo ocasionar diversas doenças, como exemplo a Síndrome do Esgotamento Profissional conhecida também como “Síndrome de *Burnout*”, na qual é conceituada como:

Um distúrbio psíquico caracterizado pelo estado de tensão emocional e estresses provocados por condições de trabalho desgastantes. Sua principal característica é o



estado de tensão emocional e estresse crônico provocado por condições de trabalho físicas, emocionais e psicológicas desgastantes. A síndrome se manifesta especialmente em pessoas cuja profissão exige envolvimento interpessoal direto e intenso (VARELLA, 2020, *online*).

Como aludido acima, os enfermeiros (as) estão em um patamar de vulnerabilidade, pois ao cuidar das emergências e necessidades alheias, subestima suas próprias, além de conviver com a incerteza e insegurança das possíveis complicações que o Covid-19 pode desencadear. Vivenciando um processo de doença, cansaço e exaustão física e psicológica, tudo isso devido à falta de efetividade dos seus direitos previstos no ordenamento jurídico.

Destarte, a os profissionais da área da enfermagem precisam de cuidados, visto que, as condições de trabalho oferecidas aos mesmos não são satisfatórias, em razão de existir uma carência de aperfeiçoamento justo no que tange a aplicação de condições de trabalho viáveis e seguras. Percebe-se, a falta de zelo com os enfermeiros por parte seus empregadores. Em face do elucidado, os enfermeiros devem ser ouvidos pelos patronos aos exporem sobre melhores condições de trabalho.

Garantias trabalhistas e os desafios da atualidade

Com o advento da pandemia do coronavírus no Brasil, além de um olhar voltado para as proteções e os direitos constitucionais como aludido anteriormente, se faz necessário analisar de forma específica as garantias previstas na Consolidação Das Leis Do Trabalho de 1943, devido o Covid-19 ter assolado os direitos trabalhistas da classe de trabalhadores do ramo da enfermagem.

Nota-se que, com a criação do Decreto Lei nº 10.282 de 2020 que considera o trabalho dos enfermeiros (as) como essencial, os mesmos entraram em um patamar de sufocamento e esgotamento dos seus direitos trabalhistas, em razão da grande demanda de trabalho (BRASIL, 2020).

E do mesmo modo, a Medida Provisória nº 927 de 2020, que dispôs sobre as medidas trabalhistas que podiam se adotadas pelos empregadores para a preservação do emprego e da renda frente ao estado de calamidade pública que ainda padece na sociedade (porém essa medida caducou por falta de votação no Senado) (BRASIL, 2020).

Consequentemente, em virtude de toda a situação da crise sanitária de saúde pública vivenciada, devido à criação tanto do Decreto Lei, quanto da Medida Provisória acima apresentados, vários artigos na CLT/1943 foram desrespeitados. Pois, fez com que os trabalhadores da área da saúde enfrentassem duras e longas jornadas de trabalho, além de ter



permitido também a suspensão de suas férias e licenças previstas em lei. Além de sua convocação no prazo de 48 horas de antecedência por parte do empregador quando já tivessem exercendo esse direito (CAVALCANTE, 2020).

Da mesma maneira, foi concedida a permissão mediante acordo individual entre patrão e empregado, para alteração na escala de trabalho de 12 horas de trabalho, por 36 horas de descanso. E de modo conseguinte, a autorização para adoção de escalas suplementares entre as 13^a e a 24^a (como exemplo laborar em escala de 24hx12h) hora do intervalo interjornada sem acarretar em penalidades (CAVALCANTE, 2020).

Foi outorgado igualmente que, as horas excedentes de trabalho poderiam ser pagas como horas extras, ou compensadas através do banco de horas da empresa no prazo de até 18 meses. Da mesma forma, os profissionais da área da enfermagem poderiam receber um adicional de insalubridade de até 40% sobre o salário, por estarem expostos aos riscos de contaminação (BRASIL, 2020).

Por fim, estabeleceu também que, no que tange a contaminação por Covid-19, a mesma será considerada acidente de trabalho, porém necessita ser comprovado o nexo causal entre a doença e o exercício da profissão (BRASIL, 2020).

Todavia, frente a todo o exposto, a Consolidação Das Leis Do Trabalho, foi e ainda continua sendo atingida e violada em relação a vários direitos, como: o direito a férias conforme seus artigos 129 e 130^o, nos quais aborda que, após um ano trabalhado o empregado tem direito ao gozo de um descanso remunerado, sem prejuízo de sua remuneração salarial e com o acréscimo de um terço a mais (artigo 7^o XVII da CF/88). Ressalta-se que, as férias é um direito subjetivo e irrenunciável do trabalhador (BRASIL, 1943).

No que tange a jornada de trabalho, a CLT estabelece em seu artigo 58^o que, não pode exceder oito (8) horas diárias e 44 horas semanais, desde que não tenha sido estipulado expressamente outro limite. Porém, no âmbito da enfermagem, essa carga horária diária pode variar de seis, oito e doze por 36 horas, conforme previsão nas convenções coletivas de trabalho (OGUISSO; FREITAS, 2015).

É de grande valia mencionar a previsão de direito ao período de descanso conforme artigo 66^o da CLT, de no mínimo 11 horas entre uma jornada de trabalho e outra. Além do artigo 67^o, assegurar o direito de descanso semanal de 24 horas consecutivas. Do mesmo modo, conforme o artigo 71, § 1^o da CLT, os empregados tem direito a 15 minutos de descanso caso



a jornada de trabalho ultrapassar 4 (quarto) horas e não exceder 6 (seis) horas diárias (BRASIL, 1943).

Por outro lado, se a jornada de trabalho ultrapassar 6 (seis) horas diárias, os profissionais contemplam com o direito de no mínimo 1 (uma) hora de descanso e de no máximo duas, segundo o artigo 71º caput da CLT. Deve atentar-se que, esses direitos não podem ser computados na jornada de trabalho, salvo no caso de jornada de doze horas diárias (BRASIL, 1943).

Contudo, em tempos de pandemia a equipe de enfermagem nem sempre consegue usufruir desse período para descanso e alimentação. Em razão desse fato, de acordo com o artigo 71º, § 4º da CLT, o empregador fica obrigado a pagar de forma indenizatória em relação ao período não usufruído, com o acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (BRASIL, 1943).

No que concerne ao direito de horas extras, além das oito horas diárias, o empregado conforme o artigo 59º da CLT, pode laborar durante duas horas a mais. Entretanto, deve se atentar que a remuneração de hora extra é de pelo menos 50% acima à da hora normal. E deve ser previstas em acordo individual ou coletivo de trabalho (MARTINEZ, 2020).

De igual maneira, no que reporta-se ao adicional noturno, segundo Martinez (2020), o empregado que labora entre as 22h de um dia às 05h de outro, tem direito ao adicional noturno, importando um acréscimo de 20% em cima de sua remuneração (artigo 73º da CLT).

Por outro lado, o batalhão de frente formado pelos profissionais da área da enfermagem, dispõe do direito ao adicional de insalubridade nas percepções de 10%, 20% ou 40%, a depender do grau de insalubridade, devido estarem expostos a agentes nocivos à saúde, de acordo com os artigos 189 e 192 da CLT (BRASIL, 1943).

Por fim, e um dos mais importantes direitos para o combate ao Covid-19 e a disponibilização de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's), ao enfermeiros (as) por parte dos empregadores, segundo o artigo 166º da CLT (BRASIL, 1943).

Em face do explanado acima, Cordeiro e Araújo (2019), afirmam que, as condições de trabalho das equipes de enfermagem em tempos de pandemia, são precárias em virtude da escassez de materiais para a execução da atividade laborativa, além de ser visualizada também a falta de organização de trabalho; a carga de trabalho elevada; o prolongamento de jornadas laborais e a dificuldade para intervalo de descanso.



Seguindo à mesma linha, conforme Barros (2019), essa classe de enfermeiros convive diariamente sob forte pressão psicológica, sobrecarga de atendimento, a todo instante visualizando a falta de leitos de unidade de terapia intensiva, e necessitando fazer escolha entre quem sobrevive e quem falece, desta maneira contribui para uma situação de adoecimento dos profissionais de saúde.

Compreende-se que, desde o início da pandemia os profissionais de saúde sofrem consequências em razão do atual processo de trabalhado desgastante, e por esse viés Maria Helena Machado coordenadora de estudo da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), relata que,

Após um ano de caos sanitário, a realidade daqueles profissionais que atuam na linha de frente, são marcados pela dor, sofrimento e tristeza, com fortes sinais de esgotamento físico e mental. Trabalham em ambientes de forma extenuante, sobrecarregados para compensar o elevado absenteísmo. O medo da contaminação e da morte iminente acompanham seu dia a dia, em gestões marcadas pelo risco de confisco da cidadania do trabalhador (perdas dos direitos trabalhistas, terceirizações, desemprego, perda de renda, salários baixos, gastos extras com compras de EPIs, transporte alternativo e alimentação) (FIOCRUZ, 2021, *online*).

Segundo Leonel (2021), a pandemia do Covid-19, modificou consideravelmente a vida de 95% dos trabalhadores da área da saúde. Visto que, 50% desses empregados relatam conviver com excesso de trabalho, jornadas de trabalhos acima de 40 horas semanais, além de 45% carecerem de mais de um emprego para manter sua subsistência.

E do mesmo modo, afirmar ainda que, esses trabalhadores se sentem desprotegidos no trabalhado de enfretamento do coronavírus, onde um dos principais motivos é a falta, escassez e a inadequação do uso de EPI's (Equipamento de Proteção Individual), além da carência de estrutura apropriada para a realização de suas atividades laborativas (LEONEL, 2021).

Em razão desses fatos externados, se faz importante enfatizar e externar que, duradouras jornadas de trabalho e as más condições de trabalho, restringem o nível de atenção dos profissionais, e acabam rebaixando a capacidade de resposta e podendo prejudicar a qualidade de vida e do desempenho profissional, no ambiente de suas atividades laborativas.

Destarte, se configura uma necessária mudança no campo de visão tanto dos patronos donos dos grandes impérios trabalhistas, quanto por parte do Estado, mudança esta que deve ser advinda de planejamentos para a manutenção da saúde e do trabalho desses profissionais. Como exemplo, a criação de assistência baseada nos princípios de humanização.

Em face do apresentado, para que o trabalho dos enfermeiros alcance sua verdadeira finalidade e objetivo se faz necessário criar elos e condições satisfatórias de proteção à vida desses profissionais, além de medidas que favoreçam os mesmos. Visto que, o papel que esses



profissionais desempenham é de extrema importância para uma melhor proteção e melhoria dos indivíduos da sociedade. Uma vez que zelar por uma proteção jurídica adequada, é indispensável em tempos de pandemia. Por fim, sem essa manta de proteção não haverá superação do vírus que nos assombram.

A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ARÉA DA ENFERMAGEM NO COMBATE AO COVID-19, NA UPA DO MUNICÍPIO DE URUAÇU, GOIÁS

Em virtude da atual e crítica crise sanitária enfrentada em decorrência do coronavírus, se visualiza no contexto da saúde equipes em confronto com a pandemia durante 24 horas por dia com o objetivo de salvar vidas e trazer conforto para pacientes e familiares, além de suportar a carga diária de novos casos de infectados e lidar com a morte prematura. À vista disso, entra em cena a categoria dos enfermeiros e sua delicada situação referente às condições de trabalho estabelecidas pelos patronos.

Em decorrência dessas circunstâncias apresentadas anteriormente, foi realizada uma pesquisa de campo através de um questionário com os enfermeiros (as) lotados na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) da cidade de Uruaçu, Goiás, no mês de abril do ano de 2021, com a finalidade de colher dados entre o mês de março de 2020 a março de 2021. E com base nessa pesquisa foram coletados dados referentes aos direitos constitucionais e trabalhistas empregados na prática, os quais serão explanados logo em seguida.

Dados encontrados relacionados aos direitos constitucionais dos enfermeiros (a)

Perante a pandemia do Covid-19, os enfermeiros da Unidade de Pronto Atendimento (UPA), trabalham todos os dias enfrentando uma alta demanda de atendimentos, devido ser uma unidade pública de saúde e a maioria dos cidadãos do município carecerem de atendimento no mesmo. E diante dessa demanda, foi necessário abrir um Centro de Referência e contratar profissionais para tratar somente pacientes suspeitos ou positivos para o coronavírus.

Em face do elucidado acima, a Unidade de Pronto Atendimento (UPA), em seu quadro de profissionais, contempla atualmente com doze enfermeiros, abrangendo aqueles que trabalham no regime estatutário, que perfaz o total de cinco, e celetista no total de sete, e com idade entre 20 a 50 anos. Cabe colocar em pauta que, nessa análise dos direitos constitucionais, os trabalhadores do regime estatutário entram em cena, pois, os direitos da lei suprema valem para todos sem distinção. Vale abordar ainda que, são dez mulheres e dois homens, assim identificados pela pesquisa.



Através dos dados e informações coletadas, a primeira questão na qual merece destaque refere-se à necessidade de oito dos doze profissionais da área da enfermagem necessitar de mais de um emprego para manter sua subsistência, e a maioria desses trabalham em regime de plantão.

Consequentemente, restou evidenciado pela pesquisa, que todos os enfermeiros (as) da unidade se veem em uma situação de precarização de seu vínculo de trabalho. Ou seja, convivem diariamente com insegurança, sobrecarga de trabalho e desgaste físico e psíquico. Em razão desse fato explanado, sete desses profissionais já precisaram se ausentar do trabalho por motivos de stress, adoecimento e desgastes físicos e psíquicos causados pela pandemia do Covid-19.

Ao analisar esses fatos argumentados acima, se torna perceptível a existência da chamada “Síndrome do Esgotamento Profissional”, também conhecida como “Síndrome de *Burnout*” (conforme discutida e relatada no segundo tópico, que trata a respeito da legislação). Uma vez que, ao comparar a rotina de trabalho desses profissionais de enfermagem com a norma prevista no ordenamento jurídico e com os relatos elencados, não resta dúvida que doenças ocupacionais estão invadindo o ambiente de trabalho dos enfermeiros (as).

Outro fator relacionado que se destacou na pesquisa de campo foi o fato dos profissionais relatarem que, em decorrência da pandemia e do excesso de trabalho, houve prejuízo em suas relações sociais, pois foi necessário manter um distanciamento social dos familiares devido o foco de contaminação ser maior, e houve o aumento de utilização de tabaco e consumo de bebidas alcoólicas. Por esse viés, destaca-se o seguinte entendimento,

Os profissionais de enfermagem apresentam maior predisposição para sofrimento mental, sendo a depressão uma dentre três das doenças que mais os acometem. Isto se deve não só a natureza da atividade que desenvolvem; que está diretamente relacionada a sofrimentos físicos e emocionais daqueles a quem estes prestam seus serviços, mas também as condições de trabalho e falta de reconhecimento profissional (SILVA, et al, 2020, *online*).

Diante dessas perspectivas apresentadas, observa-se a violação ao artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, Brasil (1988), no qual trata da dignidade da pessoa humana, amparada pela Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948, visto que, os enfermeiros (as) estão convivendo diariamente com sua dignidade fragilizada devido à alta demanda de atendimentos e sobrecarga de trabalho (UNICEF, 2021).

Faz-se notório destacar o relato de oito dos doze profissionais de enfermagem, no que concerne a ausência de Equipamentos de Proteção Individual (EPI's). E essa disponibilização de EPI's é guardada tanto na Carta Magna brasileira no artigo 7º, inciso XXII, Brasil (1988),



quanto na Consolidação Das Leis Do Trabalho de 1943, no artigo 166º, como já abordado em tópicos anteriores (BRASIL, 1943).

No decorrer da coleta de informações, sobreveio um ponto extremamente importante, o direito a vida e a saúde. Pois, dez dos doze profissionais revelaram que, foram contaminados pelo coronavírus em seu ambiente de trabalho e passaram por grandes dificuldades, em um patamar de contagem ocorreu uma morte em decorrência da doença.

No que tange ao assunto de mortos, o Conselho Federal de Enfermagem, divulgou um levantamento de dados positivos, onde mostra que no mês de abril de 2021, houve uma queda de morte de 24% entre estes profissionais, e o maior fator contributivo foi a vacinação priorizada primeiramente aos profissionais da saúde. No Brasil, desde o início da pandemia 776 enfermeiros (as) tiveram suas vidas ceifadas pelo Covid-19. Atualmente tem se no Estado de Goiás, 17.927 (atualizado até abril de 2021) enfermeiros ativos (COFEN, 2021).

Diante do explanado, ao aprofundar nos questionamentos, alguns retrataram que continuaram exercendo suas atividades laborativas mesmo estando contaminados. E por esse viés, indaga-se a seguinte questão, a lei suprema, em referência aos seus artigos 5º, 6º, 196º e 200º (nos quais abordam sobre a vida, saúde e segurança do trabalhador) está sendo respeitada?

Em consonância com o pensamento de Duncan (2019), é notado na prática, condições de trabalho oferecidas para as equipes de enfermeiros em desconformidade com os direitos constitucionais, em razão da falta de disponibilidade de recursos materiais, insumos, segurança no ambiente de trabalho, e a grande demanda de atendimentos que excede o limite suportável pelos profissionais, ocorrendo assim à falta de blindagem dos direitos previstos no ordenamento jurídico.

Dessa maneira, compreende-se que, os direitos constitucionais estão sendo violados, especialmente pelo fato de ausência de recursos profissionais disponibilizados pelos empregadores. E em razão a esse fato, a natureza do cuidado está se tornando enfraquecida e esquecida no que tange aos direitos previstos no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Dados encontrados relacionados aos direitos trabalhistas em tempos de pandemia: progresso ou retrocesso?

Os direitos trabalhistas foram conquistados pela sociedade em decorrência de muita luta e perseverança, e ao analisá-los pelo viés do trabalho exercido pelos enfermeiros (as) em pleno século XXI em meio de uma pandemia que assola toda a humanidade, percebe-se ao mesmo



tempo a conquista e a carência de efetiva aplicação, conforme será explicitado nas informações seguintes.

Nessa exposição vale destacar que, os enfermeiros (as) estatutários não entraram em pauta, pois, são regidos por lei própria, e a análise do presente trabalho em relação aos direitos trabalhistas é somente referente aos profissionais regidos pela modalidade celetista.

Com base nos dados estatísticos encontrados através das respostas fornecidas pelos enfermeiros (as) celetistas da UPA, detectou-se que, no que tange a jornada de trabalho quatro dos sete servidores trabalham em escala de plantão, sendo três com jornada de trabalho de 12x36 horas (mas na prática são chamados novamente ao trabalho sem completar o tempo de descanso), e um laborando na modalidade de 24x12 horas, e dois exercem sua profissão por oito horas diárias ou mais, perfazendo hora extra, e um trabalha no período noturno e não recebe adicional noturno.

É de grande valia expor dois assuntos, primeiro sobre o recebimento de adicional de insalubridade, em razão de cinco profissionais terem alegado não contemplarem com esse direito previsto na legislação brasileira, tanto na Consolidação Das Leis Do Trabalho nos artigos 189º e 192º, Brasil (1943), quanto na Constituição Federal de 1988, Brasil (1988) no artigo 7º, XXIII. E em segundo, sobre a responsabilidade do empregador em fornecer os Equipamentos de Proteção Individual (EPI's), visto que, quatro servidores relataram não receber os EPIs previsto no artigo 166º da CLT (BRASIL, 1943).

Outro ponto declarado no qual merece destaque, trata-se da exposição feita pelos trabalhadores da área em relação aos direitos trabalhistas mais afetados pela pandemia do Covid-19, nos quais são: jornada de trabalho (artigo 58º da CLT), horário de descanso (para repouso e refeição, artigos 66º, 67º, 71º caput, 71º, §1º e § 4º da CLT), férias atrasadas (artigo 129º e 130º da CLT), direito ao adicional de insalubridade e adicional noturno (artigo 73º da CLT) e disponibilização de Equipamentos de Proteção Individual (BRASIL, 1943).

Entretanto, em consonância com a pesquisa observa-se que em meio a todos esses direitos menosprezados, a jornada de trabalho e o horário de descanso estão em um degrau mais alto em relação aos outros direitos conforme expressado pelos enfermeiros (as), uma vez que, a exaustão do ambiente de trabalho, leva o profissional a uma condição de desgaste físico e psicológico, onde muita das vezes se torna irreversível.

Nesse contexto as constantes situações descritas são comprovadas pela autora abaixo,



Geralmente, as condições de trabalho dos PE incluem extensas jornadas, ritmo intenso, desvalorização profissional, conflitos interpessoais, entre outros fatores desencadeantes de desgastes físicos e psíquicos. No momento de pandemia, estas condições são potencializadas pelo número de pessoas infectadas e pela escassez de EPIs adequados, situações que elevam os desgastes devido ao medo de infectar-se ou de transmitir o vírus aos entes queridos. O trabalho para as equipes de saúde, subitamente, tornou-se assustador pela insegurança pessoal (MIRANDA et al, 2020, *online*).

Em face do exposto, constata-se que, além do surgimento do Coronavírus na humanidade, o Decreto Lei nº 10.282 de 2020, e a Medida Provisória 927 de 2020, criados no caso excepcional da pandemia do Covid-19, afetaram de maneira extrema e prejudicial, os direitos trabalhistas explícitos na Consolidação Das Leis Do Trabalho. Direitos esses conquistados com muita luta e perseverança dos trabalhadores desde os tempos remotos (BRASIL, 2020).

Destarte, com fundamento na pesquisa e dados apresentados, resta evidenciado o retrocesso dos direitos trabalhistas em tempos de pandemia, em razão dos desafios do sistema de saúde pública, e das condições de trabalhos fornecidas de modo precário pelos patronos. Vale exteriorizar ainda que, um dos principais remédios para o combate à pandemia é a existência dos profissionais de saúde, e por essa razão seus direitos trabalhistas necessitam serem potencializados e tratados com mais cautela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude de todos os aspectos abordados e exteriorizados, se torna imprescindível perceber que, com o surgimento do Covid-19 em todas as nações, os direitos trabalhistas e constitucionais tornaram evidentes em relação ao direito à vida, saúde, segurança e as condições de trabalho.

Cumprê destacar que, essas garantias e direitos trabalhistas conquistados ao longo da história da humanidade advieram de lutas incessantes de operários desde os anos 1802 na Inglaterra. É de grande valia ressaltar ainda que, com a Revolução Industrial Pós Primeira Guerra Mundial, as lutas se tornaram mais intensas e resistentes.

Por outro lado no âmbito nacional, essas garantias e direitos se expressaram após a abolição da escravatura com a chamada lei Áurea em 1888, onde a liberdade se exaltou, o mercado de trabalho começou a se alavancar e abrir postos de trabalho. Em razão desse fato, expandiu com a criação de leis, decretos e sindicatos trabalhistas.

É notório salientar que, após a Revolução de 1930 foi extinta a República Velha aos cuidados de Getúlio Vargas, e logo veio o surgimento do Ministério do Trabalho, da Justiça do



Trabalho em 1941, da CLT em 1943 e da Constituição Federal em 1988, enaltecendo a dignidade da pessoa humana, e as garantias trabalhistas como direito social e fundamental.

Compreende-se também, a observação dessas conquistas trabalhistas e de reconhecimento no campo da história da enfermagem, devido à profissão ter se originado do antepassado através de curas praticadas pelos feiticeiros e sacerdotes, no qual desempenhavam os papéis de médicos, farmacêuticos e enfermeiros.

Posteriormente ao passar dos anos, a enfermagem do Brasil se tornou mais notada em razão da institucionalização da Escola Profissional de Enfermeiros e Enfermeiras, e pela prática do modelo Florence Nightingale. Logo após, foi instaurado o ensino da enfermagem, a criação de sindicatos, a elaboração do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) em 1973, dos Conselhos Regionais (CORENs).

Salienta-se, com a existência do Covid-19, olhar a história das garantias trabalhistas e da profissão de enfermagem são de extrema relevância, visto que, com a pandemia houve a criação da lei nº 13.979 que exigiu um distanciamento entre as pessoas, também a criação da Medida Provisória 927 de 2020, na qual teve como objetivo preservar o emprego e a renda, porém, modificou as relações de trabalho em todas as circunstâncias. E por fim, sobreveio o Decreto Federal 10.282 de 2020 abordando sobre as atividades essenciais.

Contudo, todas essas leis, decretos e medidas provisórias afetaram a proteção jurídica dos profissionais da área da enfermagem, no que tange a vida, saúde e segurança trabalhista. Alteraram-se jornadas de trabalho, horário de descanso, salários, direito a férias, ao recebimento de adicional de insalubridade e adicional noturno e a disponibilização de Equipamentos de Proteção Individual.

Ao averiguar essas questões na prática na rotina de trabalho dos profissionais de enfermagem da UPA do município de Uruaçu, Goiás, conclui-se que, as condições de trabalho impostas pelos patronos, estão totalmente em desconformidade com os direitos trabalhistas e constitucionais. Conforme informações auferidas, constata-se que, há uma violação dos direitos previstos no ordenamento jurídico, existência de doenças ocupacionais, condições de trabalho precárias e muita pressão psicológica.

Em face do exposto, se visualiza de modo urgente a necessidade de reconhecimento dos direitos trabalhistas e constitucionais dos profissionais de enfermagem, tanto por parte do Governo, quanto por parte dos empregadores, visto que, o momento atual vivenciado é desafiador aos trabalhadores da área da saúde. Em razão desses fatos, esses profissionais

merecem serem valorizados, pois, os serviços prestados pelos os mesmos, são considerados o remédio e a cura para o Coronavírus.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO, 2020. **Senado deixa caducar MP que altera regras trabalhistas.** Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-deixacaducampquealteraregrastrabalhistas#:~:text=O%20Senado%20retirou%20da%20pauta,pr%C3%B3ximo%20dia%2019%20\(domingo\)](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-deixacaducampquealteraregrastrabalhistas#:~:text=O%20Senado%20retirou%20da%20pauta,pr%C3%B3ximo%20dia%2019%20(domingo).). Acesso em: 10 de setembro de 2020.

BARROS, C. R. O apocalipse dos trabalhadores: breves considerações sobre o mundo do trabalho na pandemia. In: MOSAICO: ESTUDOS EM PSICOLOGIA, 1. , 2019, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, 2019. p. 1–8. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/mosaico/article/view/24822/19638>.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988.** Presidência da República Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

BRASIL, **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020.** Presidência da República Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 20 de março de 2020; 199º da Independência e 132º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Presidência da República Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943, 122º da Independência e 55º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

BRASIL, **Lei nº 7.498 de 25 de junho de 1986.** Presidência da República Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 25 de junho de 1986; 165º da Independência e 98º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17498.htm. Acesso em: 11 de março de 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Diário Oficial da União, Órgão: Atos do Poder Legislativo, Brasília, 6 de fevereiro de 2020; 199º da Independência e 132º da República. Edição 27. Seção 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2020/lei/113979.htm#:~:text=Art.,objetivam%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20da%20coletividade. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

BRASIL, **Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020.** Presidência da República Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 22 de março de 2020; 199º da Independência e 132º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

UNICEF. 2021. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 de março de 2021.

CAVALCANTE, M. A. L. **Anuário De Atualidades Jurídicas**. Salvador – Bahia: Editora JusPODIVM, 2020.

COFEN. 2017. **Resolução COFEN nº 564/2017**. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em 10 de março de 2021.

COFEN. 2021. **Enfermagem em números**. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/enfermagem-em-numeros>. Acesso em: 09 de maio de 2021.

COFEN. 2021. **Mortes entre profissionais de Enfermagem por Covid-19 cai 71% em abril**. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/mortes-entre-profissionais-de-enfermagem-por-covid-19-cai-71-em-abril_86775.html. Acesso em: 09 de maio de 2021.

CORDEIRO, T. M. S.; ARAÚJO, T. M. **Capacidade para o trabalho e fatores associados em profissionais de saúde no Brasil**. Revista Brasileira Medicina do Trabalho, São Paulo, v.14, n. 3, p. 262-274, 2016. DOI: 10.5327/Z1679-44352016v14n3ED. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1981-7746202000030051200011&lng=en. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

DANTAS, E. 2020. **Brazilian report on the coronavirus. crisis: a clash of pandemics**. Med Law, v. 39, n. 2, p.153 - 160, 2020. Disponível em: <https://heinonline.org/HeinDocs/medicine-and-law/covid19-pandemic-june-2020.pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. 1504 p.

Donato, M. S. 2020. **Os direitos dos profissionais da saúde frente à pandemia (covid-19)**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/326447/os-direitos-dos-profissionais-da-saude-frente-a-pandemia--covid-19>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

Duncan, M. (2019). **Tirando o melhor proveito da equipe de enfermagem de um distrito: nutrindo a resiliência**. British Journal of Community Nursing, 24 (9), 419-423.

FIOCRUZ, 2021. **Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-entre-profissionais-de-saude>. Acesso em: 31 de março de 2021.

FOUCAULT, M. **Ética, sexualidade e política (Ditos e Escritos, V)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004a. 271 p.

GEOVANINI, T. **Uma abordagem dialética da enfermagem**. In: Geovanini T, Moreira, A, Shoeller S.D.; Machado W.C. A, organizadores. História da enfermagem versões e interpretações. Rio de Janeiro: Revinter; 2005.

GOMES, E.L.R. **Administração em enfermagem: Construção histórico-social do conhecimento**. 1991. Tese. Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 1991.

LEONEL, F. 2021. **Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde.** Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-entre-profissionais-de-saude>. Acesso em: 31 de março de 2021.

LHUILIER, D. 2005. **Trabalho.** In J. Barus-Michel, E. Enriquez e A. Lèvy. Dicionário de Psicossociologia (Vol. 1, pp. 210-220, M. R. P. Boléo, Trad.). Lisboa: Climepsi.

LIMA, T, D. F. C. **Evolução histórica do direito do trabalho e sua posituação na legislação brasileira.** Encontro de Iniciação Científica. Toledo Prudente, SP, v. 12, n. 12, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5535/5261>.

MARTINEZ, L. **Curso de direito do trabalho / Luciano Martinez.** – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 1.144 p.

MARTINS, P. S. **Direito Do Trabalho.** 37ª edição. São Paulo – SP: Editora, Saraiva Jur, 2021, 1344p.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020. **O que é coronavírus.** Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

Miranda FMA, Santana L de L, Pizzolato AC, Saquis LMM. **Condições de trabalho e o impacto na saúde dos profissionais de enfermagem frente a Covid-19.** Cogitare enferm. [Internet]. 2020 [acesso em: 09 de maio de 2021]; 25. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/ce.v25i0.72702>.

NASCIMENTO, M.E.B. **Caminhos e desafios da enfermagem no Brasil.** Revista HISTEDBR, 2006. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/art09_23.pdf. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

OGUISSO, T.; FREITAS, G. F. **Legislação de enfermagem e saúde : histórico e atualidades / organizadores Taka Oguisso, Genival Fernandes de Freitas.** --Barueri, SP : Manole, 2015.

PAIXÃO, W. **História da Enfermagem,** 5º edição, Rio de Janeiro, revisada e aumentada. Livraria Júlio C. Reis, 1979.

SÁ, C. A. Online. **Histórico da legislação básica de enfermagem.** Disponível em: <https://slideplayer.com.br/slide/10275623/>. Acesso em 11 de março de 2021.

Silva D.S.D, Tavares N.V.S, Alexandre A.R.G, Freitas D.A, Brêda M.Z, Albuquerque M.C.S et al. **Depressão e risco de suicídio entre profissionais de Enfermagem:** revisão integrativa. Rev Esc Enferm USP. 2020; 49(6):1027-36. PMID:27419688. Disponível em: https://scholar.google.com/scholar_lookup?title=Depress%C3%A3o+e+risco+de+suic%C3%ADdio+entre+profissionais+de+Enfermagem:+revis%C3%A3o+integrativa&author=Silva+D+SD&author=Tavares+NVS&author=Alexandre+ARG&author=Freitas+DA&author=Br%C3%A3da+MZ&author=Albuquerque+MCS&publication_year=2015&journal=Rev+Esc+Enferm+USP&volume=49&issue=6&pages=1027-36.

SILVEIRA, C. A.; PAIVA, S. M. A. **Evolução do Ensino de Enfermagem no Brasil: Uma Revisão Histórica.** Cienc Cuid Saúde, 2011 Jan/Mar; 10 (1): 176-183. Disponível em:



<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CiencCuidSaude/article/view/6967/pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

VARELLA, D. 2020. **Síndrome de Burnout (esgotamento profissional)**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-burnout-esgotamento-profissional/>. Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

CAPÍTULO 8

POVOS ORIGINÁRIOS E DIREITOS ANCESTRAIS: ANÁLISE DOS ARTIGOS 231 E 232 DA CF/88

DOI: 10.47402/ed.ep.c202210768054

Adriana Romano
Luzia Bueno

RESUMO

Neste trabalho, visamos apresentar as representações, ou seja, interpretações e avaliações, sobre a figura do indígena, construídas em dois artigos, 231 e 232 da Constituição Federal no sentido de identificar a história de luta por direitos desses povos, principalmente nos aspectos jurídicos e sociológicos, à luz do Interacionismo Sociodiscursivo (doravante ISD). Ressaltamos que esse trabalho está inserido num contexto maior, que é nossa tese de doutorado em Educação, que versa sobre a representação do indígena em textos.

PALAVRAS CHAVE: povos originários; Constituição Federal; representação, direitos.

INTRODUÇÃO

Não me queriam deixar entrar no Congresso. Pediram documento. Minha orelha furada - esse é o documento (RAONI MENTUKTIRE *apud* LACERDA, 2008, p. 206).⁴

Iniciamos aqui com a fala do Cacique Raoni, indígena pertencente à etnia Kaiapó do Estado de Mato Grosso, em resposta ao ser barrado na entrada do Congresso Nacional por ocasião da Assembleia Constituinte. Líder indígena reconhecido mundialmente por seu papel na luta dos povos originários amazônicos, é uma referência às novas gerações e um articulados desde a mobilização na Assembleia Nacional Constituinte, perpassando pelo posicionamento contrário à construção da Usina de Belo Monte, no Estado do Pará, invariavelmente sempre presente nas lutas ligadas ao meio ambiente e aos direitos dos povos originários.

Neste trabalho, visamos apresentar as representações, ou seja, interpretações e avaliações, sobre a figura do indígena, construídas em dois artigos, 231 e 232 da Constituição Federal à luz do Interacionismo Sociodiscursivo (doravante ISD). Por essa razão iniciamos com a fala do cacique Raoni, num contexto em que pela primeira vez na história do nosso país, grupos indígenas de várias etnias, reuniram-se sob a forma de um movimento social para reivindicar por seus direitos ancestrais dentro do Congresso Nacional. Ressaltamos que esse

4 Fala de Raoni Mentukire na Assembleia Nacional Constituinte de 1988.



trabalho está inserido num contexto maior, que é nossa tese de doutorado em Educação que versa sobre a representação do indígena em textos.

Organizamos nossa pesquisa em duas seções, para apresentar a discussão proposta. Na primeira seção abordaremos os conceitos acerca do papel da legislação, ao longo dos anos, na construção ou desconstrução do indígena. Na segunda, partiremos para a análise dos artigos 231 e 232 na Constituição Federal de 1988(CF/88) que tratam dos direitos dos povos originários ou povos indígenas como são tratados no referido documento, nos valendo para tanto da linha de pesquisa a qual nos filiamos, o Interacionismo Sociodiscursivo de Bronckart (1999-2006).

CF/88 E OS POVOS ORIGINÁRIOS

A Constituição Federal, também chamada Carta Magna, constitui-se num conjunto de regras de governo que irão reger o ordenamento jurídico do nosso país. A Constituição em vigor foi promulgada em outubro de 1988 e apresenta-se como a sétima do país, marca a partir de então um processo de redemocratização após um período de regime militar, ocorrido entre 1964-1988.

Para muitos, promove um marco histórico no âmbito das relações entre o Estado, a sociedade brasileira e os povos indígenas, pois é, na Constituição de 88 que são garantidos os direitos ao respeito, proteção e à cultura dos povos originários do nosso território, assegurando que o indígena tem direito ao respeito à sua cultura e tradições, sua forma de reprodução social, enfim a maneira como age e interage socialmente.

A Constituição de 1988, superando a perspectiva assimilacionista que marcara toda a legislação indigenista precedente, e que entendia os índios como uma categoria étnica e social provisória e transitória, apostando na sua incorporação à comunhão nacional, reconhece a pluralidade cultural e o Estado brasileiro como pluriétnico. A estes se reconhece o direito à diferença cultural, isto é, o direito de serem índios, reconhecendo-lhes “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (BRASIL, 2013, p. 358).

A DENOMINAÇÃO: ÍNDIOS, INDÍGENAS OU POVOS ORIGINÁRIOS E SUA DIVERSIDADE ÉTNICA.

Do meu ponto de vista, a palavra índio perdeu o seu sentido. É uma palavra que só desqualifica, remonta a preconceitos. É uma palavra genérica. Esse generalismo esconde toda a diversidade, riqueza, humanidade dos povos indígenas (Daniel Munduruku).

Consideramos relevante iniciarmos com a fala do autor indígena Daniel Munduruku (1997), acerca da denominação índio ou indígena. Concordamos que uma palavra muda muita coisa e que o termo indígena diz muito mais a respeito dos povos originários do que a palavra índio. Ao nos referirmos aos povos originários de indígenas, estamos de acordo que eles são os povos originários desta terra, os que estavam aqui antes dos outros. Importante se faz



salientarmos que neste trabalho nos valem das expressões índio ou indígena, povos indígenas ou povos originários para nos referir aos indivíduos dos diferentes e diversos grupos étnicos “nativos” brasileiros, conscientes que somos das ambiguidades desta denominação.

Com costumes diferentes e bem peculiares do ponto de vista europeu, os indígenas brasileiros apresentam um senso de coletividade contrário ao vivido no continente europeu, onde não havia estratificação social, e as atividades são ainda exercidas de forma coletiva dividida entre homens e mulheres.

Desse modo, em contraponto ao modo de vida europeu tal conformação social tem sofrido desde então com o desrespeito aos seus costumes, cultura, crença e identidade. A construção das representações sobre esses povos hoje minoritários se insere num cenário complexo, onde a invisibilidade e o silêncio social perduram.

Analisando dentro de um contexto maior, visto que o nosso país conta com dimensões continentais, com um território de 8.511.000 km² atualmente, o que outrora foi território exclusivo dos povos originários, hoje se reduz a cerca de 505 terras indígenas, o que corresponde a pouco mais de 12,5%, distribuídos por 305 etnias que falam 274 línguas diferentes. A grande maioria das etnias indígenas, são de Tikúna (46 mil), Guarani (43,4 mil), Kaingang (37,4 mil), Makuxi (28,9 mil), Terena (28,8 mil e por fim os Tenetehara (24,4 mil), segundo o IBGE.

O cenário nos mostra que estamos diante de uma diversidade exponencial, ainda mais se levarmos em conta que há ainda em nosso território povos indígenas que vivem isolados, muitos ainda tampouco conhecidos e que não constam das estatísticas relacionadas pelos documentos oficiais.

TERRITÓRIO E TERRITORIALIDADES: RESISTÊNCIA DESDE SEMPRE

O território foi e ainda é sagrado para os povos de origem indígena, pois está intrinsecamente relacionado a preservação de sua cultura e de seus costumes assim como sua organização social. Desde há muito tempo essas populações têm sido alvo de inúmeras tentativas de integração, dominação, extermínio, aculturação que contribuíram para o cenário do qual nos deparamos quando nos propomos a investigar a questão indígena no Brasil.

Entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes



uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania. Edson Fachin, relator do processo no STF.⁵

O pronunciamento do relator da PL 490/07, o Ministro do STF Edson Fachin, se dá num contexto de grande embate entre os povos originários e os três poderes, em razão da votação pelo Supremo Tribunal Federal sobre o Marco Temporal que tenta restringir os direitos dos povos originários sobre o território e é defendido por ruralistas que consideram que os indígenas só teriam direito à terra que estivessem sob sua posse até 5 de outubro de 1988, data em que foi promulgada a CF/88.

Essa perversa interpretação na verdade, legaliza e dá legitimidade às violências sofridas pelos povos originários sofreram até que a CF/88 foi promulgada, não levando em consideração a tutela pela qual estavam submetidos os indígenas até a promulgação da mesma eram tutelados pelo Estado, não tendo, portanto autonomia para reivindicar judicialmente por seus direitos. Abordaremos a seguir a análise da questão indígena na CF/88, enfatizando a luta desses povos pelo reconhecimento de seus direitos.

ANÁLISE DOS ARTIGOS 231 E 232 DA CF/88

De acordo com o quadro teórico-metodológico ao qual nos filiamos o Interacionismo Sociodiscursivo (doravante ISD), o contexto sócio histórico é importante em face de este entender que são as condições de produção de um texto e o suporte em que este circula é que irão determinar seu sentido. Partindo dessa premissa, o contexto histórico de produção da CF/88 se faz essencial no entendimento das vozes escolhidas e modalizações presentes, bem como as escolhas linguísticas na elaboração da Carta Magna.

Sendo assim, o contexto sociointeracional mais amplo nos remete aos acontecimentos históricos que levaram a elaboração da CF/88. Dentro do contexto histórico de produção da CF/88 há participação ativa dos povos originários nos bastidores da Assembleia Nacional Constituinte. As comunidades ou seus representantes não foram convidados a participar da redação dos artigos 231 e 232, contudo a participação dos indígenas nesse processo se deu de outra maneira, através de manifestações realizadas nos corredores e gabinetes dos constituintes.

⁵ Fala do Ministro Edson Fachin, relator do processo referente à PL490/07 (que altera a legislação da demarcação de terras indígenas), que votou à favor dos indígenas.



Nesse sentido, é importante ressaltarmos de que forma os povos originários se organizaram para pressionar deputados e senadores a ouvirem suas reivindicações na busca de direitos e garantias na nova Constituição.

De acordo com Bastos Lopes (2014), foi graças a União das Nações Indígenas⁶ (UNI), criada num momento de redemocratização do Brasil, que a participação dos povos originários na Assembleia Constituinte fez-se ativa. A autora realizou entrevistas com duas lideranças indígenas, Ailton Krenak e Álvaro Tukano que participaram da criação da UNI e que estiveram à sua frente como líderes na época do período pré-constituinte e ressalta a importância da articulação desses povos para se fazerem ouvir: “... Mas fazer o movimento indígena é testar nossa capacidade de organização para articular nosso povo. E o movimento foi para buscar os líderes tradicionais, lutar contra a ditadura e fazer a nova Constituição. (ÁLVARO TUKANO, julho de 2010)”.

A articulação dessa coisa que chamam de movimento indígena foi como uma revoada de pássaros sabe? Uma revoada de pássaros que se encontram e depois vão embora. Se você perguntar a um índio, ele dirá que nunca existiu movimento indígena. [...] Mas não houve movimento indígena, o que houve foi o índio que se movimentou. Essa foi uma característica de como nos organizamos naquele tempo. Ailton Krenak (In: SÁVIO, 2015, p. 220).

O líder indígena Ailton Krenak, através de sua fala, mostra como se deu o protagonismo indígena no tocante ao processo de elaboração da constituinte, de uma forma metafórica faz cair por terra a visão de inércia desses povos perante a elaboração da CF/88, articulando-se a um contexto histórico onde o índio cresce como protagonista político-indigenista, relacionado a um contexto maior de redemocratização do Brasil, após um período considerável de ditadura militar, 21 anos, onde fervilhavam discussões e lutas por direitos civis. Inicia-se o processo de redemocratização, e nesse ambiente cultural iniciam-se as tratativas para nova constituição federal.

⁶ O processo de construção da UNI ocorreu no Seminário de Estudos Indígenas de Mato Grosso do Sul, realizado entre os dias 17 e 20 de abril de 1980, reunindo representantes de 15 etnias concentradas em sua maior parte nas regiões centro-oeste e sul. Neste, as 15 etnias ali presentes elegeram para primeira diretoria, Domingos Veríssimo Marcos (Terená) e como vice-presidente Marçal de Souza (Guarani).



O presidente do Brasil na época era José Sarney que havia tomado posse após a morte de Tancredo Neves, eleito indiretamente após a derrota do Movimento Diretas Já⁷. Decorridos dezenove meses de Assembleia Constituinte, e promulgada a Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, sendo uma das mais extensas constituições já escritas, contando com mais de 1,6 dispositivos e 245 artigos. Acreditamos ser de grande importância esse levantamento sócio histórico em razão da importância da CF/88 para as questões ligadas à busca de direitos e garantias civis que os artigos 231 e 232 vêm trazer aos povos originários, como veremos mais adiante quando falaremos sobre os níveis que compõem o folheado textual.

O contexto de produção da CF/88, temos como emissores físicos os parlamentares, deputados e senadores, imbricados no papel social de representantes de uma sociedade, eleitos pelo voto direto⁸, atuando no poder legislativo como principais atribuições a elaboração das leis, proceder à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta.

Proseguimos com os interlocutores físicos, a própria assembleia, jornalistas e público presente na câmara, já como os interlocutores sociais temos a população brasileira que na época estava na casa de 143,6 milhões de habitantes, segundo o IBGE. O lugar de produção da CF/88 foram as dependências da Câmara e do Senado Federal, em Brasília.

INFRAESTRUTURA GERAL DO TEXTO

A CF/88 é composta por 579 páginas, atualizadas até a Emenda Constitucional 105/19. Foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro de 1988. A Constituição Federal de 1988, também é chamada de Constituição cidadã, tem em vista que marca a retomada do processo democrático em nosso país, após um período de governos militares. Está dividida em nove títulos que trataremos a seguir:

Título I — Princípios Fundamentais;

7 Trata-se de um movimento político suprapartidário que surgiu durante o final do governo presidencial do general João Figueiredo, em maio de 1983, que exigia a realização de eleições diretas para a presidência da República. (FERREIRA & DELGADO, 2003).

8 No período compreendido entre a ditadura de Vargas e os governos militares, o Brasil permaneceu nove vezes sem poder escolher pelo voto direto o presidente da República, sendo que durante a República, tivemos 34 presidentes, mas somente 16 foram eleitos pelo voto direto.

Título II — Direitos e Garantias Fundamentais

Título III — Organização do Estado;

Título IV — Organização dos Poderes

Título V — Defesa do Estado e das Instituições Democráticas;

Título VI — Tributação e Orçamento

Título VII — Ordem Econômica e Financeira;

Título VIII — Ordem Social (Do artigo 193 ao 232) são tratados os temas relacionados ao bom convívio e desenvolvimento social do cidadão, como deveres do Estado, a saber: seguridade social (saúde pública, previdência social e assistênciasocial); educação, cultura e esporte; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família (incluindo nesta acepção crianças, adolescentes e idosos); e populações indígenas.;

Título IX — Disposições Constitucionais Gerais.

A parte relativa aos indígenas encontra-se no Título VIII, Da ordem social, onde encontramos os seguintes temas organizados em capítulos: I. Disposição geral, II. Da Saúde, III.

Conforme o capítulo I, Disposição geral, neste título VIII, compreende-se que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Contudo, chama a atenção o fato de que haja um capítulo VII para tratar do bem-estar e da justiça social relativa à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso e, em separado, só no capítulo VIII, trata-se Dos Índios. Não teriam entre os índios também famílias, crianças, adolescentes, jovens ou idosos? A necessidade de separação já indicaria um olhar que não os inclui entre o que seria a sociedade brasileira?

No Capítulo VIII, Dos Índios, a palavra indígena(s) aparece treze vezes e índio(s) dez vezes, vale lembrar que a versão analisada é a 2019, o texto é escrito em discurso teórico, ou seja, sem marcas de implicações dos produtores do texto, seguindo o padrão dos textos jurídicos. A palavra indígena/índio se faz presente no texto por cinco vezes. Dessa forma, reafirma-se na materialidade linguística que o enunciador que fala no texto não seria as pessoas com seus interesses, mas a LEI, simulando certa neutralidade, já que o foco são apenas as determinações legais. Contudo, em uma análise mais detalhada para ver como a figura do



indígena é posta em cena e quem seria o protagonista do agir nesse capítulo, percebemos que essa neutralidade não existe. Em todas as aparições, não é o indígena o actante, e sim um receptor da ação realizada pelo Estado.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, *ressalvado relevante interesse público da União*, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas *da ocupação de boa-fé*.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.



Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Ao analisarmos o plano global dos Artigos 231 e 232, fica evidenciado no Art. 231 o reconhecimento dos direitos sociais dos povos originários, aqui nomeados como índios, que englobam a forma como se organizam como sociedade, resguardando direito a professarem suas crenças religiosas, tradições e costumes, bem como terem direito originário sobre terras tradicionalmente ocupadas, assumindo a União, o dever de demarcar essas terras. O plano global que aqui se oportuniza analisar, nos mostra uma ação protecionista no tipo de posicionamento adotado em relação ao reconhecimento dos direitos sociais dos índios.

Nos incisos §1º e §2º, evidenciam que agente que executa ação de reconhecer não é o índio e sim o Estado, aqui representado pela União, que é quem pode demarcar, proteger e fazer respeitar os bens, logo a União é um ator imbuído de recursos e poderes: “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. As terras são colocadas em destaque: elas são ocupadas. É o índio quem faz a ação de ocupar, mas no nível da sintaxe da frase, ele é posto como agente da passiva e não como sujeito agente. Seria só uma questão de estilo na escrita? A destinação das terras é dada por alguém que não são os indígenas, indicando qual uso ou finalidade deverá ser dado a ela. Nota-se que essa ação leva a crer que o índio pode ainda estar sendo visto como parte dessa terra, logo propriedade do governo também. O termo “*tradicionalmente ocupadas*” segue na contramão do direito ancestral ao território desses povos originários.

O § 3º, que dos recursos minerais, hídricos e energéticos em terras indígenas deixa claro mais uma vez que lhes é negado o direito ancestral à terra quando fala que as terras são indígenas, mas não por serem eles os donos, mas por estarem nelas, assim só o Congresso pode decidir o aproveitamento dos recursos. Ainda que haja a menção de que deverão ser ouvidos os indígenas, em primeiro lugar na frase aparece o congresso que deverá ouvir as comunidades cujo poder de veto não é posto em cena. Logo é o Congresso o ator que pode decidir sobre a exploração das terras indígenas.

Novamente reafirma-se no §4º que o Congresso poderá até proceder a remoção dos indígenas. Ainda que sejam boas as ideias de que eles poderão ser removidos em caso de catástrofe ou epidemia, nota-se que também poderão ser removidos no “interesse da soberania do país”, mas o que seria esse interesse e de quem? Não se levanta a hipótese de os próprios



indígenas verem uma razão para saírem das terras; reforçando a nossa percepção de que seria apenas parte da propriedade e não os senhores dela.

O direito ancestral ao território tem sido a principal luta nas questões relacionadas aos indígenas. Importante ressaltar que tramita no Congresso a PL 2.057/919, atualizada em 2010, a aprovação do Novo Estatuto dos Povos Indígenas, cujo texto ainda não aprovado, objetiva substituir o termo tutela por proteção social a fim de garantir o direito aos indígenas de exploração e decisão acerca de seus recursos naturais, como por exemplo a mineração e a delimitação das terras demarcadas, os autores assim justificam a PL 2.57/91:

... Trata-se, portanto, de regulamentar esses direitos especiais e coletivos, complementando-os naquilo que a Constituição foi, e teve que ser, omissa, sempre com base nos novos parâmetros de relação entre índios e o direito brasileiro estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso mesmo, esta proposta não é mera adaptação ou reformulação tópica da Lei 6.001/73, mas antes de tudo, uma nova lei cuja tônica principal é a sociedade indígena e a relação com o Estado Brasileiro. O projeto estabelece garantias que visam substituir o regime tutelar contido no antigo Estatuto do Índio para a possibilidade de integração dos índios a sociedade brasileira. No decorrer de sua equivocada aplicação pelo órgão indigenista, a tutela deixou de ser um mecanismo de proteção para se transformar em um instrumento de segregação dos índios a sociedade brasileira (PL2.057/91, FUNAI).

Dando prosseguimento, a análise que se segue é do Art. 232 presente no Capítulo VIII da CF/88 que trata da concessão de direitos relacionados a garantir ao indígena que seja capaz juridicamente de ingressar em juízo para requerer a tutela de seus direitos, sem que para tanto fosse necessário a intervenção de terceiros para o pleito de tutela jurisdicional do Estado, imbricando em maior autonomia por parte das comunidades no exercício pleno da cidadania.

Vale aqui destacar que há nesse artigo uma evolução no âmbito das legislações até então vigentes relacionadas à questão de reconhecimento do sujeito indígena como, até então era considerado incapaz de representar-se judicialmente. Ficando sob a responsabilidade do Ministério Público o exercício de oferecer o amparo judicial.

Dessa forma, é somente neste artigo que o índio aparece como alguém que pode lutar por seus direitos, contudo, como nos anteriores já ficou claro que será um outro, como o governo ou, neste caso, o Ministério Público, é quem poderá tomar as decisões.

Observamos no artigo 232, o índio continua a ser agente receptor da ação. O actuante continua a ser o Estado, ao mesmo tempo garante o direito dos índios ingressarem judicialmente

9 O PL nº – 2057 foi apresentado em 1991 pelo então deputado federal Aloizio Mercadante (PT-SP), tendo a colaboração de Nelson Jobim (PMDB-RS) e Fábio Feldman(PSDB-SP).



para fazer valer seus direitos, deixa imbricada a ação do Ministério Público nos atos de eventual processo, seria então uma forma de estar exercendo uma tutela velada

Optamos por seguir nossa análise trazendo a última parte do folheado textual que é proposto por Bronckart e relaciona-se aos mecanismos enunciativos.

Ao analisarmos as vozes presentes nos artigos, encontramos uma voz social que pode ser encontrada nos dois artigos, fazendo-se presente fortemente o discurso jurídico, explicando os direitos civis atrelados aos povos indígenas no trecho "Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de direitos e interesses".

No que concerne a outro aspecto dos mecanismos enunciativos temos as modalizações que têm como papel exprimir sentimentos, avaliações, julgamentos, bem como opiniões.

CONSIDERAÇÕES

Conhecendo a luta dos povos originários desde os idos de 1500, traçando um histórico sobre as lutas travadas e ainda em trâmite, fica evidente que os artigos 231 e 232 contidos na CF/88 vem de encontro ao anseio desses povos por direitos civis que permeiam a vida de qualquer outro cidadão brasileiro, seja relacionado a sua crença religiosa, língua ou território.

Nos valem aqui dos postulados do ISD para solidificar a importância dos dois artigos para esses povos quando o ISD afirma, com base na escola de Vygotsky que todas as formas de conhecimento " são construídas no quadro das atividades sempre inicialmente coletivas e sempre mediadas pelas interações verbais" (Bronckart, 1999, p.106), para o ISD o pensamento consciente surge como um produto da ação e da linguagem (Bronckart, 1999), assim sendo e apesar de sabermos que há um grande caminho a ser percorrido pelos povos originários no efetivo cumprimento das leis constitucionais, esperamos que os efeitos de sentido da linguagem deste gênero textual de cunho jurídico sejam interiorizados e mais, respeitados e cumpridos.

REFERÊNCIAS

BASTOS LOPES, Danielle. **O Movimento Indígena na Assembleia Nacional Constituinte (1984-1988)**. 2011. 184 f. Dissertação (Mestrado em História Social) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, [2011].

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 12 jul. 2021.



BRONCKART, J.P. **Atividade de linguagem, discurso e desenvolvimento humano.** Tradução Anna Rachel Machado, Maria de Lourdes Meirelles Matencio. Campinas-SP: Mercado das Letras, 2006.

_____. [1999]. **Atividade de linguagem, textos e discurso: por um interacionismo sociodiscursivo.** Tradução Anna Rachel Machado e Péricles Cunha. 2. ed. São Paulo: EDUC, 2009.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. (2008). Retirado em 29 julho 2021, de <http://www.funai.gov.br/>

IBGE. <http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas>, 2015. Acesso em 25/07/2020.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2010.

LACERDA, Rosane. **Os povos indígenas e a Constituinte (1987-1988).** Brasília (DF): CIMI- Conselho Indigenista Missionário, 2008, p. 206.

LOPES Danielle Bastos. **O Direito Dos Índios No Brasil: A Trajetória Dos Grupos Indígenas Nas Constituições Do País Danielle Bastos Lopes.** Espaço Ameríndio, (s.d.). Disponível em <https://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/41524/29955>. Acesso em 11 maio de 2021.

MUNDURUKU, Daniel. **Histórias de Índios.** São Paulo : Companhia das Letrinhas, 1997. 72 p.

SÁVIO, Marcos. **O movimento indígena e a Constituição de 1988.** Entrevista com Ailton Krenak, julho de 2013. In: COHN, Sergio (Org.). Ailton Krenak. Rio de Janeiro: Azougue, 2015. (Encontros, 50), p. 218-227.

CAPÍTULO 9

A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO IPVA COMO INSTRUMENTO ECONÔMICO DE ESTÍMULO À PROTEÇÃO AMBIENTAL

DOI: 10.47402/ed.ep.c202210779054

Alex Silva Gonçalves
Williams Antony Souza Andrade

RESUMO

O papel do Estado é determinante na vida das pessoas, já que é dever dele garantir os interesses da população, o bem comum e os direitos previstos na Constituição Federal. Neste aspecto questiona-se como o estado poderia, através de suas ferramentas fiscais, influenciar as pessoas a mudarem de comportamento para ajudar o meio ambiente. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem indutivo, método de procedimento histórico-crítico e técnica de pesquisa bibliográfica. O Estado, através de certos mecanismos fiscais permitidos por lei, pode adotar medidas que visem mudar o comportamento da população no intuito de aumentar a proteção ambiental. Assim, o trabalho tem como ideal e objetivo principal, demonstrar que a Isenção Tributária do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA para aqueles veículos que têm características sustentáveis de não poluição ao meio ambiente suscitando por meio dessa isenção do imposto a mudança de comportamento da população, e como uma das consequências desse benefício fiscal, a contribuir para melhoria do meio ambiente. O papel do Estado seria garantir a Isenção Tributária para os proprietários dos veículos que apresentassem como característica principal a não poluição do meio ambiente. Isso aumentaria a procura desses veículos por parte de toda a população, uma que vez a isenção geraria uma economia aos consumidores em razão de ter um tributo a menos para pagar, além disso, as pessoas ainda teriam um veículo que não polui o meio ambiente. Combinar o desenvolvimento econômico, social e ambiental é um desafio do Estado. Deve-se respeitar sempre os princípios constitucionais de preservação ao meio ambiente, e os princípios e normas que dispõem sobre a tributação de veículos automotores. Dessa forma, conclui-se que o estado tem uma ferramenta fiscal que pode estimular à população comprar veículos que não vão poluir o meio ambiente, em troca as pessoas ainda deixariam de pagar o IPVA desses veículos e estariam contribuindo para a sustentabilidade ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento. Economia. Isenção. Meio Ambiente. Princípio1.

INTRODUÇÃO

Com o crescimento econômico acelerado, o uso e consumo de recursos naturais e industriais cresce aceleradamente, com isso, a indústria automobilística sem dúvida é um ponto forte na economia. O número de veículos automotores em circulação aumenta a cada dia. Consequentemente pode ser verificada a existência de um problema - que poderia ser oportunidade - a ser enfrentada pela sociedade junto ao crescimento desproporcional do número de veículos nas ruas que, a cada dia, acaba gerando o aumento da poluição ao meio ambiente.



Dessa forma o artigo pretende investigar o seguinte problema: Como a isenção do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA para veículos não poluentes ou com o menor nível de poluição possível pode incentivar a proteção ambiental? Assim, a pesquisa tem como objeto de estudo analisar a Isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA como estímulo à aquisição de veículos não poluentes, ou com menor nível de poluição possível, a partir de uma mudança de comportamento da sociedade e, ao mesmo tempo, contribuir com a sustentabilidade e proteção ambiental.

Através de suas ferramentas fiscais o Estado pode mudar o comportamento do contribuinte trazendo desenvolvimento social e proteção ambiental. Uma das ferramentas que pode ser utilizada é por meio da tributação com a isenção do pagamento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA para aqueles consumidores que adquirissem veículos com características sustentáveis, ou seja, ocasionando o menor impacto possível ao meio ambiente. Portanto, deve-se haver uma combinação das novas tecnologias sustentáveis juntamente com os veículos da indústria automobilística como forma de reduzir a poluição ao meio ambiente. Nesse sentido, a isenção do IPVA pode ser um marco determinante para uma campanha satisfatória de conscientização ambiental.

A DISPOSIÇÃO GERAL DOS TRIBUTOS NO BRASIL

Inicialmente, pode-se destacar o conceito de tributo que foi posto no art. 3º da Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional, onde estabelece que “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. (BRASIL, 1966)

Os tributos são devidos por pessoa física ou jurídica, no entanto, a obrigação para pagamento de determinado tributo está ligado diretamente naquilo conhecido como “fato gerador” que, nada mais é que uma situação eleita pelo legislador como sendo passível de sofrer a incidência tributária, obrigando o contribuinte a realizar o pagamento daquele tributo.

Vale destacar ainda que o tributo não é uma sanção de ato ilícito imposta pelo legislador, pelo contrário, justamente por praticar uma conduta estabelecida na lei é que o contribuinte realizará o pagamento de determinado tributo ao ente público. (PAULSEN, 2020)

Função dos tributos

Durante muitos anos os Estados utilizaram os tributos apenas como forma de obtenção de receitas públicas para garantir o cumprimento de suas obrigações com saúde, cultura, educação, lazer, infraestrutura e diversos serviços públicos, tendo ainda que garantir a proteção ambiental.

Ao longo dos anos o Estado percebeu que, através dos tributos, poderia influenciar o comportamento da sociedade. Essa influência se daria na modificação das alíquotas dos tributos que atingissem os contribuintes, no entanto, o Estado precisaria ser seletivo ao realizar as modificações. Por isso, deveria inicialmente saber o que desejaria mudar no comportamento da população e só então verificar qual tributo poderia sofrer alteração para que essa mudança de comportamento ocorresse.

Assim, pode-se verificar que os tributos possuem duas funções bem definidas, a de arrecadação de receitas, também chamada de fiscal, e a de estimular ou desestimular o comportamento da população, conhecida como extrafiscal. Utilizar os tributos em sua Função Fiscal é afirmar que o Estado arrecada receitas para garantir que as necessidades da sociedade sejam sempre suprimidas, além de custear todas as despesas públicas.

Para Minardi (2018, p. 33), “Um tributo será fiscal quando ele visar tão somente ao abastecimento dos cofres públicos, sem quaisquer outros interesses. Sua pretensão constitui puramente de obtenção de receitas para a realização de despesas voltadas ao interesse público”. Assim, na Função Fiscal, o objetivo é a arrecadação de receita, onde o Estado retira dinheiro dos particulares e transfere para o erário, a fim de financiar as atividades estatais.

Por outro lado, na função extrafiscal, o Estado passa a utilizar os tributos como ferramenta para estimular e desestimular a população a praticar ou deixar de praticar certos atos. Minardi (2018, p. 34) anui que “o tributo extrafiscal se define por aquele que visa induzir determinado comportamento, de modo que a arrecadação passa a ser analisada em segundo plano”.

É difícil indicar se um tributo tem apenas característica fiscal ou extrafiscal, no entanto, ele indica alguns fatos que podem ajudar a visualizar quando se está diante de um tributo extrafiscal, como expressa Paulsen (2020, p. 36-37)

Em face da presença simultânea de efeitos fiscais e extrafiscais, pode resultar difícil classificar um tributo por esse critério. Costuma-se fazê-lo em atenção ao seu caráter predominante. Diz-se que se trata de um tributo com finalidade extrafiscal quando os efeitos extrafiscais são não uma decorrência secundária da tributação, mas



deliberadamente pretendidos pelo legislador, que se utiliza do tributo como instrumento para dissuadir ou estimular determinadas condutas.

Assim, o Estado pode utilizar os tributos de forma progressiva ou regressivamente, concedendo benefícios ou aumentando a carga tributária e modificar o comportamento das pessoas de acordo com aquilo que o Estado deseja acometer.

Capacidade tributária

Diferentemente da Competência tributária que tem como principal característica ser indelegável, a capacidade tributária é plenamente delegável e consiste no poder de arrecadação, fiscalização e execução das leis por parte dos entes federativos, conforme o artigo 7º do CTN. Esses poderes podem ser delegados para outros entes públicos que, poderão a partir de então, arrecadar, fiscalizar e executar as leis frente aos contribuintes. Justamente por ser delegável, a capacidade tributária permite que o ente que recebeu os poderes de arrecadar, fiscalizar e executar as leis terá as mesmas garantias processuais do ente que detém a competência tributária.

De outra sorte, na capacidade tributária passiva tem-se o sujeito passivo na relação tributária, isto é, o contribuinte, seja pessoa física ou jurídica, o qual responderá pela obrigação tributária. Vale o destaque ao artigo 126 do próprio CTN que aduz que a capacidade tributária passiva não leva em consideração a capacidade civil das pessoas naturais, mesmo que estejam diante de situações excepcionais com privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais, profissionais, da administração dita de seus bens ou negócio.

Vários são os dispositivos legais que definem quem será o sujeito passivo na relação tributária, podendo ainda na ocorrência de um único fato gerador existir mais de um sujeito passivo. Podemos analisar a definição legal do sujeito passivo analisando o artigo 121 do CTN que traz a existência do sujeito passivo direto e o indireto, na qual o sujeito passivo direto é aquele que tem relação direta com o “fato gerador”, já o sujeito passivo indireto é aquele terceiro que a lei o define como responsável pelo pagamento do tributo.

Impostos em geral

Dentre todas as espécies de tributos, os impostos têm um impacto maior, pois incidem direta ou indiretamente na vida das pessoas. Existem várias espécies de Impostos e, para cada espécie, tem-se um ente federativo competente para legislar.

O artigo 16 do CTN afirma que o imposto é uma obrigação que é decorrente da ocorrência do fato gerador escolhido pelo legislador, e praticado pelas pessoas. Desse modo,



todos aqueles que realizarem qualquer dos fatos geradores, ficam obrigados a realizarem o pagamento do respectivo imposto, salvo se existir alguma disposição em contrário que isente o sujeito passivo.

Há diversos impostos que geram para a população a obrigação de realizar o pagamento, porém é preciso analisar primeiramente qual o fato gerador do imposto. Assim, aquele que realizar qualquer das condutas tidas como fato gerador, estará sujeito ao pagamento do respectivo imposto.

É o caso do indivíduo que realiza a compra de um veículo automotor e fica sujeito ao pagamento do Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotores – IPVA ao Estado respectivo ou ao Distrito Federal, já que o houve a ocorrência do fato gerador “ser proprietário de veículo automotor”, consoante especificado no artigo 155, inciso III da Constituição Federal.

Independente da vontade do contribuinte, deverá realizar o pagamento do tributo, no exemplo citado, do IPVA. A obrigação nasce com o fato de ser proprietário do veículo, no entanto, a obrigação não se extingue após o pagamento, sendo necessário que o proprietário do veículo realize o pagamento deste tributo anualmente, enquanto for proprietário do veículo ou até quando a lei assim ordenar.

IMUNIDADES E ISENÇÕES NO CONTEXTO DA TRIBUTAÇÃO

De início vale destacar que não há apenas uma definição ou característica específica para os benefícios fiscais, no entanto, as diferentes espécies possuem uma característica em comum, que é propor situações economicamente vantajosas.

Com o advento da Constituição Federal em 1988, veio em seu texto uma parte normativa que trata sobre a atividade econômica e financeira do Estado, instituindo uma série de princípios no artigo 170. Assim, essa atividade deve contar com a atuação do trabalho humano e de livre iniciativa, visando assegurar a todos a existência digna e justiça social.

Vale o destaque para o artigo 170 em seu inciso VI da Constituição Federal (1988) que assegura a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

Essa disposição foi incluída no corpo constitucional por meio da Emenda Constitucional nº. 42 de 2003. Ao longo dos anos foi verificada a necessidade de garantir a proteção ambiental em razão do crescimento acelerado da indústria e do avanço tecnológico.



Se destacar especialmente o setor automobilístico, nota-se um crescimento e desenvolvimento que gerou um aumento de grande número de veículos nas ruas, além da alta rotatividade de troca desses veículos pelos consumidores em razão do desenvolvimento e das novas tecnologias que são criadas, aperfeiçoadas e implementadas nos automóveis.

Ocorre que o Estado deve fomentar o uso de produtos e serviços de menor impacto ao meio ambiente e, ao mesmo tempo, combinar desenvolvimento econômico, social e ambiental. Algumas medidas podem ser tomadas para enfrentar esse desafio, como incentivar que ações de menor impacto ocorram com mais frequência e que seja uma prioridade não só do Estado, mas também das indústrias e da sociedade como um todo.

Entre as inúmeras ferramentas que podem ser utilizadas pelo estado para influenciar o comportamento da população, os benefícios fiscais podem influenciar positiva ou negativamente no comportamento da sociedade.

Paulsen (2020, p.25) traz que “Os Estados-Membros e também os Municípios utilizam-se da concessão de benefícios fiscais (isenções, créditos presumidos etc.) ou de alíquotas reduzidas para obterem vantagens competitivas perante os demais.” Essa ferramenta pode ser utilizada tanto para incentivar a população a consumir determinado produto ou serviço, como também para desestimular, quando o próprio ente federativo eleva as alíquotas de cobrança de determinado produto ou serviço.

Os Benefícios Fiscais podem ser uma ferramenta estatal eficaz para alcançar os objetivos de proteção ambiental previsto na Constituição Federal, atraindo assim diversos sujeitos das atividades econômicas a investirem em soluções que terão um propósito coletivo e direcionado para contribuir com o bem-estar social e principalmente com a proteção ambiental.

Os benefícios influenciam diretamente nas receitas e despesas públicas, uma vez que a regra geral é a tributação, fazendo com que as receitas públicas estejam positivas para concretizar o que é planejado pelo Estado. Quando o assunto é sobre benefícios, é certo que isso irá afetar as receitas, que sofrem um impacto direto, visto que o poder público não arrecadará ou arrecadará bem menos do que o planejado originalmente.

Para estimular ou desestimular a sociedade, o poder público pode fazer isso de duas maneiras: a primeira é introduzindo exceções de hipótese de incidência tributária; a segunda é quando há alteração na consequência jurídica que decorre justamente daquele fato gerador, abrangendo questões de como, onde, para quem, quando e quem deve ou não pagar determinado tributo, conforme especificado a adiante.

Imunidades tributárias

As imunidades tributárias são aquelas previstas no corpo da Constituição Federal e se configuram como sendo uma das formas de limite ao poder de tributar:

No âmbito do poder constitucional de estabelecer a competência tributária, poderão determinadas situações, pessoas, relações jurídicas virem a ficar fora do âmbito de tributação, frente ao estabelecimento de uma competência negativa, que dá origem às chamadas imunidades tributárias. (ESTIGARA, 2009. p, 74)

O artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal, é cláusula pétreia, justamente por garantir a impossibilidade de haver qualquer alteração em determinados dispositivos presentes em todo o texto constituinte. Por estarem presentes na própria Constituição Federal, essas imunidades têm eficácia plena e aplicabilidade imediata bem como não podem ser alteradas ou limitadas por lei infraconstitucional. (BROGNINI, 2013)

São exemplos de imunidades tributárias: as especificadas nas alíneas do art. 150, VI, da Constituição Federal, tais como instituir impostos sobre templos de qualquer culto, sobre patrimônio, renda e serviços entre os próprios entes federativos, sobre livros, jornais e outros.

Para Estigara (2009. p, 76):

Evidentemente, a maioria das imunidades decorre de fundamentações sociais, econômicas e políticas. No atual contexto, elas atendem à necessidade de se desonerar, tributariamente falando, aquelas pessoas que praticam ações socialmente relevantes, promovendo uma verdadeira substituição da atuação estatal, no campo ao qual se dedicam.

Vale destacar que imunidades tributárias não são incentivos ou mesmo benefícios fiscais, no entanto, a existência delas é de suma importância para desonerar aqueles que praticam ações relevantes.

Isenções tributárias

A previsão legal das isenções tributárias está nos artigos 176 a 179 do Código Tributário Nacional. A diferença entre imunidade e isenção é que a primeira se configura como norma de incompetência constitucional, ao passo que nesta tem-se o exercício da competência e o benefício da não incidência por meio de lei infraconstitucional. (MINARDI, 2018)

As isenções são uma das hipóteses de exclusão de crédito tributário, nos termos do artigo 175, I do Código Tributário Nacional, isto é, incentivos fiscais concedidos pelos entes federativos por meio de lei infraconstitucionais, onde especificam as condições e requisitos exigidos para a concessão das isenções, quais tributos que se aplicam ou o seu prazo de duração.



A lei que traz a isenção, onerosa ou não, informa quem será alcançado ou em que situação este benefício estará presente, desonerando assim o contribuinte que não precisará realizar o pagamento do determinado imposto.

Este benefício fiscal só poderá ser concedido por meio de lei específica, que regulará a forma e a quem será beneficiado. É o que dispõe o artigo 150, em seu parágrafo 6º da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (BRASIL, 1988)

Quando o texto da Constituição traz a necessidade de lei específica, busca fazer com que os excessos ou abusos legislativos não ocorram por parte do legislador, tendo em vista que “a todo o momento” edita novas leis sobre os mais diversos assuntos. Assim, não pode o legislador trazer qualquer menção sobre isenção em leis gerais, pois assim violaria o dispositivo constitucional.

O IPVA E SUA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA COMO FORMA DE INCENTIVAR AÇÕES E CONSUMO SUSTENTÁVEL

A propriedade e/ou utilização de veículo automotor passou a ser uma necessidade de muitas pessoas para realizar diversas atividades, desde ir ao trabalho até utilizá-lo para viagens e lazer. A questão é que o número desses transportes nas ruas cresce significativamente ao longo do tempo, ocasionando também o aumento da poluição pela emissão dos gases, especialmente o dióxido de carbono.

É evidente que sempre que a economia do país está aquecida, a compra de mais veículos por parte da população também se eleva. Dessa forma, com mais veículos nas ruas se tem mais fontes de poluição ao meio ambiente. Uma pesquisa feita pelo Instituto de Energia e Meio Ambiente – IEMA, que foi publicada pela revista Exame, mostrou que os automóveis são responsáveis por grande parte da poluição:

Poluição e congestionamento são duas condições que caminham de mãos dadas em São Paulo. E as escolhas de transporte para a cidade fazem toda a diferença aí. Um estudo inédito lançado pelo Instituto de Energia e Meio Ambiente (IEMA) revela que os automóveis são responsáveis por 72,6% das emissões de gases efeito estufa (GEE), vilões do aquecimento global, e respondem por 88% dos quilômetros rodados por veículos motorizados na capital.



Como proibir as pessoas de usarem seus transportes ou de comprarem mais veículos não é uma opção do Estado, deve este promover campanhas de conscientização à população para comprarem automóveis que não poluam o meio ambiente ou minimamente. Igualmente, o Estado pode incentivar ou desestimular determinados comportamentos por meio de ferramentas da tributação como forma de favorecer o meio ambiente.

Uma forma de estimular as pessoas a comprarem automóveis que não poluem, como, por exemplo, os veículos elétricos ou movidos a gás natural, seria conferir isenção do IPVA para os proprietários que os adquirissem ou ainda reduzir tais alíquotas a patamar muito pequeno. Por outro lado, embora o ente federativo estivesse deixando de arrecadar parte de uma receita, teria seus gastos de proteção ao meio ambiente reduzidos e, ao mesmo tempo, contribuindo com a melhoria do meio ambiente.

Imposto sobre a propriedade de veículos automotores - IPVA

Na Constituição Federal de 1988 pode-se encontrar sua previsão expressa no artigo 155, inciso III, que outorga a competência aos Estados e ao Distrito Federal instituir o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores.

Nas palavras de Minardi (2018, p. 970):

Por “auto” tem-se tudo o que pode se mostrar por si mesmo, independentemente de outro elemento. Assim, veículo automotor se entende por aquele dotado de motor próprio e, portanto, capaz de se locomover em virtude do impulso ali produzido. São abrangidos nesse conceito: carros, ônibus, caminhões, embarcações e aeronaves.

Assim, a incidência tributária ocorrerá em relação apenas aos proprietários de veículos automotores terrestres, ficando assim os proprietários destes automóveis responsáveis pelo seu pagamento, uma vez que o fato gerador deste tributo é justamente ter a propriedade do veículo automotor.

O tributo do IPVA terá sua alíquota mínima fixada pelo Senado Federal e poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização, conforme dispõe o artigo 155, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Quando o Senado tem a atribuição de fixar alíquotas mínimas ou máximas de um imposto, a alíquota estabelecida pela resolução do Senado funciona apenas como piso ou teto. Vale destacar que a resolução, nesses casos, de forma alguma vai substituir a lei de cada Estado da Federação.



Segundo Paulsen e Mello (2012, p. 437): "A alíquota é estabelecida em lei ordinária, que normalmente fixa percentuais distintos, tendo em vista a diversidade dos veículos (de esporte e corrida, uso misto, motocicletas)."

Cada Estado, na lei instituidora daquele imposto, deverá estabelecer suas alíquotas. Se houver uma alíquota máxima fixada na resolução, a lei estadual não poderá estabelecer uma alíquota superior àquela prevista. O mesmo ocorre no caso de existir uma alíquota mínima na resolução, onde a lei estadual não poderá fixar uma alíquota abaixo daquela. De toda forma quem determina a alíquota aplicável internamente em cada unidade federativa é o próprio estado mediante edição de lei própria.

No que diz respeito ao lançamento do IPVA, este é realizado por ofício, observando sempre o que a lei estadual dispõe. Machado (2014, p. 367) trata sobre a matéria da seguinte forma:

O lançamento do IPVA é feito de ofício. A repartição competente para o licenciamento do veículo remete para a Secretaria da Fazenda as informações necessárias e esta emite o documento com o qual o proprietário do veículo é notificado para fazer o pagamento.

Ocorre que o contribuinte recolhe o tributo sem prévio exame do fisco, cabendo assim à legislação estadual definir a sistemática, mas o lançamento é realizado através de ofício.

O pagamento desse tributo, em regra, ocorre a partir do dia 1º de janeiro de cada ano. Será efetivado, a partir das formas estabelecidas pelas Fazendas Estaduais, podendo ainda ser estabelecido um parcelamento para que seja pago pelo contribuinte, como também pode ocorrer um desconto no caso de pagamento à vista. Já em relação à veículos novos, este tributo será devido de maneira proporcional ao tempo restante entre a ocorrência do fato gerador e o fim de exercício financeiro.

O tributo é devido ao Estado onde o contribuinte tem seu domicílio ou residência, pois é neste local que o veículo deverá ser registrado. Vale destacar que o fisco pode desconsiderar o domicílio eleito, uma vez que por se tratar de um tributo de competência estadual, há contribuintes que tentam registrar o veículo em uma unidade federativa diferente de onde reside cuja alíquota é mais baixa.

São imunes ao pagamento do IPVA, aqueles veículos de propriedade do governo em qualquer esfera, os de propriedade das autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, dos partidos políticos, dos sindicatos, dos templos de qualquer culto e das instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos.



Também podem ser isentos do pagamento desse imposto, aqueles veículos de propriedade de missões diplomáticas, aqueles de finalidade agrícola ou florestal, ou ainda por antiguidade, nos casos dos veículos terrestres com mais de 15 anos de fabricação.

Por outro lado, a isenção do IPVA para os deficientes é uma garantia a eles atribuída, constante em nossa constituição, além de legislações específicas. Podendo ser destacada a título de demonstração o artigo 227 em seu parágrafo 2º da Constituição, que dispõe sobre os direitos do deficiente físico: “A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.

No caso das pessoas com deficiência, para a concessão da isenção do IPVA o contribuinte deve preencher um cadastro, fornecendo os dados sobre o tipo de deficiência que possui, com laudo médico, documentos, nota fiscal do serviço realizado para adaptação do veículo e demais documentos elencados pela Secretaria da Fazenda da área de sua residência.

Cabe destacar ainda, que o contribuinte que obtiver a isenção do pagamento do IPVA não poderá adquirir outro veículo com o mesmo benefício, de forma que poderá ser apenas autorizada a isenção uma única vez. A Isenção do IPVA para os deficientes encontra-se tipificada na legislação de cada Estado.

Mecanismos fiscais de proteção ambiental

O Conceito de meio ambiente pode ser encontrado no artigo 3º, inciso I da lei 6.938 de 31 de agosto de 1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente. Ocorre que esse conceito se encontrava bastante restrito ao ambiente natural, mas com o advento da constituição de 1988 o entendimento sobre o meio ambiente foi ampliado, passando a ter uma definição mais clara, direcionada e ampla sobre o seu conceito de como este deve ser protegido.

É por isso que surgiu a conceituação de meio ambiente pela Resolução nº 306/2002 do CONAMA, Anexo I, XII, que estabelece que meio ambiente é um “conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química e biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A Constituição Federal de 1988 no *caput* do artigo 225 se preocupou em garantir a proteção do meio ambiente, que deveria ter um desenvolvimento sustentável:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.



A degradação ambiental é um problema presente em todos os lugares do mundo, e no Brasil não seria diferente. Cabe então aos entes federativos encontrarem maneiras de promover políticas de desenvolvimento sustentável e assim minimizar os danos já existentes.

Com a intenção de proteger as pessoas e o meio ambiente, passou o Estado a promover regras que estabelecem direitos e deveres a serem cumpridos por todos, a fim de melhorar a qualidade de vida das pessoas, assegurando ainda para as presentes e futuras gerações uma qualidade de vida com um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre que para assegurar esse meio ambiente equilibrado, o legislador também trouxe a possibilidade de garantir um tratamento diferenciado para aqueles que se propuserem a contribuir com o estado para a garantia da proteção ao meio ambiente.

Essa garantia diferenciada se deu por meio da Emenda Constitucional n.º. 42 de 19 de dezembro de 2003, que alterou o artigo 170, em seu inciso V da constituição e passou a ter a seguinte redação:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

Uma das ferramentas que o ente federativo tem à sua disposição para proporcionar uma vida melhor às pessoas e um meio ambiente equilibrado é o tributo. A tributação pode ser utilizada como forma de punição aos que violarem e causarem danos ao meio ambiente. Especificamente em face da temática ambiental, a cobrança de impostos tem o condão de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com o estímulo de comportamentos desejados ou desestímulo às práticas sustentáveis.

As duas únicas espécies de exclusão de crédito tributário são anistia e isenção, esta última objeto de estudo desse artigo. A utilização dessa ferramenta pode envolver vários aspectos. Inicialmente o Estado estará abrindo deixando de arrecadar uma verba que entraria em seus cofres, no entanto se usada de maneira estratégica, o Estado pode ter uma contrapartida diversa do que a monetária em prol do meio ambiente.

No Brasil, a utilização da tributação para favorecer o meio ambiente ainda é muito insignificante. Assim, a utilização da tributação, quer seja isentando ou reduzindo drasticamente o imposto sobre os produtos que causem menos impactos ao meio ambiente pode permitir, a longo médio e longo prazo, mudança de hábitos por parte das pessoas.



A extrafiscalidade é algo que está muito vivo nos estudos e nos trabalhos acadêmicos, mas não é tão familiar na prática. Com essa ferramenta, o legislador pode estimular a população a consumir mais ou menos determinado produto ou serviço. Esse estímulo acontece com o legislador aumentando ou reduzindo a alíquota de determinado produto ou serviço, influenciando assim o comportamento do consumidor que poderá comprar mais ou menos daquele bem que teve sua alíquota modificada.

Existe também a hipótese na qual os consumidores que comprarem veículos com certas características de proteção ao meio ambiente, o Estado poderia promover a redução do valor cobrado a título de IPVA. Ao mesmo tempo, o Estado também poderia elevar as alíquotas dos veículos que não tivessem características de proteção ao meio ambiente. Isso demonstraria uma preocupação do Estado não com a mera arrecadação, mas em influenciar diretamente o comportamento da população para uma conscientização de proteção e melhoria da preservação ambiental.

Isenção como meio para mudança de comportamento

Por ser uma exceção à regra, a isenção tributária demonstra qual a finalidade que o Estado deseja alcançar, principalmente quando tem em sua principal característica a extrafiscalidade. Nesses casos a sua identificação é mais evidente. Ocorre que para haver uma proteção ambiental eficaz, o Estado poderia usar essa ferramenta de incentivo fiscal e estimular a população a mudar seus hábitos de consumo ou até mesmo hábitos culturais, para que todos adotassem a maior quantidade de ações de proteção ao meio ambiente.

Um meio de conquistar a população e promover uma mudança de comportamento, é viabilizar uma articulação do Estado em conjunto com a iniciativa privada para desenvolver estratégias que desonerassem o consumidor e favorecessem o meio ambiente. Igualmente iniciativas que trouxessem um retorno direto e indireto para a iniciativa privada que teria que investir na causa.

Assim, estabelecer uma diferença de tratamento tributário para todos que se proponham a ajudar o meio ambiente seria uma estratégia que beneficiaria a todos os envolvidos. Primeiramente a população que buscaria consumir mais produtos que tivessem uma contraprestação de não tributação. Depois a iniciativa privada, que investiria em técnicas e aperfeiçoamento de produtos, além do aumento nas vendas já que a população estaria procurando esse diferencial, justamente pelo que foi citado anteriormente. E por fim o Estado,



poderia diminuir gradativamente seus investimentos e gastos diretos que são destinados à proteção do meio ambiente e, também, com a saúde da população.

Uma alternativa também seria direcionada aos consumidores que optassem por comprar ou que já possuíssem veículos elétricos ou movidos a gás natural. Nesse caso, poderiam ser isentos do pagamento do IPVA, tendo em vista que esse tipo de automóvel não polui o meio ambiente de forma tão gravosa como os demais transportes movidos a gasolina ou óleo diesel.

O Estado deve buscar reconhecer o atual cenário global que se agrava com a crise ambiental. Em determinadas circunstâncias ambientais não se vivencia mais a teoria do risco, mas impera-se a teoria do caos, com um cenário de irreversibilidade como no caso das políticas climáticas. Uma política tributária de incentivos fiscais para produtores e consumidores de produtos ambientalmente corretos trará melhorias para toda a população e contribuirá com um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadia qualidade de vida, desenvolvimento sustentável e equidade intergeracional, dentre outros princípios do direito ambiental que, se aplicados na prática, trariam consequências positivas para a população em prol do bem-estar social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A poluição ambiental é um problema que está interferindo na vida de todas as pessoas. Por isso, é dever do estado garantir a sua proteção e buscar meios para que a população trabalhe em conjunto a fim de mudar seus hábitos, uma vez que o comportamento atual das pessoas culminará em grandes desastres ambientais.

Por esse motivo, objetivando indicar possíveis contribuições ao meio ambiente, este trabalho pretendeu responder ao seguinte questionamento: Como a isenção do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA para veículos não poluentes ou com o menor nível de poluição possível pode incentivar a proteção ambiental?

Os Estados por meio de suas ferramentas fiscais têm a possibilidade de alterar o comportamento da população, para que passe a ter mais práticas de proteção ambiental. De fato, o problema não será solucionado em espaço curto de tempo, mas mudanças devem acontecer, e o Estado como garantidor e protetor do meio ambiente é quem deve ter a iniciativa.

As unidades federativas poderiam se unir e entender que a questão ambiental é um problema que atinge a todos. Deixar de arrecadar o IPVA, para uma situação específica que favoreça o meio ambiente, não trará um caos à vida financeira de um Estado. A ausência ou diminuição da arrecadação, nesse caso, teria impacto positivo no comportamento dos



consumidores/contribuintes que, em contrapartida, teriam a possibilidade de ajudar o meio ambiente ao serem beneficiado com a isenção de um determinado imposto. Ao mesmo tempo poderia favorecer o investimento tecnológico e científico da indústria automobilista no aumento da exploração desse campo de trabalho.

Os Estados e a União poderiam trabalhar juntos para influenciar a população a se preocupar mais com o meio ambiente sustentável, sendo isso uma atribuição de acordo com o artigo 225 da Constituição Federal. A isenção tributária do IPVA ou sua redução em níveis bastante significativos seria uma forma que certamente iria alterar o comportamento do consumidor diante da aquisição de novos veículos.

O número de veículos que transitam cresce diariamente, no entanto, o percentual de automóveis que não poluem o meio ambiente é muito baixo. Vale destacar que o pagamento de tributos não se restringe apenas ao momento da compra. Esse alto valor se verifica também quando o proprietário tem que realizar o pagamento do IPVA, que incide de acordo com o valor do automóvel.

Assim, em razão do problema proposto chegou-se a conclusão de que o Estado possui ferramentas fiscais para isentar os proprietários de automóveis que não poluem o meio ambiente. Com isso o Estado poderia contribuir para melhorar a vida da população com um meio-ambiente sustentável, além de mostrar à população a importância de uma mudança de comportamento social para a proteção ambiental, pois é obrigação de todos preservar o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 de ago de 2021.

BRASIL, Lei 5.172, Código Tributário Nacional, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 06 de set de 2021.

BARSIL, Lei 6.938. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 20 de set de 2021.

ESTIGARA, Adriana. Responsabilidade Social e Incentivos Fiscais / Adriana Estigara, Reni Pereira, Sandra A. Lopes Barbon Lewis. São Paulo: Atlas, 2009.



EXAME, Revista Exame. 2017. Disponível em: <https://exame.com/brasil/carros-representam-726-da-emissao-de-gases-efeito-estufa-em-sp/> Acesso em: 13 de set de 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 32ª edição. Ed. Malheiros, São Paulo, 2014

MINARDI, Josiane. Manual de Direito Tributário / Josiane Minardi. - 5ª ed. Revisada atualizada e ampliada. Salvador: JusPODIVIM, 2018.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 11ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616282/>. Acesso em: 20 de set 2021.

PAULSEN, Leandro; DE MELO, José Eduardo Soares. Impostos: Federais, estaduais e municipais. 7ª Ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CAPÍTULO 10

AS CRIANÇAS DO CÁRCERE: UMA REPRODUÇÃO DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA?

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022107810054

Rita Maíla Simões da Rosa
Priscila Werner

RESUMO

O presente artigo busca estudar as condições de dignidade das crianças do cárcere durante o cumprimento da pena privativa de liberdade de suas mães nos presídios femininos brasileiros. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e como método de procedimento utilizou-se o histórico, cuja técnica utilizada foi a documental indireta, ou seja, pesquisa documental e bibliográfica. Diante disso, foi necessário a análise da historicidade feminina durante a Idade Média, demonstrando a autossuficiência feminina para o sustento da família e o espaço social que ocupava durante um determinado período nos espaços comuns. Ademais, fez-se um estudo sobre a importância da Igreja católica no desencadeamento das punições femininas. Assim como, realizou-se um estudo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, objetivando analisar o papel da sociedade e do Estado diante do esquecimento das crianças do cárcere. O problema de pesquisa enfrentado foi a medida em que o sistema prisional brasileiro reproduz uma violência institucionalizada na privação de liberdade das crianças do cárcere, e os resultados parciais obtidos foram que os direitos fundamentais das crianças não são observados durante o cumprimento da privação de liberdade da mãe, no entanto é possível observar o avanço com a Resolução CNPCP nº 03, 15 de julho de 2009, que visa assegurar a proteção integral do melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Crianças do cárcere. Sistema prisional.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a análise da situação vivenciada pelas crianças nascidas nos estabelecimentos prisionais femininos durante o cumprimento da pena privativa de liberdade de suas mães, bem como responder a problemática: “em que medida o sistema prisional brasileiro reproduz uma violência institucionalizada na privação de liberdade das crianças do cárcere?”. Na primeira parte do estudo, abordou-se sobre a historicidade das mulheres no decorrer dos séculos, especificamente com o advento da Idade Média e a importância deste na autossuficiência feminina, seja financeira ou emocional.

Com o desenrolar dos tempos e a marcante presença da Igreja Católica no cotidiano das famílias, ocorreram inúmeras alterações nos espaços ocupados pelas mulheres. Dessa forma, o patriarcado assumiu a responsabilidade pelas mulheres com o apoio fundamental do Direito Canônico. Assim, desencadeou o episódio conhecido como caça às bruxas, no qual milhares de



mulheres foram brutalmente assassinadas e torturadas pela população e pelas autoridades religiosas.

Outrossim, a domesticação feminina pelo catolicismo foi outro fator de suma importância na história da criminalidade das mulheres, considerando que as mesmas eram postas à submissão dos patriarcas da família. Desse modo, as privações de liberdade impostas às mulheres baseavam-se em ensinamentos de valores morais e éticos, bem como a aprendizagem de atividades domésticas. Em outras palavras, no instante em que as mulheres iniciam a prática da criminalidade, a execução das penas impostas pelo Estado é de competência da Igreja católica.

Dessa maneira, o abandono feminino era muito comum à época, uma vez que a reputação das mulheres possuía tamanha importância para as famílias. Todavia, nas penitenciárias femininas brasileiras, a realidade do abandono, principalmente dos maridos e dos pais, ainda é bastante presente. Nesse sentido, o segundo ponto aborda justamente sobre a maternidade no cárcere e as consequências para a criança durante o período de amamentação estabelecido pelas unidades prisionais.

É possível analisar a dupla punição da criança do cárcere, bem como as devidas garantias estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, e na Resolução CNPCP nº 03, de 2009. Contudo, ao tratar sobre as penitenciárias brasileiras femininas, normalmente se sobressaem as condições de habitabilidade, assim como a ausência de recursos especificamente para mulheres. No entanto, não é sobreposto que as penitenciárias femininas são compostas também pelas crianças, as quais são asseguradas o direito de permanência com as mães durante o período de amamentação.

O terceiro ponto menciona justamente sobre o esquecimento da sociedade, das famílias e, principalmente, do Estado em prestar assistência e solidariedade, não apenas durante a permanência no cárcere, mas, inclusive, durante o crescimento da criança, para evitar o surgimento de novos criminosos. Para tanto, utilizou-se da lógica de organização e o método de abordagem dedutivo, uma vez que parte de uma ideia geral da historicidade das punições femininas para analisar situações específicas sobre o esquecimento das crianças no cumprimento de pena das mães.

Em suma, através do método de procedimento histórico comparativo, foi possível observar as transformações nas formas de punições femininas, assim como a demonização e a domesticação do corpo e dos saberes das mulheres pelo Direito Canônico. Ademais, utilizou-



se da técnica documental indireta, ou seja, pesquisa documental e bibliográfica. O trabalho vincula-se à linha de pesquisa “Teoria jurídica, cidadania e globalização” do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN), devido à relevância da temática para a sociedade, tendo em vista que é retratado sobre as presentes e futuras gerações, sendo que a contribuição para o Direito é evitar o esquecimento da privação de liberdade das crianças do cárcere.

DA DEMONIZAÇÃO DO CORPO E DOS SABERES FEMININOS À DOMESTICAÇÃO PELO DIREITO CANÔNICO

Os saberes femininos, durante muitos anos, eram os meios mais acessíveis para as curas do corpo humano através de ervas e plantas medicinais, bem como a realização de partos domésticos. Sabe-se da tamanha importância que as mulheres curandeiras representavam para a população. Em síntese, com a forte influência do catolicismo na vida privada das famílias, os conhecimentos femininos acabaram perdendo a credibilidade com o povo em razão da importância que a religião representava para as famílias.

Assim sendo, a independência e os saberes femininos foram postos à julgamento durante todo o episódio conhecido como caça às bruxas, em que milhares de mulheres foram demonizadas justamente pelos conhecimentos a frente de sua época, uma vez que o corpo feminino era atrelado ao demônio. Ademais, ocorreu a necessidade do catolicismo em retomar os valores morais e religiosos das mulheres, as quais, devido às perseguições, encontraram na criminalidade uma oportunidade para a independência. De tal modo, será abordado sobre a demonização sobre o corpo e os saberes femininos.

Demonização do corpo e saberes femininos

Ao longo da história, tem-se conhecimento de homens como atores principais de atos heroicos¹⁰ em grandes guerras, revoluções e descobertas científicas. Em contraste, os relatos de figuras femininas em consagrados acontecimentos são poucos ou inexistentes, devido à

¹⁰ Os homens durante muitos anos foram considerados atores principais de acontecimentos históricos, dentre estes é possível reportar sobre os militares que combateram frente as Grandes Guerras, os quais são considerados verdadeiros heróis pelos seus respectivos países. Todavia, não são retratados relatos sobre as mulheres que participaram das batalhas exercendo assistências aos feridos, por exemplo, uma vez que historicamente são consideradas funções secundárias.



correlação e à responsabilidade da mulher com a família e a maternidade, em decorrência da expectativa do feminino de ser frágil¹¹ e angelical, a qual é atrelada à imagem de um ser divino. Assim, cabe o homem assumir as responsabilidades do sustento familiar e a proteção à mulher.

Samantha Buglione (2000, p. 2-3) acentua que ocorreu a necessidade de os indivíduos constituírem grupos de cooperação mútua; dessa preocupação, resultou o surgimento das famílias, onde cada sujeito possuía obrigações distintas para o custeio de atividades. Em contraposto com a fragilidade da mulher na Modernidade, em meados da Idade Média, a autossuficiência e a independência eram atributos característicos das mulheres da época.

Para explicar a existência da autonomia da mulher¹², faz-se necessário remeter à Idade Média, em meados do século V, durante a organização política e econômica do Feudalismo. Os senhores feudais outorgavam parcelas de terras aos seus servos, os quais eram permitidos a plantação e comercialização dos produtos naturais, em caso de falecimento dos mesmos, os seus descendentes poderiam assumir a posse dos lotes. No entanto, para a quitação dos tributos devidos pela utilização dos mesmos, os servos deveriam prestar serviços aos senhores feudais (BOISSONNADE, 1927 apud FEDERICI, 2017, p. 49).

Outrossim, era permitido o trabalho de mulheres nos campos, as quais poderiam comercializar os produtos excedentes colhidos nas hortas. Segundo Silvia Federici (2017, p. 52), as mulheres servas não eram tão dependentes dos homens da família, salvo a autoridade do senhor feudal, o qual possuía controle da vida profissional e particular dos servos; porquanto, o senhoril detinha o direito do *ius primae noctis*, ou seja, a concessão da primeira noite de núpcias com a futura esposa do servo.

Em divergência com a expectativa da feminilidade atrelada à maternidade e ao lar, no que se refere às mulheres servas, ocupavam um espaço público na sociedade e principalmente no mercado de trabalho, usufruíam de autonomia para o auto sustento e de suas crianças. Com

11 A ideia atrelada à fragilidade feminina é trazida por Rosângela Peixoto Santa Rita (2006), no contexto referente às divisões das penitenciárias femininas e as masculinas, uma vez que as mulheres eram submetidas às “purificações” para retornar a sociedade, justamente pelo ideal construindo no decorrer dos tempos sobre a mulher ser frágil e dócil.

12 Sabe-se da existência de outros tempos históricos de autonomia da mulher, como em algumas tribos indígenas, entretanto nesses estudos parte-se da idade média.



relação ao modo de produção da época, predominantemente, às mulheres, incumbiam a responsabilidade pela manufatura, considerada a renda das mesmas e de suas crianças (ALVES; PINTANGUY, 1982, p. 17).

Constata-se que a identidade feminina das servas, nos séculos iniciais da Idade Média, desencadearam a luta, a força e a união das mulheres em busca das igualdades de gênero para o livre acesso aos espaços públicos e, especialmente, no mercado de trabalho. Fica claro que a mulher desempenhou atividades juntamente aos homens, sem medir esforços para o reconhecimento de sua capacidade como indivíduo singular e, principalmente, independentemente dos patriarcas da família, como se observa:

[...] as relações coletivas prevaleciam sobre as familiares e que a maioria das tarefas realizadas pelas servas (lavar, fiar, fazer a colheita e cuidar dos animais nos campos comunais) era realizada em cooperação com outras mulheres, nos damos conta de que a divisão sexual do trabalho, longe de ser uma fonte de isolamento, constituía uma fonte de poder e de proteção para as mulheres. Era a base de uma intensa sociabilidade e solidariedade feminina que permitia às mulheres enfrentar os homens, embora a Igreja pregasse pela submissão e a Lei Canônica santificasse o direito do marido de bater em sua esposa (FEDERICI, 2017, p. 53).

Em outras palavras, para que as servas pudessem prestar serviços fora do domicílio de suas famílias, algumas mulheres desempenhavam funções de cuidadoras de crianças nos espaços comunais (FEDERICI, 2017, p. 53), para que as demais buscassem o próprio sustento nas terras dos senhores feudais, por outro lado garantindo o bem-estar de suas crianças. Todavia, é notável a união das mulheres servas para garantir os seus espaços no meio social, sobretudo a manutenção da independência feminina.

Com o aumento significativo dos impostos, as comunidades de servos iniciaram o êxodo rural¹³, porém, com o impremeditado crescimento dos centros urbanos em um lapso temporal curto, o mercado de trabalho não estava capacitado para tamanha ampliação. Indubitavelmente, ocorreu um acerbado desemprego e pobreza. Devido à insuficiência financeira para arcar os custos nas cidades, as mulheres solteiras ou viúvas compartilhavam moradias (FEDERICI, 2017, p. 63-64).

As mulheres com condições suficientes dedicavam suas vidas para a educação e ocuparam, da mesma maneira, os mercados de trabalho dos centros urbanos, como ferreiras,

13 Nota-se que com o aumento dos impostos, os servos necessitaram sair dos campos dos senhores feudais em busca de melhores condições de sustentabilidade nas cidades, o qual gerou um aumento significativo da população nos espaços urbanos.



açougueiras, padeiras e cervejeiras (SHARAR, 1983; KING, 1991 apud FEDERICI, 2017, p. 64). Por outro lado, as mulheres mais abastadas eram educadoras, médicas, cirurgiãs obstétricas e parteiras (FEDERICI, 2017, p. 64). Cabe salientar que as mulheres possuíam acentuada autonomia se comparado aos períodos posteriores da historicidade das mulheres.

Em meados do século XII, a Igreja Católica possuía certa influência sob a sociedade e o Estado. Em virtude desse poder atribuído à religião para as tomadas de decisões de governo, a preocupação central desta consistia em pregar o catolicismo para o povo e a manutenção do seu poder. Consequentemente, muitos movimentos sociais foram desencadeados contra o autoritarismo religioso pregado à sociedade, sendo que as minorias foram brutalmente perseguidas devido à rebeldia.

Dentre os movimentos sociais marcantes para o desencadeamento das lutas contra a autoridade da Igreja, e principalmente as desigualdades sociais e de gênero, estão os movimentos hereges, o qual “denunciou as hierarquias sociais, a propriedade privada e a acumulação de riquezas, e difundiu entre o povo uma concepção nova e revolucionária da sociedade” (FEDERICI, 2017, p. 70). Haja vista que foram brutalmente perseguidos pelo catolicismo, devido suas ideologias revolucionárias, as quais encaminharam para punições físicas por meio da Santa Inquisição¹⁴.

Em síntese, as mulheres consideradas singulares e autônomas, durante os primórdios da Idade Média, passaram a ser completamente controladas pelo Estado¹⁵. Fica clara a preocupação da Igreja com os saberes femininos e a posição ocupada pelas mulheres no meio social, sendo que, muitas vezes, estas sobressaiam aos homens. Em razão disso, os movimentos heréticos, não é exagero dizer, são o estopim para o desenrolar das caças às bruxas.

Branca Alves e Jaqueline Pintaguy (1982, p. 20-21) denominam o atroz episódio de perseguições às bruxas como genocídio feminino. Constata-se que as torturas e os assassinatos

14 Sabe-se que com a promulgação do direito canônico, as formas de punições impostas pela Igreja consistiam em castigos que atingissem os corpos dos culpados, conhecida como Santa Inquisição.

15 Durante o êxodo rural, sucedeu a preocupação com o crescimento da população e a reprodução dos camponeses. Em razão do desemprego e da pobreza, as mulheres utilizavam de meios naturais para a prevenção de gravidez e aborto, consequentemente desencadeava uma futura diminuição da população. Assim, a autonomia do corpo feminino tornava-se um problema para o Estado.



decorreram do receio masculino de perder a dominação do poder sobre as mulheres, visto que as feiticeiras e curandeiras possuíam um vasto conhecimento sobre as curas do corpo humano. Fica claro que as mulheres-bruxas estavam conquistando lugares no mundo da ciência, porém era um universo privativo do homem.

Na ausência de métodos científicos sobre medicina na época, mulheres sábias utilizavam dos remédios advindos da própria natureza para realizar curas do corpo. Com a chegada de epidemias através de viajantes, até mesmo as famílias com posse aquisitivas maiores recorriam às curandeiras ou feiticeiras. O admirável conhecimento das curas do corpo - mesmo de forma escassa e precária - é visto pela primeira vez das mãos femininas, através de medicações realizadas à base de ervas e plantas, benzeduras e o parto doméstico.

Atualmente, as práticas de curas de doenças e ferimentos são indícios de ciência, no entanto, para os homens da Baixa Idade Média, era associado à bruxaria. Historicamente, os instrumentos para tornar a mulher acusada de bruxaria baseavam-se em meios testemunhais e confissões. As confissões passaram a ter uma importância ainda mais acentuada no julgamento das bruxas e feiticeiras. Antes de ocorrer as fogueiras, as autoridades locais revisavam o corpo despido da mulher, com anseio de encontrar um vestígio do demônio: pintas na pele, verrugas ou uma particularidade (THOELE apud GRAVIT, 2011).

Outrossim, todos os pelos do corpo, inclusive os da cabeça, eram raspados e, com uma fina agulha, tinham todos os orifícios do corpo espetados em busca de qualquer sinal do demônio. Para comprovar a inocência do crime de bruxaria, os carrascos as estupravam para verificar a virgindade. Diante das bárbaras torturas, se a mulher não confessasse, eram submetidas às ordálias: guilhotinas, suplícios. Não obstante, nas brutais torturas, as filhas das bruxas eram obrigadas a assistir ao espetáculo para que servisse de lição (FEDERICI, 2017, p.333-334).

Nesse momento, as punições abrangiam um espaço muito maior de bruxas: parteiras, curandeiras, idosas, mendigas, dentre outras, haja visto que a independência feminina e os conhecimentos avançados para a época amedrontavam aos homens e principalmente as autoridades religiosas. A independência e os saberes femininos se destacavam em um tempo em que as crenças religiosas possuíam valores maiores em comparação aos avanços das grandes descobertas.

Nitidamente, a obscuridade que o parto significava para a sociedade da época comprova os saberes femininos sobre o corpo humano e as ciências médicas e, ao mesmo tempo, a



descrença nas mesmas. Observa-se que não existe relatos de uma competição de homens e mulheres na profissão de parteira, justamente pela crença do parto com os mandamentos do demônio.

Conforme Michael Baigent e Richard Leigh (2001, p. 71), existia uma crença quando ocorria da criança nascer morta, com deficiências físicas ou mentais, a parteira teria oferecido o corpo do recém-nascido ao demônio. Atribuía-se a explicação devido à rivalidade existente entre os padres que possuíam rituais e magias divinas, enquanto as parteiras, as quais eram mulheres não confiáveis, praticavam o binômio mistério e a maldade, segundo os relatos dos padres.

Coincidentemente, as práticas de rituais e sobrenaturais eram exercidas por ambas as figuras principais da época: as bruxas e os padres. Em contrapartida, a mulher era julgada por seus atos de curandeirismo e crenças místicas, enquanto o homem, na identidade de padre, era adorado pelo povo, autoridade máxima de poder e visto como uma divindade na terra.

Dessa maneira, a mulher ocupa o banco dos réus para comprovar a sua capacidade intelectual, ainda que fosse necessário confessar inverdades e ter o próprio corpo ardido em chamas. Com a interferência do Direito Canônico na vida privada e nas formas de punições, as mulheres foram as principais vítimas de tamanha crueldade e foram submetidas ao processo de domesticação do corpo e dos saberes femininos.

Domesticação do corpo feminino pelo direito canônico

A domesticação do corpo feminino foi uma necessidade encontrada pelas autoridades religiosas para assegurar o seu próprio poder e, coincidentemente, manter os homens em posição de superioridade frente às mulheres. Com isso, o que acarretava amedrontamento aos religiosos era precisamente o meio em que as mulheres estavam inserindo-se com a saída do campo para os centros urbanos.

Em razão disso, as punições femininas não consistiam em cumprimento de pena privativa de liberdade, como eram impostas aos homens, uma vez que, no entendimento das autoridades religiosas, as mulheres deveriam retomar os valores morais perdidos por meio de ensinamentos religiosos e de atividades domésticas, e não representavam periculosidade para a sociedade e para o Estado.

No que diz respeito ao período conhecido como êxodo rural, muitas famílias de servos encontraram nas cidades um recomeço de suas vidas sem a exploração dos senhores feudais e a quitação de altos impostos cobrados pela utilização de seus campos. Todavia, com o



crescimento exacerbado da população em um curto período, a situação financeira desses indivíduos era precária. Muitas mulheres assumiam atividades domésticas em residências de famílias ricas para desembolsar o autossustento e de suas crianças.

Conforme Federici (2017, p. 103-104), as mulheres solteiras e pobres sofriam crimes de estupro por parte de grupos de jovens rebeldes, o qual era descriminalizado pelo próprio Estado. Fica claro que os estupros coletivos passaram a ser praticados ao anoitecer por jovens que invadiam as residências de mulheres sozinhas e as arrastavam pelas ruas das cidades. Constata-se que os praticantes dos estupros eram jovens ricos, enquanto as mulheres eram lavadeiras ou criadas.

No entanto, a descriminalização dos estupros por parte do Estado, assim como a omissão perante a população e a Igreja, evidenciam o descaso pelas mulheres sozinhas e pobres, as quais tinham a sua reputação ferida pelos crimes cometidos por jovens ricos, visto que estes saíam ilesos da situação; por outro lado, às mulheres vítimas dos estupros, restava a mudança de cidade ou a prostituição (ROSSIAUD, 1988 apud FEDERICI, 2017, p. 104).

Evidentemente, em um cenário que os bons costumes e a moral era a base da sociedade predominantemente católica, as convicções e os julgamentos das mulheres solteiras e pobres, que foram vítimas dos crimes de estupro, desencadearam uma repressão feminina. Nitidamente, as mulheres não sofriam apenas pela violência, mas também pelas punições da sociedade e do Estado, devido a omissão por ambos de tamanha crueldade.

Para controlar as atrocidades cometidas com mulheres humildes e trabalhadoras, a partir do século XII, o Estado toma a iniciativa de legalizar os bordeis municipais, com a justificativa de conter os jovens rebeldes ricos praticantes dos estupros de mulheres sozinhas; da mesma forma que o Estado pretendia também evitar a expansão do homossexualismo. Além disso, a prostituição passou a ser legalizada pelo próprio município, posto que as mulheres poderiam abordar homens, inclusive no interior das Igrejas, já que esta considerava a atividade lícita (FEDERICI, 2017, p. 105-106).

Indubitavelmente, o Estado e a Igreja acentuaram a desvalorização da identidade feminina, as quais passaram a ser contestadas devido as suas honras. A mudança do campo para o espaço urbano tornou a mulher submissa não exclusivamente ao patriarcado, como também ao Estado. Da mesma forma, a figura feminina passou a ser invisível aos olhos dos homens e autoridades e, igualmente, os saberes das mulheres, referentes às ciências, passaram a ser questionados e vinculados ao demônio.



Durante a Revolução Industrial da Inglaterra, ocorreu uma modificação na economia e na tecnologia do mundo. Em contraste, ao mesmo tempo em que muitas evoluções aconteciam pelo mundo, em um cenário invisível desenrolava a regressão na independência feminina. Não obstante, a mulher passou a ser atrelada ao matrimônio, à maternidade e ao lar, dependendo financeira e psicologicamente do patriarca, nesse entendimento:

No século XIX – como resposta ao primeiro ciclo intenso de lutas contra o trabalho industrial – que a “família moderna”, centrada no trabalho reprodutivo, em tempo integral e não remunerado da dona de casa, se generalizou entre a classe trabalhadora, primeiro na Inglaterra e, mais tarde, nos Estados Unidos. Seu desenvolvimento (após a aprovação das Leis Fabris, que limitavam o emprego de mulheres e de crianças nas fábricas) refletiu o primeiro investimento de longo prazo da classe capitalista sobre a reprodução da força de trabalho, para além de sua expansão numérica. Foi resultado de uma permuta, forjada sob a ameaça de insurreição, entre a garantia de maiores salários, capazes de sustentar uma esposa “não trabalhadora”, e uma taxa mais intensiva de exploração (FEDERICI, 2017, p. 195-196).

Ante o exposto, com as desigualdades de gêneros, sobreveio a criminalidade feminina, principalmente no que diz respeito às mulheres solteiras e pobres. Cabe salientar a frequente vinculação social entre a mulher criminoso e a desonrada. Em outras palavras, as mulheres com a má reputação - sem chances de arranjar um casamento ou abandonadas pelas próprias famílias - eram acolhidas pela prostituição e pelo crime. Ademais, não existiam penitenciárias especificamente para mulheres, cabia então à Igreja exercer o papel de domesticadora de criminosas.

Em contrapartida, a Igreja Católica exercia justamente a função de educadora e reguladora de valores, crenças e moral das mulheres. Salienta-se a preocupação da mesma em permanecer com o poder hierárquico perante a sociedade e o Estado, mesmo após um vasto período de barbáries, principalmente com o gênero feminino. Nesse contexto, a preocupação social era corrigir as mulheres em um viés de ausência de virtudes religiosas e sociais.

No que se refere às formas de punir, diferentemente do que ocorria na Inquisição e posteriormente nas caças às bruxas, em que as autoridades de justiça utilizavam de sofrimentos físicos de homens e mulheres para aplicação de penas, no século XIX, os instrumentos de cumprimentos de pena foram substituídos por isolamentos físicos em estabelecimentos prisionais criados exclusivamente para homens.



De acordo com Angela Teixeira Artur (2017, p. 40), somente no ano de 1940, com o advento do Código Penal, nos estabelecimentos prisionais, que anteriormente estruturavam-se com celas compartilhadas para homens e mulheres, ocorreu a previsão para a devida separação por gênero. Assim sendo, a primeira penitenciária brasileira feminina foi fundada no Estado de São Paulo no ano de 1942 e era administrada exclusivamente por freiras da Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor de Angers.

Em síntese, o catolicismo aspirava pela manutenção da ordem feminina nas penitenciárias gerenciadas pelas freiras. Salienta-se que o embasamento dos cumprimentos de penas não se assemelhava aos existentes nos dias atuais. Nos anos 1942, as freiras executavam coercitivamente a domesticação feminina não com o objetivo de ressocialização das mulheres para o espaço social, mas para os trabalhos domésticos, os quais consistiam em “lavar e passar roupas, por vezes a jardinagem, e também pequenas oficinas de costuras, alfaiataria e tecelagem” (ARTUR, 2017, p. 112).

No que se refere à domesticação executada pelas freiras das Congregações, almejavam formar damas, educadas, prendadas, predominantemente católicas¹⁶ e de boas índoles. Assim, as mulheres eram totalmente preparadas para serviços domésticos e para um futuro matrimônio formal regido pelas crenças cristãs, de acordo com a expectativa da sociedade e do Estado. Nitidamente, caso a mulher domesticada não conseguisse um casamento, seu destino era traçado a ser religiosa ou ao emprego doméstico, visto que as famílias não as aceitavam novamente.

Em síntese, desde os primórdios, a mulher sempre foi duplamente punida. Primeiramente pela condição de ser mulher e, após, pela imposição de submissão ao patriarca da família. Quando desviada de suas funções de doméstica ou de mãe, era considerada demonizada, criminosa ou prostituta. Isto é evidente e corroborado pelo Direito, no teor do Código Civil de 1916, em que o adultério para mulher era considerado crime; em contrapartida, sem previsão alguma para o crime de adultério masculino, como se observa:

[...] A prisão reflete um cenário de desigualdade social, discriminação e seletividade do sistema de justiça penal, que acaba punindo grupos mais vulneráveis social e economicamente, e a mulher se insere nesse contexto antes da fase processual e após a sentença transitada em julgado (SANTA RITA, 2006, p. 49).

16 Por tratar-se de instituições administradas por freiras, as mulheres prisioneiras ficavam submissas as práticas de estudos religiosos.



Em suma, referente à prisão feminina, não há apenas o envolvimento da condenada, existe também a punição dos filhos e o abandono efetivo e material das próprias famílias. Como supracitado, a mulher é duplamente punida, devido à inexistência da expectativa sobre criminalidade desta. Da mesma maneira, o estereótipo formado pelas sociedades primordiais sobre a doçura e a fragilidade feminina ainda é perceptível nos dias atuais. Após realizada a história da demonização e domesticação das mulheres, passar-se-á a abordar sobre as crianças do cárcere.

CRIANCAS DO CÁRCERE: A MATERNIDADE NO REGIME FECHADO

O sistema prisional brasileiro foi planejado e estruturado especificamente para o cumprimento de penas privativas de liberdade dos homens. Com a divisão das penitenciárias femininas e masculinas, os estabelecimentos necessitaram urgentemente de improvisos para acolher as mulheres e crianças. Hoje o cenário brasileiro encontrado no encarceramento feminino ainda é de tamanha precariedade de recursos básicos, tendo em vista que as mães e suas crianças são submetidas à indignidade. Outrossim, são poucas as penitenciárias brasileiras que atualmente abrangem estruturas especializadas para acolher as mães e seus filhos. Nesse sentido, a maternidade em regime fechado resultará em possíveis problemas tanto para a genitora quanto para o bebê, tendo em vista que os primeiros meses de vida são os mais importantes para ambos.

Diante disso, para que a criança garanta o direito da amamentação e principalmente o contato com a mãe, durante, no mínimo, os primeiros 06 (seis) meses de vida, existe a necessidade da privação de liberdade do bebê em solidariedade à genitora. Com isso, os possíveis problemas enfrentados por esta, durante a permanência no cárcere, desencadeiam a dupla punição da criança, a qual saíra do cárcere com inúmeros vestígios da violência institucionalizada.

A dupla punição da criança encarcerada

Ao abordar assuntos relacionados, como o desenvolvimento físico e intelectual das crianças, principalmente no que diz respeito à primeira infância, tratam-se inúmeras incertezas. Cientificamente, não existem respostas sobre as melhores formas de desenvolvimento de um bebê, justamente pela ausência de comunicação com o mesmo. Por outro lado, existe a necessidade da presença materna e paterna, alimentação adequada e ambiente sadio para o crescimento da criança.



Em razão do crescimento da população carcerária feminina brasileira nos últimos anos, com predominância de mulheres lactantes, gestantes ou com recém-nascidos¹⁷, demanda-se, do Estado, instituições prisionais com estruturas adequadas, contendo berços, creches e assistência à pediatria em seu interior para o melhor acesso da mãe e da criança. Entretanto, o sistema carcerário brasileiro não é pauta de investimentos governamentais.

No entanto, a privação de liberdade da mãe fere da mesma maneira a futura autonomia do bebê, o qual não possui maturidade e capacidade para gozar do livre arbítrio, dependendo inteiramente das decisões dos genitores e, sobretudo, do Poder Judiciário, em razão da proteção dos Princípios do Melhor Interesse da Criança e da Prioridade Absoluta, assegurados pela Constituição Federal, em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora, da mesma maneira, sobre a proteção do Princípio do Melhor Interesse da Criança, tendo em vista a formação do tripé composto por princípios basilares do direito: “à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (Art. 15) (BRASIL, 1990). Em virtude disso, as crianças e adolescentes são protegidos pelo Princípio da Prioridade Absoluta, o qual é devidamente previsto pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que assegura os menores de idade como classes prioritárias para atendimentos básicos (Art. 227) (BRASIL, 1988).

Em contraposto, são poucas as penitenciárias brasileiras que oferecem à mãe e à criança um ambiente sadio para o convívio essencial nos primeiros meses de formação do essencial vínculo afetivo. Dentre as desencadeadoras instituições prisionais para efetivo processo de

17 O Conselho Nacional de Justiça, (2018) apurou dados de 34 instituições prisionais femininas brasileiras, e constatou que 19 penitenciárias abrigam mulheres com os seus filhos, totalizando em 181 o número de crianças que vivem no cárcere feminino atualmente.



socialização materna, está a penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre/RS¹⁸. Em contraposto, a realidade brasileira não dispõe especificamente de ambientes especializados para o desenvolvimento das crianças detrás das grades. A significativa maioria das penitenciárias femininas é composta de celas superlotadas, conseqüentemente, as mães e os seus bebês utilizam o chão frio e sórdido para adormecer.

No interior das celas, as violências verbais e físicas normalmente são corriqueiras entre as próprias acusadas e os funcionários do sistema prisional, principalmente em ocorrências de rebeliões. As grávidas, lactantes e as crianças são expostas à tamanha situação, quando não são envolvidas em cenas de violências. Nana Queiroz (2018), em reportagem para a Revista Superinteressante, expõe um relato sobre uma jovem agredida por um policial militar enquanto em seus braços carregava seu bebê, o qual foi golpeado na região do olho.

Em entrevista com a jovem mãe sobre as conseqüências psicológicas enfrentadas pela criança de apenas 01 (um) ano de idade, é exposto que as emoções de afetividade não são mais demonstradas como anteriormente (QUEIROZ, 2018). Por conseguinte, há o contato da criança e do nascituro com a criminalidade, desviando-os da benevolência e dos valores morais esperados da pureza infantil, nesse sentido:

Tampouco é novidade que para além da incompetência do Estado brasileiro tende a não conseguir atender a outro âmbito normativo, de prioridade constitucional, relevando-se, nesse contexto, a sua mais absoluta omissão, até agora silenciada antes as especificidades de suas vítimas, porque crianças não falam, não votam, não questionam, mas choram e sofrem (VIEIRA; VERONESE, 2016, p. 77).

No âmbito da Psicologia, existem inúmeros estudos acadêmicos e pesquisas sobre o fenômeno conhecido como transmissão intergeracional. No entendimento de Vinicius Oliveira dos Santos e Mercês Sant’Anna Ghazzi (2012, p. 640) sobre o assunto, a herança recebida pela criança no advento do nascimento não se dá apenas aos genes recebidos pelos pais e demais antepassados, mas também de experiências marcantes ocorridas no vínculo familiar, sejam elas simbólicas ou não.

Além disso, para os autores existe uma diferenciação entre transmissão transgeracional e intergeracional, sendo que a última é “entendida como um trabalho de ligações e

¹⁸ Segundo o Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018, os filhos de mulheres presas da penitenciária feminina Madre Pelletier, em Porto Alegre/RS, são devidamente acompanhados pelo Programa Primeira Infância Melhor, durante os primeiros 05 (cinco) anos de idade.



transformações, no qual a passagem de uma geração à outra é acompanhada por uma modificação daquilo que é transmitido” (SANTOS; GHAZZI, 2012, p. 641-642).

Ante o exposto, as crianças encarceradas, evidentemente, adquirem péssimas experiências de convivência ligada à figura materna no interior das grades prisionais. Assim como, mesmo de forma inconsciente, o sentimento de rejeição e de descaso por indivíduos que são duplamente punidos: pela desventurada coincidência de nascer no sistema prisional brasileiro e a descrença do Estado juntamente a sociedade sobre um futuro próspero para as crianças do cárcere, é existente.

Explicitamente, direitos líquidos e certos da criança e da mãe são infringidos no interior das grades. Por conseguinte, inúmeras prisioneiras entram em trabalho de parto prematuramente devido ao esgotamento emocional vivenciado no cárcere. No momento mais importante da vida da mulher, a exigência de tratamento humanizado, os carecidos direitos fundamentais da mãe e da criança são silenciados, visto que a privação de liberdade vai além da pena imposta pela Lei de Execução Penal.

Conforme Vieira e Veronese (2016, p. 186), sobre a assistência médica pediátrica no interior das instituições prisionais: “como regra, feito em caráter emergencial, em hospitais ou postos de saúde próximos ao estabelecimento penal em que está a criança, não sendo oferecido acompanhamento pediátrico nenhum no interior dos presídios”. Para as autoras, mesmo salientando a necessidade do aleitamento materno nos primeiros meses de vida, o risco que a criança está submetida ao ambiente carcerário se sobressai.

Não obstante, as experiências são transmitidas da mãe para a criança durante os primeiros meses de vida no interior das celas, ambas são privadas do convívio com os demais familiares, fator de suma importância para o desenvolvimento do bebê. Isto posto, inúmeras acusadas são transferidas para instituições prisionais distante das localidades dos familiares, sendo inviável o acompanhamento de visitas em vista das condições econômicas dos envolvidos, como é corroborado:

[...] além do fato de mãe e filho estarem inseridos em arcabouços jurídicos diversos, jamais se pode perder de vista que o nascituro não cumpre pena, não estando, portanto, sujeito aos ditames da Lei de Execução Penal. Ambos, mãe e filho concebido, estão sob responsabilidade do Estado, exigindo-se, nesse contexto, uma análise jurídica que leve em consideração as necessidades e os direitos da criança que vai nascer ante o Estado, a mãe, os familiares e a sociedade (VIEIRA; VERONESE, 2016, p. 166).

Diante do exposto, deve ser constatada minuciosamente a proteção do Princípio do Melhor Interesse da Criança, salientando que não raras vezes o comportamento da mulher prisioneira é positivamente transformado na presença de seus bebês, assim como o anseio da



liberdade para a reconstrução da vida familiar. Cabe salientar que, por inúmeras vezes, as prisioneiras perdem suas moradias pelo não pagamento de alugueis e os demais filhos são despejados do próprio lar, cabendo ao Poder Público interferir quanto ao destino destes.

Por mais retrógrado que pareça, as mulheres prisioneiras são vistas ainda como desonradas e com a reputação arruinada, igualmente ocorria em meados do século XIX, com as mulheres solteiras e pobres. Fica clara a despreocupação dos familiares da mulher presa e da criança em prestar solidariedade afetiva e financeira, como corrobora a Carta Magna sobre o dever da família, da sociedade e do Estado de proteção à criança, como já supracitado em seu disposto art. 227 (BRASIL, 1988).

No entanto, as grades do sistema prisional não são apropriadas para crianças, visto que há proliferação de doenças, ausência de higiene e riscos de violências verbais e físicas. Além disso, a criança não possui a chance de ser criança, visto que, infelizmente, nasceu para compartilhar uma pena que não cometeu em solidariedade a sua genitora. A sobrecarga do menor de idade nascido no cárcere é tão grande ou ainda maior do que da própria prisioneira.

O encarceramento feminino gera um retrocesso das presas em razão da perda das responsabilidades, não apenas no papel de mãe e chefe de família, mas inclusive como mulher, visto que são submetidas à infantilização e vitimização, uma vez que o Poder Judiciário assume as decisões de suas vidas e de suas famílias. Dessa maneira, a mulher prisioneira passa por um processo chamado de institucionalização (VIEIRA; VERONOSE, 2016, p. 71-72).

Coincidentemente, o sistema prisional brasileiro feminino reporta sobre a domesticação das mulheres pelo catolicismo, enquanto remete a incapacidade de arcar com os riscos, bem como os cuidados com seus filhos. Assim, o cárcere privado não corrobora para a ressocialização materna, bem como para o desenvolvimento sadio da criança, tendo em vista que, muitas vezes, as decisões judiciais implicam no rompimento prematuro do vínculo da criança com a mãe prisioneira, para oferecer melhor oportunidade ao desenvolvimento do menor de idade com os pais e familiares ou em casas provisórias.

Das grades do cárcere às casas provisórias

Na visão de Queiroz (2018), a qual conviveu com as mães e crianças no interior das penitenciárias brasileiras e abordou sensíveis relatos sobre a infeliz realidade do cárcere feminino, assevera-se sobre o contraditório: “o direito de estar preso com a mãe é uma conquista dos bebês brasileiros. Naturalmente, viver numa cadeia não é a infância ideal, mas especialistas têm debatido o tema por ano e concluído que é melhor nascer preso do que sem mãe”.



Em contraposto, mesmo com o fortalecimento do vínculo com a amamentação e o convívio com a mãe - visto como uma fonte de apoio para a acusada resistir a reincidência na criminalidade, ambos estão propícios à proliferação de doenças; bem como uma alimentação inadequada da genitora, a qual é repassada ao bebê através do leite materno. Outrossim, fere a expectativa da infância saudável quando vivida no interior das grades prisionais, nesse contexto:

O poder familiar, nascido como instituto de direito privado, vem, contudo, sofrendo transformações, fazendo públicas as funções do pai e da mãe, antes concebidos como internos e privados da família. De fato, ao impor aos pais o poder de assistir, criar e educar os filhos, o art. 229 da Constituição Federal transforma em públicas as funções dos pais, apoderando-se o Estado do poder de fiscalizar o seu exercício, podendo suspendê-lo¹²¹ ou retirá-lo¹²² (sic) de seus titulares nas hipóteses de abuso (VIEIRA; VERONESE, 2016, p. 146).

Entretanto, há a premissa de que a educação e os cuidados das crianças são realizados unicamente pelos pais. Posto que, diante de agressões, sejam elas físicas ou verbais, em público ou no interior das residências, a sociedade não toma iniciativa em defesa dos menores. Isso ocorre justamente pela crença de que a educação dos filhos é cabível somente aos pais, a qual foi adquirida como herança história desde o absolutismo dos patriarcas. Por outro lado, atualmente, é indispensável zelar pela proteção do melhor interesse da criança.

No que se refere às crianças do cárcere, a proteção dos familiares e principalmente do Poder Judiciário carece ser duplicada devido à inocência infantil. Como são apontados por Vieira e Veronese (2016, p. 187), estudos científicos de neurociência comportamental e social das crianças apontam que o cérebro da criança nos anos iniciais está em processo de desenvolvimento e os acontecimentos no decorrer afetam de maneira significativa a saúde física e mental da criança e posteriormente na fase adulta.

Dessa maneira, a base familiar da criança nos primeiros anos de vida implica diretamente em ter uma convivência saudável com os familiares, em um ambiente tranquilo e aconchegante para repouso e aprendizagem e, principalmente, o contato excepcional gerado pela amamentação, a qual importa no desenvolvimento do sistema imunológico da criança, assim como benefícios a longo prazo não apenas para o bebê como também para a mãe. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora:

Art. 8. É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990).

No que tange à Resolução nº 3, de 15 de julho de 2019, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), o texto prevê o direito da criança de permanecer com a mãe



nas instituições prisionais femininas no mínimo até 01 (um) ano e 06 (seis) meses (Art. 2º). Para que a criança de até 02 (dois) anos permaneça na instituição com a mãe, obrigatoriamente deverá haver estrutura com “berçários de até quatro quartos, banheiras infantis, área de lazer e abertura para área descoberta para as mães e crianças” (Art. 5º).

Outrossim, as crianças com mais de 02 (dois) anos e até os 07 (sete) anos de idade poderão permanecer “junto às mães na unidade prisional desde que sejam em unidades materno-infantil, equipadas com dormitório para as mães e crianças, brinquedoteca, área de lazer, abertura para área descoberta e participação em creche externa” (Art. 6º). Em contraste, as exigências da Resolução nº 3, de 2009, são atípicas da realidade brasileira, posto que as penitenciárias femininas não são prioridades governamentais. Conseqüentemente, acarreta um descaso com a população carcerária e suas crianças.

Na realidade brasileira, prevalece o rompimento do vínculo¹⁹ da mãe e da criança logo no primeiro ano e seis meses de vida ou quando não é realizado prematuramente após o parto. Porquanto, o legislador assegura que, nos casos em que a mãe se encontra em cumprimento de pena privativa de liberdade, o direito da criança, em um primeiro momento, é de permanecer com a família natural, ou seja, o pai, irmãos e avós maternos e paternos (Art. 25) (BRASIL, 1990).

Ademais, no caso de a criança possuir família natural, é dispensável a permanência desta no cárcere privado juntamente com a mãe, uma vez que as instituições prisionais brasileiras não estão preparadas para abrigar as prisioneiras e suas crianças. Cabe salientar que é basilar o contato materno-infantil durante os primeiros meses de vida da criança, mas os direitos fundamentais destas não podem ser violados pelo fato de que não possuir capacidade plena para dispor sobre os mesmos, dado que, na prisão dos pais, caberá ao Judiciário a árdua decisão do destino das crianças.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora que: “as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: [...] II. por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis”

19 Segundo o Banco de Dados, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) colhidos no ano de 2018, no total de 19 (dezenove) instituições prisionais que abrigam crianças durante a privação de liberdade da mãe, 50% estipulam o prazo de até 06 (seis) meses para a criança permanecer juntamente à mãe nos estabelecimentos.

(Art. 98, inciso II) (BRASIL, 1990). Em razão disso, o Judiciário poderá entender que o melhor interesse para a criança não é a permanência com a família natural, nesse entendimento:

A norma legal reserva a colocação da criança ou adolescente em família substituta adotiva como a última alternativa dentre as políticas voltadas ao atendimento de seus interesses. Assim, a primeira possibilidade protetiva da criança filho/a de mãe encarcerada é permanecer em companhia de seu pai e irmãos. Essa hipótese não apresenta grandes discussões jurídicas. O feixe de direitos e deveres emanados da relação paterno-filial que devem ser exercidos a fim de primordialmente os interesses da criança – afirmação que por si define o instituto familiar – assegura a proteção a essa criança. Entretanto, o Estado desempenha um papel fundamental com relação a essa família, devendo prestar-lhe toda a assistência para que sejam respeitados e priorizados os direitos e interesses das crianças (VIEIRA; VERONESE, 2016, p. 204).

Assim, a melhor solução encontrada pelo legislador em casos de impossibilidade de a criança permanecer nas famílias naturais é o encaminhamento para casas substitutas até a liberdade da mãe ou do pai e, em última hipótese, o direcionamento para a adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu disposto artigo 101, assevera que as medidas a serem tomadas serão o acolhimento institucional, a inclusão em programa de acolhimento familiar ou a colocação em família substituta (BRASIL, 1990).

Não obstante, com relação à prisão de ambos os genitores da criança nascida no cárcere, é significativo o número de mães²⁰ portadores de doenças sexualmente transmissíveis. Sendo incabível ao Estado assegurar a guarda das crianças para indivíduos que carecem por cuidados e tratamentos preventivos especializados para cada caso particular. Assim sendo, o risco do contato dos menores de idade com a criminalidade é ainda maior, uma vez que estes seguem os exemplos das mães.

O Estatuto de Criança e do Adolescente corrobora sobre o acolhimento institucional ou familiar para as crianças que sofrem de abandono ou violação de seus direitos fundamentais, sendo uma medida provisória para a ocorrência da transição para a reintegração familiar. Também, os familiares poderão participar deste processo caso haja interesse sobre a guarda da criança (Art. 101, §§ 1º e 7º) (BRASIL, 1990).

No entendimento de Vieira e Veronese (2016, p. 206), quando não existe a possibilidade de a criança permanecer com o pai, é de praxe que a avó materna assumas as responsabilidades dos menores. No mesmo sentido, a figura da avó materna é muito presente quando diz respeito

20 Conforme o Banco de Dados do Ministério de Justiça, do Departamento Penitenciário Nacional sobre Mulheres Encarceradas, organizado por Thandara Santos, colhidos no ano de 2014, 46,9% da população carcerária feminina é portadora do vírus da HIV (Imunodeficiência Humana) e 35% com sífilis.



à prisão da mulher, visto que ainda é presente o abandono afetivo e financeiro por parte dos pais e dos maridos.

Isto é elencado nas filas de visitas dos presídios femininos e masculinos, no qual há um predomínio de esposas, filhas e mães, devido à tamanha fidelidade do gênero feminino com os erros e acertos do homem da família. Diante disso, no encarceramento de mulheres, não é exagero em dizer que as prisioneiras são abandonadas pelos familiares, principalmente por questões econômicas (SANTA RITA, 2006, p. 120).

Evidentemente, mesmo que a permanência da criança do cárcere ocorra por um lapso de tempo curto, os efeitos causados para a mesma serão carregados além da primeira infância, justamente pelos fenômenos de transmissão psíquica transgeracional e intergeracional. Claudia Stella (2009, p. 297) assevera que, no âmbito da Psicologia, a socialização primária “adquire o devido destaque na constituição da personalidade dos indivíduos, na qual tem influência não só as posturas dos adultos significativos, bem como na cultura na qual estes adultos e as próprias crianças serão inseridos”.

Diante de tamanhas injustiças e desrespeitos passados pelas crianças nascidas no cárcere, as famílias substitutas ou a própria adoção parecem ser os meios mais saudáveis para o crescimento e aprendizagem das crianças encarceradas, as quais não foram apresentadas oportunidades fora da criminalidade, uma vez que desde o seu nascimento foram violados seus direitos fundamentais. Além do mais, estas crescem observando o comum descaso do Estado com a dignidade de suas mães no sistema prisional.

No interior das penitenciárias, as únicas testemunhas são as próprias presas e suas crianças, as quais não possuem a conscientização da realidade, mas no subconsciente o desrespeito consigo e com suas mães faz-se presente, uma vez que, na maioria das instituições prisionais brasileiras, não existe assistência médica adequada para ambos. Os direitos básicos, como a saúde e a educação, são esquecidos por aqueles que carecem apenas pelo cumprimento de pena das criminosas, visto que submetem as mulheres e as crianças à violação de direitos líquidos, nesse contexto:

Ao senso comum é reservada a problemática interna do cárcere, da violência, da violência sexual, as humilhações, as condições materiais precárias e insalubres, muito mais resultado da administração, da operacionalidade, do que das brechas do discurso jurídico-penal, ou da própria história de formação da prisão. Há a realidade de questões que se tornam latentes ao reiterar o papel da mulher (BUGLIONE, 2000, p. 10).

Em suma, as crianças do cárcere permaneçam ao esquecimento perante a sociedade e o Estado. Em contraste, há uma crença sobre predisposição dos menores de idade para



criminalidade e aos entorpecentes ilícitos, devido à influência da violência institucionalizada somada aos desrespeitos com as garantias previstas na Constituição, de 1988, e na Resolução nº 3, de 2009. Isso submete ao surgimento de um obstáculo posto nas vidas destas crianças, as quais não obtiveram livre arbítrio para tomar as próprias decisões. Em razão disso, acabam permanecendo no esquecimento das grades do sistema prisional feminino.

O ESQUECIMENTO DAS CRIANÇAS DO CÁRCERE

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura às crianças proteção integral de direitos e interesses, uma vez que não possuem capacidade plena para dispor sobre os seus direitos fundamentais, os quais são cabíveis às famílias, à sociedade e ao Estado o dever de proteção (BRASIL, 1988). Por outro lado, o sistema prisional feminino viola as garantias constitucionais, visto que, desde o nascimento das crianças, não é assegurada dignidade.

Em outras palavras, o cumprimento de pena privativa de liberdade da genitora é imposto solidariamente à criança do cárcere, a qual habitua-se com cenários de violências. Por conseguinte, o esquecimento dos menores de idade que vivenciam o cárcere os torna carentes de afetividades, tendo em vista que são privados da liberdade de ser criança. Assim, o desenvolvimento da personalidade das crianças é diretamente atingido, dado que a inocência esperada na primeira infância é rompida pela violência institucionalizada.

Do silenciamento de direitos ao esquecimento das crianças do cárcere

Toda a criança após o seu nascimento possui o direito líquido e certo de obter uma Certidão de Nascimento realizada no Cartório de Registro de Pessoas Naturais. No caso de a criança não nascer no hospital, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) em seu disposto art. 54, § 3º assegura: “a Declaração de Nascido Vivo será emitida pelos Oficiais de Registro Civil que lavrarem o registro de nascimento, sempre que haja demanda das Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde para que realizem tais emissões” (BRASIL, 1973).

Conforme os dados do Conselho Nacional de Justiça (2018), em torno de 14,71% das crianças do cárcere não foram registradas logo após o nascimento. Dentre as motivações para a violação do direito líquido e certo dos menores está a ausência de um Oficial de Registro Civil no momento do nascimento e a demora da emissão do documento, o qual é realizado no prazo de 10 (dez) dias. Ademais, há a motivação explicitada pelas assistentes sociais de que as próprias mães rejeitam a realização do registro do bebê sem o nome do genitor.

Ademais, existe o dever de comunicação imediata aos Juízes sobre o nascimento de crianças cujas mães se encontram custodiadas em estabelecimentos prisionais, conforme



levantamento de dados do Conselho Nacional de Justiça (2018). Todavia, os casos de não comunicação ao Juizado e ao Conselho Tutelar são de aproximadamente 26,47%. Isto posto, cabe ressaltar que, dentre as instituições prisionais femininas, das quais não realizam a comunicação ao Juiz e ao Conselho Tutelar, encontra-se a Penitenciária Feminina Madre Pelletier em Porto Alegre/RS.

No que diz respeito à comunicação ao Juiz responsável da execução da pena sobre o nascimento das crianças, é cerca de 8,82% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). É gritante o número de mulheres que possuem o direito do cumprimento de pena em regime aberto em prisão domiciliar juntamente às suas crianças e permanecem no esquecimento das celas superlotadas com ausência de recursos básicos de saúde, alimentação e principalmente sem assistência jurídica devido o descaso estatal. Isso é corroborado pela Lei nº 13.769, em seu disposto art. 318-A:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I. não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II. não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (BRASIL, 2018).

Outrossim, com o término do período de amamentação da criança, a Resolução CNPCP nº 03, de 2009, estipula que os estabelecimentos prisionais executem um processo de separação entre a mãe e o bebê, com duração mínima de 01 ano e 06 meses. Além disso, serão asseguradas à criança visitas prolongadas à mãe com horários convencionais. Porém, as visitas serão reduzidas gradativamente tendo em vista a melhor adaptação da criança em novo lar (Arts. 2º, parágrafo único e 3º, alínea d) (CNPCP, 2009).

Em contraposto, não são exceções as instituições prisionais femininas e mistas brasileiras que pecam pela insuficiência de profissionais das áreas da psicologia²¹, uma vez que os poucos profissionais são temporários e/ou exercem atendimentos mensais ou trimestrais. Dessa maneira, torna o período de separação mais conturbado na vida das presas, e principalmente de suas crianças, as quais são as maiores vítimas do sistema prisional.

No entanto, a precária assistência à saúde básica no interior dos estabelecimentos prisionais brasileiros evidencia o esquecimento das minorias pelo Estado, sejam estas mulheres

21 De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça (2018), o número de profissionais da área da psicologia nos presídios femininos e mistos brasileiros são em torno de 01 a 02 profissionais por estabelecimento prisional.



negras, pardas, pobres ou crianças. Não há preocupação governamental em oferecer uma melhor qualidade de vida para as mães presidiárias e as crianças que estão em desenvolvimento no interior das penitenciárias, as quais carecem por dignidade, respeito e solidariedade para o enfrentamento do cumprimento pena privativa de liberdade da mãe, nesse sentido:

A realidade diagnosticada revela, também, que a execução penal feminina da pena privativa de liberdade não conhece o paradigma da Proteção Integral e, quando dá sinais que o conhece, demonstra, imediatamente, que não o compreende, levando a interpretações equivocadas. Em suma, a Proteção Integral não se traduz na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. O desconhecimento e, por vezes, a incompreensão do paradigma da Proteção Integral manifestam-se quando toda a discussão da realidade prisional em que se encontram crianças e mães passa pela análise somente dos direitos da mulher presa, ou quando se vê uma realidade de absoluta deficiência no atendimento pré-natal das presas grávidas, por ausência de médicos, remédios e locais de atendimento, sem preocupação alguma com a criança que vai nascer (VIEIRA; VERONESE, 2016, p. 220).

Ante o exposto, o direito de permanência da criança no cárcere no período de amamentação, no sentindo bem outorgado anteriormente pelas autoras, é amparo exclusivo da mãe, em virtude do nascituro ou recém-nascido não gozar da plena capacidade para adotar a melhor decisão. No entanto, as decisões judiciais não necessariamente auferem pelo melhor interesse da criança, uma vez que são proferidas decisões genéricas, ou seja, aquelas sem fundamentação do Magistrado, devido à crescente demanda do Judiciário nos últimos anos.

Por conseguinte, a violência institucionalizada sofrida pelas crianças do cárcere no sistema prisional brasileiro enseja implicações além da primeira infância, posto que a preocupação estatal e a imposição de medidas socioeducativas são exclusivas para as presas e não abrangem as crianças que vivenciam a infeliz realidade das penitenciárias femininas. Constata-se o esquecimento do Estado em solucionar os conflitos existentes logo nos primeiros meses de vida das crianças nascidas no cárcere.

Ademais, o prolongamento das deficiências causadas pela privação de liberdade das crianças do cárcere, além do período essencial para a amamentação, são aparentes até mesmo na vida adulta, devido à ausência de assistências oferecidas para as minorias do sistema prisional. Evidentemente, sem o auxílio dos familiares e sem oportunidades oferecidas pelo governo, a criminalidade é o meio mais acessível para abrigar aqueles que obtiveram os seus direitos fundamentais violados e desconhecem melhores condições de vida.

Nesse sentindo, o sistema prisional brasileiro não foi criado para abrigar mulheres, justamente pela escassez de recursos destinados a elas, como absorventes e papéis higiênicos extras. Conseqüentemente, não ocorreu planejamento para o atendimento de nascituros e recém-nascidos no interior das grades prisionais.



Em síntese, o esquecimento das instituições prisionais perante o Estado e a sociedade reflete não apenas no cumprimento de pena das inúmeras mulheres, mas também nas maiores vítimas do sistema prisional feminino, que são as crianças, as quais são privadas da convivência com os demais familiares. Conseqüentemente, os menores do cárcere associam a violência institucionalizada como uma situação do cotidiano, bem como desconhecem condições de habitabilidade dignas.

Da violência institucionalizada ao surgimento de novos criminosos

Com o crescimento da população prisional feminina, especificamente de mães e chefes de famílias, a Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, assegurando o direito da criança de convivência com a figura materna durante os primeiros anos de vida, sancionou a substituição da prisão preventiva pelo regime aberto em prisão domiciliar, nos casos previstos no art. 1º para: “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência” (BRASIL, 2018).

Igualmente, o Código de Processo Penal corrobora a possibilidade de o Juiz responsável conceder a prisão domiciliar para as mulheres, as quais sejam mães de crianças de até 12 (doze) anos incompletos, acrescenta-se que o direito é igualado ao homem caso não haja presença de outro responsável pelo menor (Art. 318, incisos V e VI) (BRASIL, 1941). Isto posto, o direito da criança é ampliado para as mães e por vezes aos pais, justamente pelo resguardo exclusivo do melhor interesse da criança.

Evidentemente, há o interesse do legislador em abranger os direitos e interesses das crianças às mães, uma vez que os menores de idade são os mais culpabilizados pela sociedade devido ao meio familiar em que estão inseridos. Não é exagero dizer que a segregação social desonra as crianças do cárcere na busca de melhores oportunidades, devido ao fato de ser a primeira a excluir as vítimas do sistema prisional do convívio social.

Outrossim, o isolamento das crianças do cárcere torna-as indivíduos com inúmeras questões psicológicas sem resolução, uma vez que a predominância destas são de famílias de classes baixas, nitidamente, sem condições financeiras para arcar com tratamentos específicos para a saúde mental. Ademais, por se tratar de indivíduos com faixa etária de aproximadamente 0 (zero) à 12 (doze) anos de idade, existe a possibilidade do desconhecimento das crianças sobre a realidade em que estão inseridas, tendo em vista que a adaptação dos menores de idade ao ambiente violento e indigno poderá se tornar uma referência do conceito de vínculo familiar.



Fica claro, então, que a maior punição das crianças do cárcere é justamente a ausência de esclarecimentos sobre o meio em que estão inseridas, nesse sentido:

De início, a criança não faz escolhas, não pode selecionar as pessoas que serão significativas para ela. Assim, a identificação na socialização primária ocorre no seio da família e a criança interioriza este mundo como sendo o único mundo existe. Dependendo da socialização proporcionada ao indivíduo, a construção e a manutenção da realidade social podem estar ancoradas, mesmo depois de adultos, no mundo infantil e nas primeiras relações familiares (STELLA, 2009, p. 298)

No âmbito econômico brasileiro, a situação de muitas famílias está ligada diretamente ao desemprego²², uma vez que as oportunidades de ingresso ao mercado de trabalho se tornam cada vez mais dificultosas e escassas. Conseqüentemente, o contato com a criminalidade inicia ainda mais cedo, principalmente para as crianças de classes baixas, pela ausência de apoio familiar e emocional e os descasos realizados pela sociedade, já que a fome, o frio e as desigualdades de classes e raças não aguardam pelo cumprimento de medidas estatais.

Evidentemente, a probabilidade de uma criança de classe baixa, a qual seja descendente de genitores com antecedentes criminais de qualquer natureza, ou que vivenciam situações de privação de liberdade dos mesmos, ingressar na criminalidade precocemente é significativamente maior em comparação às crianças que nunca tiveram contatos com indivíduos envolvidos no crime. Além disso, o meio social no qual as crianças estão envolvidas é desencadeador para o desígnio do futuro, assim como os sujeitos incentivadores que as cercam.

Nesse sentido, Stella (2009, p. 300) clareia que as mães são as principais incentivadoras no que diz respeito à frequência, permanência e ao desempenho escolar das crianças e, no momento da privação de liberdade da mãe, é imposto um obstáculo para o acompanhamento no ambiente escolar, o que se difere da prisão paterna devido à lealdade feminina em não desamparar a base familiar. Fica claro que a mulher, assumindo o papel de chefe de família, exerce os papéis de mãe e pai simultaneamente.

No que se refere à violência institucionalizada, é preocupante os casos de crianças nascidas no interior das grades prisionais, as quais foram omitidas assistência pediátrica e vacinações obrigatórias, tendo em vista que as conseqüências previstas além da primeira

22 Com embasamento nos dados da Agência de Notícias do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, organizado por Rodrigo Paradella, o número de pessoas desocupadas aumentou 12,4% no primeiro trimestre do ano, o qual consiste em 892.000 indivíduos na posição de desemprego.



infância são muito mais delicadas do que o Estado prevê. Na brilhante colocação de Vieira e Veronese (2016, p. 116), assevera-se que, mesmo no momento do encarceramento da mãe juntamente à criança, estas últimas continuam sendo sujeitos de direitos absolutos fundamentais.

Assim sendo, no tocante art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz mister resguardar à criança e ao adolescente o “direito ao respeito, a liberdade e a dignidade como pessoas humanas” (BRASIL, 1990), tendo em vista que a família, sociedade e o Estado possuem o pleno dever de assegurar a proteção dos menores (Art. 227) (BRASIL, 1988). E, principalmente, são sujeitos de direitos à educação e aos cuidados de todos, visto que são vedadas as formas de castigos físicos com uso de violência por qualquer indivíduo contra as crianças e adolescentes (Art. 18-A) (BRASIL, 1990).

Com embasamento nas previsões estabelecidas pelo legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente, a educação é o liame para as crianças e adolescentes optarem por oportunidades sensatas (BRASIL, 1990). No que tange às crianças do cárcere, a educação é a linha tênue para o afastamento da criminalidade em busca de melhores condições de vida, considerando-se que a predominância das mulheres encarceradas no Brasil em 2018²³ consiste nas quais não concluíram o ensino fundamental básico. Cabe salientar que menos da metade das presidiárias possuem ensino médio completo.

Ante o exposto, a violência institucionalizada vivenciada pelas crianças do cárcere - seja física ou psicológica, tendo em vista que ambas são intensificadoras do natural desenvolvimento do menor de idade - deixam a desejar sobre a expectativa de uma educação de qualidade, sendo que os paradigmas mais próximos são das mães encarceradas, as quais predominantemente não foram incentivadas e/ou não obtiveram oportunidades para dar prioridade à educação.

Nitidamente, as mulheres encarceradas encontram-se em idade fértil, isso quer dizer que a população carcerária feminina é de 18 (dezoito) à 29 (vinte e nove) anos de idade, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça presentes em Santos (2018, p. 37). Além disso, a maioria não é totalmente esclarecida quanto aos meios preventivos para a gravidez, ainda que existam

23 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN MULHERES), organizado por Thandara Santos, ano de 2018. Segundo os dados, 45% consiste em mulheres com ensino fundamental incompleto, 2% analfabetas e 3% alfabetizadas.



medidas educativas do Ministério da Saúde para a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e gravidez não planejada. A população mais pobre é carente em informações e de conhecimento à respeito do assunto. Contudo, o sustento das famílias é posto em prioridade em comparação à dedicação aos estudos nas classes baixas, nesse entendimento:

É sabido, porém, que numa conjuntura marcada por agravantes processos de desigualdades e exclusão social, a política de educação infantil ainda não é prioridade no elenco das políticas públicas. Existe grave problema governamental no que se refere à primeira infância – fase imprescindível do desenvolvimento humano: a educação infantil não foi priorizada na agenda das políticas públicas nacionais, e não há previsão de recursos específicos para o serviço em creche e pré-escola. Dessa forma, o atendimento gratuito em creche e pré-escola preconizado na Constituição Federal fica comprometido pela inexistência de recursos vinculados à área da política educacional brasileira (SANTA RITA, 2006, p. 71).

Em suma, as crianças do cárcere são as maiores vítimas da violência institucionalizada, haja vista que são postas ao esquecimento não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade e pelas suas famílias. Os menores de idade são submetidos a situações degradantes e desumanas devido à violência institucionalizada. Entretanto, tamanha atrocidade é omitida pela sociedade, a qual silencia a voz das crianças encarceradas, punindo-as justamente pelo cumprimento de privação de liberdade de suas mães. Diante disso, a segregação social acelera o contato das crianças nascidas no cárcere com a criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente artigo sobre as crianças do cárcere, é observado que o ambiente carcerário foi especificamente planejado para o cumprimento de penas privativas para homens, considerando-se que o ambiente não foi adaptado para o acolhimento de mulheres, uma vez que as condições básicas e fundamentais de utensílios higiênicos não são oferecidos para as mesmas no decorrer de suas necessidades. Ademais, frente ao descaso do sistema prisional feminino, não são oferecidas também assistências e demais cuidados com as crianças.

A estrutura prisional feminina brasileira não se adaptou às demandas das mulheres gestantes ou com crianças em permanência com as mães prisioneiras para o período de amamentação, mesmo sendo um direito fundamental da criança. O silenciamento realizado pelo Estado perante os escassos recursos e as violações de direitos absolutos assegurados pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são deixados em segunda ordem, tendo em vista que os menores de idade não possuem voz ativa para buscar pelos ditos direitos.

Com a análise de bibliografias sobre as crianças encarceradas, é importante salientar que o cárcere desonra a infância e o desenvolvimento das crianças, uma vez que a pureza natural é corrompida com as violências físicas e emocionais assistidas desde os primeiros momentos



de vida das crianças junto às mães. Logo, o afastamento da criança do ambiente violento é essencial para a recuperação da saúde mental, por meio do auxílio da figura paterna e dos irmãos. Todavia, comumente as guardas das crianças são assumidas pelas avós maternas, as quais são o seio familiar da mulher presa e, conseqüentemente, da criança. Em virtude da lealdade e união feminina, e do abandono masculino quando uma mulher é desviada do estereotipo mãe-esposa.

Outrossim, a presença paterna no desenvolvimento é de importância relevante, porém muitos encontram-se na mesma situação das mulheres, ou seja, em cumprimento da pena privativa de liberdade. Com isso, as crianças do cárcere não são registradas no Cartório de Pessoa Natural, tendo em vista a ausência paterna. As crianças são submetidas a violações de direitos e de descaso perante o Estado, com inúmeros problemas psicológicos e de desenvolvimento. Possivelmente, na vida adulta das crianças do cárcere, o Estado necessite puni-las justamente pela ausência de assistência adequada nos primeiros meses de vida no interior das grades do cárcere.

A presença do crime na infância pode ser suprido logo nos primeiros instantes de vida desta, uma vez que a sociedade e os familiares necessitam de voz ativa para livrar os menores de idade da criminalidade e dos entorpecentes ilícitos, posto que o ambiente de desenvolvimento e as pessoas que os cercam são fundamentais em suas escolhas. No caso de ausência de assistência dos familiares, independente do motivo, a opção mais cabível é justamente as casas provisórias ou lares adotivos, sendo o caminho mais viável para as crianças que são vítimas de violências, e carecem por assistências especiais.

O artigo visou esclarecer que o Estado e a sociedade estão submetendo crianças ao esquecimento, uma vez que as atenções são rodeadas para a busca incessante por justiça de criminosas que furtaram um mercado para dar o jantar para as crianças ou que envolveram-se no tráfico de drogas para quitar o aluguel do mês. Em suma, são silenciadas também as pessoas por detrás das mulheres prisioneiras: os nascituros ou os recém-nascidos, os quais são as maiores vítimas do sistema prisional feminino brasileiro, em razão do esquecimento por detrás das grades e pela violência institucionalizada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jaqueline. **O que é feminismo**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ARTUR, Angela Teixeira. **Práticas do encarceramento feminino**: presas, presídios e freiras. Orientadora: Elizabeth Cancelli. 2017. 239f. Tese (Doutorado em História) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A inquisição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13528, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 135, p. 13563, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 244, p. 1, 20 dez. 2018.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. **Discursos Seduciosos: Crime, Direito e Sociedade**, n. 9, p. 203-220, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório estatístico**: visita às mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/a988f1dbdd2a579c9dcf602c37ebfbbd_c0aacbe4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf. Acesso em: 29 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 3, 15 de julho de 2009. Dispõe sobre o dever de reconhecer, respeitar e garantir a equidade de gênero nas políticas públicas; [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 2009. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-resolucao-cnpcp-no3-de-15-de-julho-de-2009-mulher-encarcerada-e-filhos.doc>. Acesso em: 30 abr. 2019.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

GRAFIT, Oliver. Quando as bruxas eram torturadas e queimadas. Adaptação: Alexander Thoele. **Swissinfo**, São Paulo, 06 out. 2011. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/quando-as-bruxas-eram-torturadas-e-queimadas/31142966>. Acesso em: 18 mar. 2019.



PARADELLA, Rodrigo. Desemprego sobe para 12,4% e população subutilizada é a maior desde 2012. **Agência IBGE**, Brasília, 29 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24110-desemprego-sobe-para-12-4-e-populacao-subutilizada-e-a-maior-desde-2012>. Acesso em: 20 abr. 2019.

QUEIROZ, Nana. Filhos do cárcere. **Superinteressante**, São Paulo, 09 mar. 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/filhos-do-carcere/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades**: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. Orientadora: Maria Auxiliadora César. 2006. 180f. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade Brasília, Brasília, 2006.

SANTOS, Thandara. (Org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

SANTOS, Vinicius Oliveira dos; GHAZZI, Mercês Sant'Anna. A transmissão psíquica geracional. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 32, n. 3, p. 632-647, 2012.

STELLA, Claudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização dos indivíduos. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 292-306, 2009.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças encarceradas**: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016.

CAPÍTULO 11

MECANISMOS JURÍDICOS DE PRESERVAÇÃO DE SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS EM ÁREA SUJEITA A USUCAPIÃO – ÁREA DA UNIÃO PERTENCENTE AO IPHAN

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022107911054

Thiago Domingos Marques
Rodrigo Boeing Althof

RESUMO

A preservação de sítios arqueológicos e dever da administração pública, bem como de todo cidadão que pode utilizar-se dos meios administrativos e judiciais necessários a sua efetiva proteção, para tanto têm direitos de utilizar-se da denúncia e também por meio de utilização de ações judiciais. Os órgãos públicos, como União, Estados e Municípios, são também responsáveis pela preservação de sítios arqueológicos e por sua efetiva proteção, sendo responsabilizados em caso de omissão. Esse trabalho visa verificar o contexto dos sítios arqueológicos e as ações legais que podem ser tomadas para preservação desses sítios. Conforme descrito no artigo 20 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos os sítios arqueológicos são bens da União, sendo assim, a propriedade da superfície não inclui a dos sítios arqueológicos, nem a dos objetos a eles associados, há legislação específica que dispõe sobre o seu usufruto e salvaguarda. A Lei 3.924/1961, dispõe sobre o patrimônio arqueológico. Os mecanismos jurídicos que podem ser utilizados para sua proteção estão na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXIX e LXX, como a ação popular e o mandado de segurança coletivo. Conta na Lei nº 7.347/85 a permissão da ação popular para proteção ao meio ambiente, no caso de não advier à ação civil pública. A Ação Civil Pública disciplinada na lei 7.347/85, tem como objetivo a defesa de interesses metaindividuais, todos esses mecanismos jurídicos podem ser utilizados para proteção de Sítios Arqueológicos, tanto por entes público como por cidadãos interessados na salvaguarda desses bens, que são de relevância nacional e muitas vezes internacional, sendo que está no Brasil o maior sambaqui do mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Sítios arqueológicos. Mecanismos Jurídicos. Responsabilidades. Proteção.

INTRODUÇÃO

A preservação de sítios arqueológicos é dever da administração pública, bem como de todo cidadão que deve utilizar-se dos meios administrativos e judiciais de proteção destes, para tanto através de denúncia e também através de utilização de ações judiciais.

Segundo Schmitz (2013), no estado de Santa Catarina conhecemos duas ocupações iniciais: A primeira, com mais de 8.000 anos, de caçadores, nas matas da encosta do planalto ao leste e nas matas do Alto Uruguai a oeste, que se manteve até o fim do primeiro milênio de nossa era. A segunda, um pouco mais recente, de pescadores e coletores junto a estuários, canais, mangues e baías do litoral atlântico, a qual também durou até o final do primeiro milênio



de nossa era. De nenhuma delas se conhecem descendentes diretos. E conhecemos dois povoamentos mais recentes: O primeiro, de uma população que os linguistas consideram um desdobramento do núcleo Jê dos cerrados do Brasil Central, que teria começado seu deslocamento para o Sul ao redor de 3.000 anos atrás. Os arqueólogos captam sua presença a partir do primeiro milênio de nossa era, tanto no Planalto das Araucárias como na planície costeira do Atlântico. Estes são considerados os antepassados dos índios Kaingang e Xokleng, que hoje vivem de São Paulo ao Rio Grande do Sul. O segundo desses povoamentos mais recentes é de uma população de origem amazônica, identificada como Guarani que, no segundo milênio de nossa era, colonizou as várzeas do rio Uruguai e a planície costeira expulsando os ocupantes anteriores. Os guaranis hoje encontrados na planície costeira não são descendentes diretos desses primeiros, mas migrantes em busca da ‘terra sem males’, que vêm de países vizinhos; os originários morreram como escravos nas fazendas paulistas (SCHMITZ, 2013).

Sítios arqueológicos são reconhecidos como parte integrante do Patrimônio Cultural Brasileiro pela Constituição Federal, os bens de natureza material de valor arqueológico são definidos e protegidos pela Lei, sendo considerados bens patrimoniais da União. São passíveis de processo judicial por danos ao patrimônio da União e omissão, por exemplo, os proprietários de terras que encontrarem qualquer achado arqueológico e não comunicarem ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN no prazo de 60 dias (IPHAN, 2021).

Entre as principais atividades do IPHAN estão o desenvolvimento de ações de acautelamento (tombamento e proposição de medidas diversas para a proteção e valorização do patrimônio arqueológico), a autorização e a permissão para realização, acompanhamento e fiscalização de pesquisas arqueológicas; e a implementação de diversas ações de socialização do patrimônio arqueológico. O instrumento central para orientação dessas ações é o Plano Diretor Estratégico, que deve estabelecer a política nacional para o patrimônio arqueológico quanto à identificação, pesquisa, proteção, promoção e socialização, incluindo um modelo institucional de gestão e um programa de tombamento de bens de natureza arqueológica, dentre outras ações (IPHAN, 2021).

Este trabalho, utilizou-se de base a análise de ações de usucapião ajuizada em área de preservação, com presença de sítios arqueológicos, na qual pretende a parte autora usucapir, área descrita em Planta, como de interferência em sítio arqueológico, alegando-se os requisitos legais para o deferimento do pedido, com posterior registro de matrícula do imóvel em cartório, fato revestido de peculiaridades. Os órgãos públicos são também responsáveis por sua proteção, sendo responsabilizados em caso de omissão.



A União que é sempre devidamente notificada para manifestar seu interesse em ação de usucapião, deve diante da constatação de interferência com área Histórica, ou suspeita, remeter os autos ao IPHAN, para constatar a porcentagem de interferência, bem como, a não interferência, manifestando-se no feito.

O IPHAN por intermédio de sua Procuradoria Federal, deve sempre intervir judicialmente nos casos de interferências, para preservação dos sítios arqueológicos em área da união ou não, no âmbito de sua competência, com o seu dever-poder de fiscalização dos bens arqueológicos. O IPHAN, autarquia com competências específicas para preservação de bens tombados, deve sempre ser alertado sobre a presença de sítio arqueológico no local aonde ocorrem construções ou aquisições de terrenos.

Registre-se, outrossim, que também cabe à Prefeitura Municipal da Cidade em que o imóvel está sendo usucapido, adotar as medidas preventivas adequadas para preservar e mitigar eventuais danos ao patrimônio arqueológico existente na área.

O interesse da União em preservar o patrimônio histórico, deriva de expressa disposição legal. Tal interesse é expresso na própria Constituição Federal nos termos do art. 23, incisos I, III e IV e art. 216 da Constituição Federal. A pergunta problema é: Quais as maneiras legas de proteção dos sítios arqueológicos nas áreas litorâneas na região sul de Santa Catarina.

Esse trabalho visa verificar o contexto dos sítios arqueológicos e as ações legais que podem ser tomadas para preservação dos sítios arqueológicos.

REFERENCIAL TEÓRICO

Todos os sítios arqueológicos têm proteção legal e quando são reconhecidos devem ser cadastrados no Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos (CNSA). Com a criação do Centro Nacional de Arqueologia (CNA) o IPHAN atendeu à necessidade de fortalecimento institucional da gestão desse patrimônio, normatizada pelo Decreto nº 6.844, de 07 de maio de 2009. Cabe ao CNA, a elaboração de políticas e estratégias para a gestão do patrimônio arqueológico, a modernização dos instrumentos normativos e de acompanhamento das pesquisas arqueológicas que, em duas décadas, aumentaram de cinco para quase mil ações por ano (IPHAN, 2021).

Por meio da Constituição Federal promulgada em 1988 o planejamento urbano ganhou embasamento jurídico através dos artigos 182º e 183º. No ano de 2001, foi aprovada a Lei 10.257/01, mais conhecida como Estatuto das Cidades. Dentre a normatização estabelecida, vale destacar:



Art. 2º: A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

É difícil contar a história completa dos pescadores oceânicos porque o ambiente em que viviam foi muitas vezes modificado pelas subidas e descidas do nível do mar. Nas subidas ele afogava a planície litorânea, destruindo o que ali havia, e só com a última descida, a partir de uns 5.000 anos atrás, se estabilizaram os ambientes, nos quais esta população costumava se instalar, que são os estuários, canais, mangues, as lagoas e baías junto ao litoral atlântico. Esta é a razão porque os principais sítios existentes se concentram em idades entre aproximadamente 5.000 e 1.000 anos atrás. Em lugares não atingidos pela subida e descida das águas oceânicas podem ser encontrados pequenos assentamentos com idades até 8.000 anos. Eles sugerem que o modo de vida do pescador oceânico nasceu no mesmo tempo que a caça no mato, como alternativa e complemento da ocupação do território (SCHMITZ, 2013).

Nos dizeres de Rohr muitos esqueletos têm associado o mais variado material em oferendas funerárias: machados de pedra, pontas de flecha ósseas, ossos de baleia, ou pedra grosseira, rodeando ou cobrindo o sepultamento. Muitos esqueletos acham-se envolvidos em ocre vermelho, que lhes dá cor de sangue; outros acham-se rodeados de areia branca das dunas. Muitos foram enterrados com os seus objetos de adorno, feitos de pedras, ossos, conchas ou dentes de mamíferos perfurados.

Quando o litoral se estabilizou, ele ofereceu bens mais variados, abundantes e confiáveis que a caça em terra firme, possibilitando assentamento permanente ao longo da costa; a concentração dessa riqueza em certos lugares redundou, em período recente, em crescimento populacional e nucleação regional, que se expressou na construção de sambaquis monumentais (SCHMITZ, 2013).

O estado de Santa Catarina proporciona excelentes amostras do povoamento indígena do Brasil. A diversidade de ambientes, num território relativamente pequeno, deu oportunidade para instalação e desenvolvimento de várias populações humanas surgidas no período holocênico em espaço tropical: caçadores, pescadores, coletores de sementes e horticultores. Nenhuma das correspondentes populações terá nascido no lugar, mas para cá vieram com seu modo de vida e aqui o desenvolveram. O caçador de floresta suspeita-se criação amazônica; a mata densa da encosta, longe de abrigos rochosos, é o lugar em que melhor exhibe seu sistema original de assentamento. O pescador oceânico está no limite meridional de seu território, mas



é o espaço em que mostra suas melhores realizações; atualmente começam a aparecer ali também as datas mais antigas de sua experiência marítima (SCHMITZ, 2013).

Segundo Rohr (1961), cada sítio arqueológico é uma página da Pré-História, sendo que o arqueólogo, escavando, deve ler e interpretar este livro da Pré-História para depois publicá-lo, enquanto escava, o arqueólogo destrói o livro da Pré-História e caso não souber lê-lo e interpretá-lo corretamente, ninguém jamais poderá fazê-lo no futuro e ficará para sempre uma lacuna na Pré-História. Por isto a escavação arqueológica somente pode ser feita por pessoas capacitadas, que tenham perfeito conhecimento de causa e curso especializado de arqueologia. A destruição leviana dos sítios arqueológicos é crime contra o Patrimônio Histórico Nacional.

Conceituando novamente Rohr (1961), o sambaqui é um lugar de habitação, o sambaqui possui, também, características de cozinha. Por isto, encontramos nele carvão, cinza e restos de grandes fogueiras; além de grande quantidade de ossos de peixes, aves e mamíferos; pinças de crustáceos, cascas de tartarugas, espinhos de ouriço do mar, ossadas de baleia, muitas vezes, parcialmente carbonizadas .

A definição acerca da proteção constitucional aos bens arqueológicos têm previsão na Constituição Federal que dispõe em seu Art. 216, sobre patrimônio cultural brasileiro dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à **memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira**, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Grifei

A importância de se preservar os sítios arqueológicos não se concentra apenas nas descobertas de bens materiais neles evidenciados (material cerâmico, sepultamentos, artefatos líticos, restos faunísticos etc), mas também no levantamento do contexto em que os mesmos foram identificados, possibilitando, reconstruir o ambiente e o espaço coletivo ocupado por nossos antepassados (DNIT, 2021).



Como pode-se observar, a matéria tem respaldo constitucional, e a união é competente para zelar pela guarda da Constituição, das Leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público, como citado acima.

Os sítios arqueológicos são bens da união, conforme disposto no artigo 20 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sendo assim, a propriedade da superfície não inclui a dos sítios arqueológicos, nem a dos objetos a eles associados, havendo legislação específica que dispõe sobre o seu usufruto e salvaguarda. De acordo com o artigo 1º da Lei 3.924/1961, que dispõe sobre o patrimônio arqueológico e estabelece as diretrizes para a sua proteção, os sítios arqueológicos de quaisquer naturezas existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda do Poder Público (FLORIPA ARQUEOLÓGICA, 2021).

Da mesma forma, há legislação infralegal sobre o tema, sendo que a Lei nº 3.924/61, em seu art. 1º, dispõe:

Art. 1º. Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que nêles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acôrdo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal. Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição. *Grifei.*

Cabe ressaltar que a Lei 3.924/1961 protege todos os sítios arqueológicos existentes em território nacional, o que inclui aqueles que já são cadastrados, estando presentes no Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos (CNSA/IPHAN); aqueles que são conhecidos porém ainda não constam no CNSA, estando presentes apenas na bibliografia pertinente; e, também, aqueles até o momento desconhecidos que podem vir a ser descobertos (FLORIPA ARQUEOLÓGICA, 2021).

A legislação prevê o pertencimento ao poder público dos patrimônios arqueológicos de acordo com a Lei nº 3.924/61. Já a Lei nº 7.661/88 em seu art. 3º prediz:

Art. 3º. O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens: I - recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas; II - sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades naturais de preservação permanente; III - monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico. *Grifei.*

A destruição de material arqueológico também configura Crime contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, como descrito na Lei n. 9.605/98 em seus arts. 62, 63 e 64.

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou **local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial**, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, **arqueológico**, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 64. **Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor** paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, **arqueológico**, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. *Grifei.*

A presença de sítios arqueológicos em área a ser usucapida é algo que deve ser observado e evitado, não devendo haver a liberação total destes imóveis. O IPHAN é o órgão competente para avaliar a presença de sítio arqueológico no local.

Os sambaquis do litoral de Santa Catarina são numerosos e são conhecidos como os “maiores do mundo” chegando a atingir dimensões gigantescas, com mais de 30 m de altura, destacando-se consideravelmente na paisagem. Os sítios da Ilha de Santa Catarina, continente próximo e ilhas adjacentes, embora não sejam tão gigantescos quanto aqueles encontrados no litoral norte e sul do Estado, são igualmente importantes e numerosos, havendo mais de 100 sambaquis na região da Grande Florianópolis (FLORIPA ARQUEOLÓGICA, 2021).

A legislação que atribui ao IPHAM a preservação do patrimônio arqueológico e o Decreto n. 6.844/2009, seguindo este o IPHAN tem a seguinte natureza e finalidade:

Art. 1o O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, autarquia federal constituída pela Lei no 8.113, de 12 de dezembro de 1990, e pelo Decreto no 99.492, de 3 de setembro de 1990, com base na Lei no 8.029, de 12 de abril de 1990, vinculada ao Ministério da Cultura, tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, jurisdição administrativa em todo o território nacional, e prazo de duração indeterminado.

Art. 2o O IPHAN tem por **finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro**, nos termos do art. 216 da Constituição Federal, e exercer as competências estabelecidas no Decreto-lei no 25, de 30 de novembro de 1937, no Decreto-lei no 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei no 3.924, de 26 de julho de 1961, na Lei no 4.845, de 19 de novembro de 1965, no Decreto no 3.551, de 4 de agosto de 2000, na Lei no 11.483, de 31 de maio de 2007 e no Decreto no 6.018, de 22 de janeiro de 2007 e, especialmente:

I - coordenar a implementação e a avaliação da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro, em consonância com as diretrizes do Ministério da Cultura;

II - promover a identificação, a documentação, o reconhecimento, o cadastramento, o tombamento e o registro do patrimônio cultural brasileiro;

III - promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União;

IV - elaborar normas e procedimentos para a regulamentação das ações de preservação do patrimônio cultural protegido pela União, orientando as partes envolvidas na sua preservação;

V - promover e estimular a difusão do patrimônio cultural brasileiro, visando a sua preservação e apropriação social;

VI - fiscalizar o patrimônio cultural protegido pela União, com vistas a garantir a sua preservação, uso e fruição;

VII - exercer o poder de polícia administrativa, aplicando as sanções previstas em lei, visando à preservação do patrimônio protegido pela União;

VIII - desenvolver modelos de gestão da política de preservação do patrimônio cultural brasileiro de forma articulada entre os entes públicos, a sociedade civil e os organismos internacionais; e

IX - promover e apoiar a formação técnica especializada em preservação do patrimônio cultural. *Grifei.*

Portanto, o IPHAN é ente descentralizado, com personalidade jurídica própria com atribuições voltadas ao exercício do poder de polícia administrativa, aplicando as sanções previstas em lei, visando à preservação do patrimônio protegido pela União.

Dessa forma, são de competência do IPHAN as atribuições de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, dentre os quais os bens arqueológicos. De acordo com o Art 2º da Lei nº 3.924/61, consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.

b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;

c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;

d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios. *Grifei.*

As origens do diploma do qual nos ocupamos neste artigo remontam à década de 1950, época em que centenas de sítios arqueológicos existentes na região litorânea do país (os sambaquis, constituídos pelo acúmulo de conchas associadas a outros vestígios arqueológicos) estavam sendo totalmente destruídos para produzir cal, farinha de concha para ração animal, calcário para calagem do solo ou até mesmo para a pavimentação de estradas (MIRANDA, 2021).

Segundo Mirando (2021), a situação de aniquilamento do patrimônio arqueológico datado de milhares de anos fez surgir forte reação por parte da academia de nosso país, que passou a cobrar insistentemente a edição de um ato normativo de abrangência nacional capaz de estabelecer regras sobre o assunto e compatibilizar interesses econômicos privados com a preservação dos antigos vestígios deixados por nossos ancestrais, sendo os bens arqueológicos



são constituídos por vestígios decorrentes das atividades humanas pretéritas que podem ser encontrados na superfície, no subsolo ou sob as águas.

METODOLOGIA

A metodologia do trabalho consistiu em pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, além de pesquisa de campo. Embora o segundo quesito não tenha compreendido em coleta de dados, ele serviu, de forma preliminar, como teste das metodologias de ensino até aqui listadas. A pesquisa bibliográfica consistiu em aprofundamento nas publicações de acordões da área jurídica relacionado ao tema.

RESULTADOS

Inicialmente, para fins de contextualização, são apresentadas algumas considerações sobre a origem dos povos indígenas litorâneos. Segundo Santiago (2015), Como o patrimônio arqueológico ainda é algo em boa medida distante das comunidades onde se localizam os sítios arqueológicos, que não conseguem enxergar este patrimônio como referência de identidade, pois localizado em um passado muito distante, as estruturas e os artefatos enterrados que ainda não se transformaram em patrimônio vão sendo destruídos tanto pelo caboclo quanto pelos grandes empreendimentos, uma vez que àquele primeiro mais importa a vida, e a estes últimos só interessa um outro tipo de patrimônio – o capital.

RESPONSABILIDADES DOS ENVOLVIDOS

O IPHAN, deve ser diligente na adoção dos necessários procedimentos legais para realização de vistoria na área afetada, buscando verificar e confirmar a presença de sítio arqueológico. Sendo, o legítimo responsável por tal mister, e o mais preparado para tal identificação.

A UNIÃO e o IPHAN não podem ser responsabilizados se a Prefeitura optar por fazer obras sem o devido licenciamento ou a autorização do IPHAN, sendo de sua atribuição tal mister, e a necessária negativa por parte da prefeitura, relativo as licenças de quaisquer obras nesses locais.

É fundamental o estabelecimento de parcerias e programas envolvendo a União (IPHAN), Estados (Universidades e Órgãos ambientais), Municípios, os Ministérios Públicos Federal e Estadual e a própria sociedade como um todo.

Municípios são responsáveis, sendo que os municípios têm competência comum com os demais entes federativos na proteção do patrimônio cultural e os sítios arqueológicos. E



possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

A Carta Magna de 1988 entendeu conveniente prever de forma expressa a competência administrativa específica do Município em promover a proteção do patrimônio cultural local: *Art. 30. Compete aos Municípios: [...] IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.*

Frente a tal realidade constitucional, não se pode perder de vista a necessidade de conceituar “bem cultural”. Nesse norte, coteja-se do Magistério de Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Pela leitura da lei e da Constituição de 1988, bem cultural é aquele bem jurídico que, além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante. Ao bem cultural assim reconhecido é agregada uma qualidade jurídica modificadora, embora a dominialidade ou propriedade não se lhe altere. Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público – seja ele de propriedade particular ou não -, que pode ser chamado de socioambiental, [...] (SOUZA FILHO, 2006)..

Nessa trilha cognitiva, com o fito de corroborar o conceito supradelineado, e buscando contextualizar a definição acima transcrita com o valor inestimável atribuído aos bens culturais, *ex vi* da legislação vigente e doutrina majoritária, colhe-se dos ensinamentos proficientes de Lúcia Reisewitz:

O patrimônio é antes um conjunto de coisas que têm valor e não necessariamente o que tem valor econômico. É uma riqueza, sem dúvida. O direito consagra hoje, afastando-se de uma visão predominantemente privatista, economicista, inúmeros valores que vão além das garantias individuais em relação à propriedade, disputas por riquezas, sejam elas dinheiro ou terra, questões que por muito tempo ocupavam lugar central no cenário jurídico (REISEWITZ, 2004).

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN – é uma autarquia federal constituída pelo Decreto nº 99.492, de 3 de setembro de 1990, pela Lei nº 8.113, de 12 de dezembro de 1990, com base na Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, vinculado ao Ministério da Cultura, portanto é ente autônomo.

O Decreto nº 5.040, de 07 de abril de 2004, que trata sobre a estrutura regimental da Autarquia, dispõe no art. 2º, do Anexo I, Capítulo I, que: O IPHAN tem como finalidade institucional proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216 da Constituição, e exercer as competências estabelecidas nos Decretos-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, na Lei nº 3924, de 26 de julho de 1961, na Lei nº 4845, de 19 de novembro de 1965, e no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000 , e , especialmente: (...) *III – promover a identificação, o*



inventário, a documentação, o registro, a difusão, a vigilância, o tombamento, a conservação, a preservação, a devolução, o uso e a revitalização do patrimônio cultural, exercendo o poder de polícia administrativa para a proteção deste patrimônio.

O IPHAN, interferindo nos casos, representa a própria atuação do ente público que o criou (UNIÃO), haja vista a autarquia ser um prolongamento do Poder Público, uma espécie de *longa manus* do Estado, executando serviços públicos típicos, próprios do Poder Público, mas que requeiram maior especialização, nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles.

Desse modo, sendo o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN uma autarquia federal, e como tal, dotada de personalidade jurídica própria, compete-lhe a defesa judicial e extrajudicial dos seus direitos e obrigações, consoante disposto no art. 17, inciso I, da Lei Complementar 73/93, *verbis*: Art. 17. *Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: I – a sua representação judicial e extrajudicial.*

Neste sentido, os artigos 3º e 22, da Lei Federal nº 3.924, de 26 de julho de 1961, que, respectivamente, proíbe a destruição ou mutilação, para qualquer fim, de jazidas ou sítios arqueológicos ou pré-históricos “antes de serem devidamente pesquisados” e condiciona o aproveitamento econômico das jazidas arqueológicas ou pré-históricas à “conclusão da sua exploração científica”.

Importante observar que mesmo neste caso, o exaurimento da potencialidade econômica do imóvel deve ser efetiva. Se a conservação não tem efeito sobre o direito dominial, não impedindo a utilização do imóvel de acordo com sua *função social* ou sua *disponibilidade*, não se há falar em indenização por desapropriação. A simples limitação da utilização do imóvel pela existência de sítio arqueológico, enterrado ou não, não implica o pagamento de indenização porque o direito de propriedade é garantido constitucionalmente (CF, artigo 5º, inciso I), desde que a propriedade atenda à sua *função social* (CF, artigo 5º, inciso XXII), e a função social da propriedade pressupõe a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, inclusive o cultural (CF, artigos 170, inciso IV e 186, inciso II)

O regime dos sambaquis, como se demonstra em acordão abaixo, é estabelecido pela LEI-3924/61 que, em seu Art. 27 determina a manutenção de um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO EM SÍTIO ARQUEOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE TOMBAMENTO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO. DETERMINAÇÃO DE EXAME DO MÉRITO. RETORNO À ORIGEM. 1. O PAR-1do ART--1 do DEL-25/37, merece ser interpretado segundo e conforme o ART-216

da CF-88, observado, o seu PAR-1.2. Pela regra constitucional em vigor, há várias formas pelas quais o Poder Público promoverá a proteção do patrimônio cultural brasileiro, e o tombamento é apenas uma das formas.³ **O regime dos sambaquis é estabelecido pela LEI-3924/61 que, em seu ART-27 determina a manutenção de um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.**⁴ **No caso em exame, o "O Sambaqui da Barra da Lagoa" está devidamente cadastrado no SPHAN.**⁵ **A apelante não é proprietária, nem do terreno, que é de marinha (CF-88 ART-20 INC-7), nem do subsolo, que é patrimônio cultural (CF-88 ART-20 INC-10).** Evidentemente que, mesmo que o fosse, tal situação jurídica não lhe conferiria o direito de destruir o sítio arqueológico em questão. (TRF-4 - AC: 33492 SC 95.04.33492-0, Relator: LUIZA DIAS CASSALES, Data de Julgamento: 08/10/1998, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/11/1998 PÁGINA: 645) *Grifei.*

A responsabilidade Administrativa, Civil e Penal existe, sendo aplicada em casos envolvendo irregularidades em sambaquis, e pode ser observada nos acordões relacionados abaixo. Conforme Miranda (2021), é de se destacar que, em âmbito cível, a responsabilidade do violador das normas de proteção ao meio ambiente cultural (conceito dentro do qual se inserem os sítios arqueológicos) é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa nos termos do que estabelece o artigo 14, §1º da Lei 6.938/81 c/c artigo 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

MEIO AMBIENTE — Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (STJ – RESP 115599–RS–4ª Turma —relator ministro Ruy Rosado de Aguiar — DJU 02.09.2002) *Grifei.*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL E ARQUEOLÓGICO. PINTURA RUPESTRE E VESTÍGIOS LÍTICOS. SOBREPOSIÇÃO. TINTA VINÍLICA. DEVER DE INDENIZAR. RECOMPOSIÇÃO. DESPESAS PRÉ-PROCESSUAIS. RESSARCIMENTO. NÃO CABIMENTO. Assiste a todos os indivíduos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo dever de defesa e proteção se impõe não apenas ao poder público, mas à coletividade como um todo, a fim de garantir um ambiente saudável às presentes e às futuras gerações. A proteção legalmente conferida é ao patrimônio cultural pátrio, independente de qualquer cadastro, registro ou certificação. **Demonstrado que o dano ambiental e arqueológico decorreu de ato praticado pela requerida, esta deve ser condenada à indenização correspondente,** na forma do artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/81. Eventual ganho ou benefício decorrente da veiculação de imagens do local degradado na mídia, não abona ou isenta a requerida da reparação dos danos ambientais e arqueológicos causados, nem do pagamento de indenização. (TJMG; APCV 1.0216.14.001388-1/001; 8ª C.Cív.; relator desembargador Paulo Balbino; DJEMG 25/11/2019). *Grifei.*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. DESTRUIÇÃO DE 13 SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS DOS TUPI-GUARANIS NO CEARÁ. DEMANDA PARA FIXAÇÃO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES PELOS DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A DEMANDA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE R\$ 2.500 MILHÕES A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS IRREVERSÍVEIS E DE R\$ 250 MIL PELOS DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDUTA REINCIDENTE DA DEMANDADA. LESÃO IRREVERSÍVEL AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. VALORES FIXADOS COM BASE EM NOTA TÉCNICA DO IPHAN. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DOS VALORES ARBITRADOS" (TRF 5ª R.; AC

0000792-96.2012.4.05.8102; CE; 4ª T.; relator desembargador federal Lázaro Guimarães; DEJF 20/12/2018; p. 67). *Grifei.*

PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 62, I, DA LEI Nº 9.605/98. OBRA EM SÍTIO ARQUEOLÓGICO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEFINIDAS. ERRO DE TIPO NÃO COMPROVADO. DOLO EVENTUAL. I. A realização de obra sobre importante sítio arqueológico na região de Imbituba/SC constitui crime ambiental de sérias proporções, principalmente pelo fato de que o réu é morador da área e, por força de sua função, na qualidade de "Diretor Técnico" da empresa de engenharia, **não tomou o devido cuidado ao escavar área com fragmentos arqueológicos facilmente identificáveis.** II. Descabida a tese defensiva de ocorrência de erro de tipo porquanto o réu, no mínimo, agiu com dolo eventual, não apresentando prova concreta em favor de seus argumentos. III. Apelação não provida. (TRF-4 - ACR: 43133 SC 2003.04.01.043133-1, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 22/09/2004, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/11/2004 PÁGINA: 521) *Grifei.*

PENAL - CRIME DE DANO - PATRIMONIO DA UNIÃO FEDERAL - SITIO ARQUEOLOGICO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, X, E LEI 3.924/61 - INEXISTENCIA DE PROVA DAS PINTURAS RUPESTRES E DE SEU VALOR HISTORICO OU ARQUEOLOGICO - PROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1 - Conquanto os sítios arqueológicos constituam patrimônio da União Federal, conforme art. 20, X, da Constituição Federal, e **sua destruição configure o delito do art. 163 do Código Penal, indispensável a comprovação de seu valor histórico e arqueológico.** 2 - Não comprovada por perícia técnica, extremamente falha, a existência de pinturas rupestres, e ainda o seu valor arqueológico, descaracterizada esta a existência de sítio arqueológico, pelo que sua destruição não caracteriza o crime de dano contra o patrimônio da União Federal. 3 - Apelação a que se dá provimento. (TRF-1 - ACR: 3974 MG 94.01.03974-7, Relator: JUIZ OSMAR TOGNOLO, Data de Julgamento: 26/06/1995, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 10/08/1995 DJ p.50103) *Grifei.*

É necessário que os proprietários de imóveis promovam a regularização da sua propriedade perante os órgãos de defesa do patrimônio arqueológico e deles obtenha as necessárias licenças e registros, uma vez que tais medidas decorrem de previsão legal. A responsabilidade civil tem relação com valor a serem fornecidos em forma de compensação como relacionados abaixo.

DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS EM FAZENDA DE REFLORESTAMENTO. DEVER DE PRESERVAÇÃO. ACORDO JUDICIAL BASEADO EM PERÍCIA CONTROVERTIDA. NOVO ACORDO PARA CORREÇÃO DO ANTERIOR. PROSEGUIMENTO DO PROCESSO. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA LIDE. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL.[...]b) Tanto é que, em Acordo Judicial posterior, ambas as partes reconheceram a necessidade de realização de **nova perícia visando a correção das falhas técnicas apontadas pelo Setor de Arqueologia da Secretaria de Cultura do Estado do Paraná. c) Não transborda dos limites da controvérsia a determinação do Juízo "a quo" **para que a Agravante promova a regularização da sua propriedade perante os órgãos de defesa do patrimônio arqueológico e deles obtenha as necessárias licenças e registros, uma vez que tais medidas decorrem de previsão legal e o Ministério Público pretende, com o ajuizamento da demanda, a preservação e conservação daquele bem.** [...] e) Ainda mais quando o imóvel da Agravante, em que **foram localizados indícios de sítios arqueológicos,** encontra-se sob embargo judicial que **a impede de plantar ou retirar árvores ou promover qualquer alteração em seu estado, sob pena de multa de valor considerável.** 2) AGRADO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-PR, Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 02/12/2008, 5ª Câmara Cível) *Grifei.***



Logo, podemos observar as questões legais e de responsabilidade envolvendo sítios arqueológicos.

No capítulo seguinte estudaremos as ações cabíveis para a proteção ambiental, de que forma e quais os meios possíveis de se adentrar no judiciário, em prol do meio ambiente.

AÇÃO POPULAR

A Ação Popular outorga ao cidadão o direito de procurar o Judiciário para tentar anular atos administrativos praticados por pessoas jurídicas de Direito Público, enquanto Administração Direta e também pessoas jurídicas da Administração Indireta, que cometam atos irregulares.

A referida ação constitucional é posta à disposição de qualquer cidadão para a tutela do patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, mediante a anulação do ato lesivo. Há previsão Constitucional em seu art.5º, LXXIII,CRFB/88 (BRASIL, 2021):

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: [...]LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Dessa forma podemos concluir que a Ação Popular é um remédio constitucional, que possibilita ao cidadão brasileiro que esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, tutele em nome próprio interesse da coletividade de forma a prevenir ou reformar atos lesivos praticados por agentes públicos ou a eles equiparados por lei ou delegação, na proteção do patrimônio público ou entidade custeada pelo Estado, ou ainda a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural (COSTA, 2011).

A Lei nº 7.347/85 permite a ação popular para proteção ao meio ambiente, no caso de não advier à ação civil pública. Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: 1 - ao meio ambiente.(BRASIL, 1985).

No tocante a posição jurídica do Poder Público nas ações civis públicas, o artigo 5º, inciso III e o seu parágrafo 2º, da Lei nº 7.347/85, estabelecem: Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) [...] III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (incluído pela Lei nº 11.448, de 2007)

[...] Parágrafo 2º. Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes (BRASIL, 1985).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, enfrentando a questão da posição jurídica a ser adotada pela União nas ações civis públicas em que integra como ré, assentou entendimento de que, com a aplicação do artigo 6º, parágrafo 3º da Lei da Ação Popular, cabe ao ente público federal posicionar-se, tanto no pólo passivo como no ativo, dependendo, é claro, dos seus interesses que estiverem em disputa na demanda. Observe-se o acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. MICROSSISTEMA DA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA FIGURAR NOS PÓLOS PASSIVO E ATIVO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVER DE FISCALIZAR A ATUAÇÃO DOS DELEGATÁRIOS DO SUS. DIREITO À RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO DECORRENTE DO REPASSE DE VERBA.

[...]

2. A ação civil pública e a ação popular compõem um microssistema de defesa do patrimônio público na acepção mais ampla do termo, por isso que regulam a legitimatio ad causam de forma especialíssima.

3. Nesse seguimento, ao Poder Público, muito embora legitimado passivo para a ação civil pública, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, **fica facultado habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes.** *Grifei.*

4. O art. 6º da lei da Ação Popular, por seu turno, dispõe que, muito embora a ação possa ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º, bem como as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo, ressalva no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que verbis: parágrafo 3º. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo o ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

5. Essas singularidades no âmbito da legitimação para agir, além de conjurar as soluções ortodoxas, implicam a decomposição dos pedidos formulados, **por isso que o poder público pode assumir as posturas acima indicadas em relação a um dos pedidos cumulados e manter-se no pólo passivo em relação aos demais.**

[...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 791.042/PR** – Min. rel. Luiz Fux – DJ Disponível em: 09/11/2006) *Grifo nosso.*

Nesse ponto, não é demais lembrar o que estabelece o artigo 6º, parágrafo 3º da Lei da Ação Popular, citado na ementa acima transcrita, *litteris*:

§ 3º. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação poderá abster-se de contestar o pedido, **ou poderá atuar ao lado do autor**, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.” (BRASIL, 1965) *Grifo nosso.*

Como se vê, na ação civil pública, assim como na ação popular, a depender do interesse público que estiver em litígio, poderá a União adentrar ao polo passivo. Ou mesmo, a critério de seu procurador ou dirigente, recolocar-se no polo ativo, ao lado do autor, sempre, que isto significar uma maior proteção ao patrimônio e ao interesse públicos. É possível inclusive cumulação de reparação com pena pecuniária, como se observa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. DANO AMBIENTAL CARACTERIZADO. OBRA NO PERÍMETRO URBANO. OBEDIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL FEDERAL. MEDIDAS COMPENSATÓRIAS E INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Determinando a legislação que a vegetação existente às margens dos rios constitui área de preservação permanente, nenhum órgão ambiental municipal ou estadual pode autorizar a realização de obras no espaço correspondente àquela área protegida pelo Código Florestal, ainda que situada no perímetro urbano. 2. O licenciamento ambiental deferido pelo órgão estadual (FATMA), para a construção do supermercado em Área de Preservação Permanente, está eivado de irregularidades. 3. Da análise literal do Decreto Federal 750/1993 - hoje substituído pela Lei 1.428/06 (Lei da Mata Atlântica), que repete, em tudo e por tudo, os pressupostos da norma revogada - conclui-se que são cinco os requisitos legais básicos para a supressão 'excepcional' de vegetação situada no bioma da Mata Atlântica, quando se tratar de vegetação que não esteja em estágio inicial de regeneração: a) autorização 'motivada' do órgão estadual competente; b) anuência do Ibama; c) comunicação ao Conama; d) presença de atividades ou projeto de utilidade pública ou interesse social; e) elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Ora, esses requisitos, todos de caráter vinculante, não estão presentes nos autos (fato incontroverso), o que vicia, com nulidade absoluta, as licenças concedidas. 4. Verificada a ausência dos fundamentos invocados pela autoridade administrativa para efeito de cancelar o auto de infração e o termo de embargo, não há como negar a nulidade do ato administrativo. 5. Reconhecida a responsabilidade da empresa ré pelo dano ambiental e inviabilizada a restauração in situ, impõe-se a execução de medidas compensatórias que, devido às particularidades do caso concreto, podem ser cumuladas com indenização pecuniária em favor do FFRDDL. 6. Apelação provida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2002.04.01.016782-9**, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 30/07/2013)

No caso de competência para ação popular, segue o mesmo entendimento para a ação civil pública, qual seja, quando a União participe do feito, é entendido que persiste a competência da Justiça Federal, mesmo que o dano se verifique em comarca que não seja sede de vara federal, por força do disposto no § 3º do art. 109 da Constituição Federal.

Dessa forma, sendo relevante o interesse para a União, eis que é a própria Constituição Federal que fixa a competência do foro quando do processo participe o ente federal, sendo assim, é da competência da justiça federal a resolução do feito em ação popular dessa natureza.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO AMBIENTAL

É um instituto previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXIX e LXX. O mandado de segurança coletivo ambiental visa uma decisão mandamental para evitar danos que seriam causados ao meio ambiente, uma vez que lidando com o meio ambiente, não é possível determinar indenizações para ressarcir os danos causados, sendo prejudicado o meio ambiente, este nunca voltará ao seu status originário (SILVEIRA, 2010). O mandado de segurança coletivo esta previsto em lei. Em se tratando do mandado de segurança ambiental assim prediz Milaré, (2011):

Assim, mandado de segurança coletivo tem como objetivo nuclear a defesa dos filiados de um partido, de um sindicato, de uma entidade de classe ou associação. Nada impede, contudo, que um desses entes se utilize desse remédio heroico para



combater uma ato abusivo e ilegal de uma autoridade administrativa que repercute em direitos difusos, dentre eles o meio ambiente (MILARÉ, 2011).

Sendo procedente o pedido inicial, no caso de ação coletiva a sentença terá efeito erga omnes, isto é, é estendida a todos, indistintamente, porque atingem, de uma forma direta ou indireta, todos os seres humanos utilizam-se do no meio ambiente.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Prevista na Constituição em seu art. 129, I, que prediz: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”. A Ação Civil pública disciplinada na lei 7.347, de 24 de julho de 1985, tem como objetivo a defesa de interesses metaindividuais, *res communesomnium*, neste caso o meio ambiente. Ao transcender a esfera dos interesses privados, o objeto da presente demanda recebe uma nova natureza, a indisponibilidade.

Embora de todos, não cabe a partilha do meio ambiente entre cada pessoa individualmente considerada, sendo assim, uma vez que a titularidade seja da coletividade, a legitimidade para sua defesa é reservada àqueles mencionados em lei. É a chamada tutela dos interesses difusos.

Todavia, no âmbito da Ação Civil Pública, deve prevalecer o interesse na concretização da tutela pretendida, com a maior agilidade e o menor gastos possíveis. Podendo este objetivo ser alcançado através da via transacional, não há motivo para negar sua legitimidade como forma de solução da lide (SANTOS, 2006).

Também há o instituto do inquérito civil para subsidiar a ação civil pública. Conforme ensina Fiorillo (2012), o inquérito civil tem por escopo a colheita de material de suporte para ajuizamento da ação civil pública, averiguando-se a existência de circunstância que enseja a aplicação da Lei n. 6.938/81, de modo a formar a convicção do promotor e justiça e evitar a propositura de ação temerária.

A Constituição Federal reza em seu art. 225, *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo ele um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, recaindo sobre o Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, “a opção do legislador constituinte pela competência comum para a defesa do meio ambiente, bem como do legislador ordinário pela criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, demonstram a importância que se deu à proteção ambiental, tendo



como decorrência a necessidade de cooperação de todos os entes federados, seus órgãos e entidades, na proteção. Há de se admitir a transação envolvendo bens difusos, desde que sirvam para garantir de modo mais eficaz a sua proteção, o artigo 225 da CRFB/88, assim leciona: execução daqueles temas a que deu dignidade constitucional. Desta forma, a todos os integrantes do SISNAMA se atribuiu a responsabilidade pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, tendo em vista ter sido o Sistema Nacional criado com o fim de operaciona.

Há de se admitir a transação envolvendo bens difusos, desde que sirvam para garantir de modo mais eficaz a sua proteção, o artigo 225 da CRFB/88, assim leciona: Art. 225, CF-88: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Entretanto, esta proteção deve ser integral, vez que os direitos difusos não podem ser alvos da discricionariedade da administração. Sua natureza de bem coletivo, difuso, de propriedade de todos, não permite que a administração ceda aos caprichos de particulares, já que a ela foi concedida apenas a legitimidade para defender o meio ambiente, e não dispor do mesmo.

A responsabilidade civil ambiental é objetiva, solidária e *propter rem*, respondendo pelos danos ao meio ambiente, que sejam perpetrados antes da alienação do imóvel, tanto pelo alienante quanto pelo adquirente.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki (REsp n. 592693, DJ de 27-8-2007, p. 190), já decidiu:

A ação civil pública destina-se a conferir integral tutela aos direitos transindividuais (difusos e coletivos) e, com essa finalidade, comporta não apenas os provimentos jurisdicionais expressamente previstos na Lei 7.347/85, como também qualquer outro, hoje disponível em nosso sistema de processo, que for considerado necessário e adequado à defesa dos referidos direitos, quando ameaçados ou violados.

Logo, se percebe claramente que os danos históricos têm suas peculiaridades, e não depende de prova da culpa para responsabilizar seus agentes causadores. A tabela abaixo resume as principais ações cabíveis para proteção e preservação de bens arqueológicos por meio da judicialização do tema e seus possíveis autores.

Tabela 01: Ações Cabíveis para proteção e preservação de bens arqueológicos.

Ação Cabível	Autor	Base Legal
Ação Popular	Cidadão	Artigo 5º, LXXIII - CF/88
Mandado de Segurança Coletivo	Associação/Organização Sindical/ Entidade de classe	Art. 5º, LXIX e LXX - CF/88
Ação Civil Pública	MPF	Lei 7.347/1985

Fonte: Legislação 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a análise, observou-se que a União, o IPHAN, e igualmente Prefeituras, são entes com responsabilidade, caso constatada a presença de um sítio arqueológico, o que pode ser constatado com parecer do IPHAN, que deve seguir em anexo no caso de processo de usucapião, isto impossibilita a aquisição e utilização plena por usucapião do imóvel pretendido. A produção de eventuais provas em direito admitidas, devem ser solicitadas para confirmação do imóvel como de área de interesse público num todo ou em porcentagem que se encontre em área de interesse.

Destacando, outrossim, que o laudo do IPHAN tem presunção de legitimidade, eis que o parecer do IPHAN é firmado sob o pálio de ato administrativo, uma vez que por expressa previsão legal (art. 9º, da Lei n. 9.760/46).

A sociedade deve ter um ambiente com devido equilíbrio ecológico, com a responsabilização dos responsáveis pelos danos ambientais e históricos que venha a causar, e com base no direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, passa a se preocupar com a qualidade de vida das presentes e das futuras gerações, e principalmente com a reparação dos ambientes degradados. O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, é previsto constitucionalmente na Constituição Federal de 1988, sendo os sítios arqueológicos objetos de igual valor.

Cabe ao Estado a proteção ao meio ambiente, com seus meios de fiscalizar e de controle, e também é sua atribuição auxiliar na proteção destes, não deixando de ser um dever de todos.

As construções irregulares muitas vezes causam dano, afetando o patrimônio histórico e ambiental e a coletividade, devendo os responsáveis serem punidos. Feita a construção, de forma irregular, e havendo o dano, deverá o degradador, respeitando o princípio do poluidor-pagador, reparar de forma integral ao meio ambiente afetado. Para que haja a reparação integral do meio ambiente, deve-se observar a responsabilidade de cada agente na causa do dano.

Diante da pesquisa realizada, com base na doutrina, legislação e jurisprudência, pode-se verificar que o dano deve ter responsabilização do seu agente causador, e se estendendo a todos os envolvidos no caso, sob pena de ineficácia da reparação.

Observou-se que a matéria de sítios arqueológicos possui inúmeras peculiaridades, com uma enorme quantidade de normatização sobre o assunto, algumas com mais de sessenta anos outras mais recentes, mas que não podem ser deixadas de lado, pois são intimamente ligadas.

Com a expansão imobiliária dos últimos tempos a procura por imóveis aumentou consideravelmente, principalmente próximo as praias e em área de presença destes sítios. Contudo, não se pode deixar de lado o respeito ao patrimônio histórico e deve-se ter cautela nas áreas de preservação, para inibir construções em locais legalmente protegidos. Dessa forma, foram verificados a existência de vários mecanismos legais que podem ser usados na preservação desses sítios arqueológicos, como: Mandado de Segurança Coletivo, Ação Populas e Ação Civil Pública.

Ao final da presente pesquisa, chega-se a conclusão que é possível proteger o bem histórico, para mantê-lo preservado. Com a fiscalização adequada, por parte dos entes públicos, e com a conscientização da população quanto ao real valor destes bens, inclusive conscientizando-se a sociedade das ações que podem ser tomadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm> Acesso em: 15 de set. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação Cível 2006.72.16.002471-4, 4ª Turma, Des. Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior, por unanimidade, publicado em 03/09/2008. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1htm>> Acesso em: 23 set. 2021

BRASIL. Ministério da cultura/instituto do patrimônio histórico e artístico nacional. Portaria nº 375, de 19 de setembro de 2018. Institui a política de patrimônio cultural material do iphan e dá outras providências. Disponível em: <PORTARIA Nº 375, DE 19 DE SETEMBRO DE 2018 - Imprensa Nacional (in.gov.br) > Acesso em: 23 set. 2021.

COSTA, Kalleo Castilho. Ação Popular. 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9888&revista_caderno=9> Acesso em: 25 set. 2021.

DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Proteção aos Sítios Arqueológicos. Disponível em: <Proteção aos Sítios Arqueológicos — Português (Brasil) (www.gov.br) > Acesso em: 23 set. 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco: **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 13º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 709.

FLORIPA ARQUEOLÓGICA. Os sítios arqueológicos. Disponível em: <Legislação – Floripa Arqueológica (floripaarqueologica.com.br) > Acesso em: 25 set. 2021.

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional Página. Disponível em: <Home - IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional > Acesso em: 23 set. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Edição, Ed. Malheiros

TRF-4 - AC: 33492 SC 95.04.33492-0, Relator: LUIZA DIAS CASSALES, Data de Julgamento: 08/10/1998, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 18/11/1998 PÁGINA: 645)

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Edição, Ed. Malheiros, p. 322.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência glossário**. 7 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1418.

MIRANDA; Marcos Paulo de Souza. Responsabilidade Civil por Danos ao Patrimônio Arqueológicos. Conjur. 3 de abril de 2021, 8h08 Disponível em:< ConJur - Responsabilidade civil por danos ao patrimônio arqueológico > Acesso em 14 de Setembro de 2021.

MIRANDA; Marcos Paulo de Souza. Lei de Proteção ao Patrimônio Arqueológico Brasileiro completa 60 anos. Conjur. 3 de abril de 2021, 8h08 Disponível em:< ConJur - Lei de Proteção ao Patrimônio Arqueológico completa 60 anos > Acesso em 14 de Setembro de 2021. REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural – Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004

OLIVEIRA; Marcela Matos Fernandes de. MONTEIRO; Marcio Augusto Ferreira. Destruição de sítio arqueológico por ocasião das obras de construção do projeto habitacional nova cidade em Manaus. 1 de ago de 2014. Disponível em: <Destruição de sítio arqueológico por ocasião das obras de construção do projeto habitacional nova cidade em Manaus - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade (ambitojuridico.com.br) > Acesso em: 23 set. 2021.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural – Direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 88.

ROHR, J.A. Os sítios arqueológicos do Município de Itapiranga. *Pesquisas, Antropologia*, São Leopoldo, nº 15, p. 21-59, 1966.

ROHR, J.A. Os sítios arqueológicos do planalto catarinense, Brasil. Pesquisas, Antropologia, São Leopoldo, nº 24, p. 1-56, 1971.

ROHR, J.A. Os sítios arqueológicos de Santa Catarina. Anais do Museu de Antropologia, Florianópolis, UFSC, ano XVI, nº 17, p. 81-153, 1984.

SALATIEL, José Renato. Santo Tomás de Aquino: Razão a serviço da fé. In.: Uol Educação. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/santo-tomas-de-aquino-razao-a-servico-da-fe.htm>. Acesso em 01 de jan. de 2015.

SANTIAGO, Djalma Guimarães. A proteção do patrimônio arqueológico: motivações, critérios e diretrizes no tombamento de sítios arqueológicos pelo Iphan / Djalma Guimarães Santiago – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Rio de Janeiro. 2015.

SANTOS, Leonardo Cacau. In: **(In)competência da Justiça Federal**: preliminar à atuação do Ministério Público Federal na tutela coletiva.. Publicado em 11/2006. Elaborado em 10/2006. Disponível em: <[http:// http://jus.com.br/artigos/9139/in-competencia-da-justica-federal#](http://jus.com.br/artigos/9139/in-competencia-da-justica-federal#) > Acesso em: 18 set. 2021

SCHMITZ, Pedro Ignácio. A ocupação pré-histórica do estado de Santa Catarina. Revista Tempos Acadêmicos, Dossiê Arqueologia Pré-Histórica, nº 11, 2013, Criciúma, Santa Catarina. ISSN 2178-0811.

SILVEIRA, Carla Luciana da. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. 2010 Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,mandado-de-seguranca-coletivo-ambiental,29678.html.htm>> Acesso em: 18 maio 2021.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens Culturais e sua Proteção Jurídica. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

TRF-4 - ACR: 43133 SC 2003.04.01.043133-1, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 22/09/2004, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/11/2004 PÁGINA: 521)

TRF-4 - AC: 6198 SC 95.04.06198-2, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 22/10/1998, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/11/1998 PÁGINA: 420)

TJ-PR , Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 02/12/2008, 5ª Câmara Cível.

CAPÍTULO 12

REFLEXÕES SOBRE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO APLICADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Leandro Paiva do Monte Rodrigues
Ítalo Barbosa Leôncio Pinheiro
Antony Davi Rosendo da Silva
Amyna Karília Mendonça Tavares
Ednaldo Fernandes de Almeida
José Iran Lima da Costa Filho
Raitiyssa Brendha Dantas Pessoa Balbino

RESUMO

O uso de mecanismos adequados para a resolução de conflitos dentro do âmbito jurídico vem em crescimento, uma vez que as demandas ao poder judiciário se avolumaram, principalmente com o desenvolvimento da tecnologia nos processos eletrônicos. No âmbito do direito penal, esses mecanismos já estão positivados em séries de normas, porém ainda a sua aplicação não é comum. Objetiva-se com este trabalho analisar a perspectiva da resolução dos conflitos no âmbito do direito penal a partir da conciliação e mediação, enquanto processo de gestão de conflitos, acesso à justiça e celeridade de resposta do poder judiciário. A partir das leituras de várias obras nas áreas que discutem a importância de se pensar e constituir novas formas de resolução de conflito, inclusive no âmbito do direito penal, foram feitas também consultas à legislação pertinente, principalmente a Lei 9.099 de 1995, bem como das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido, considera-se que há duas perspectivas de justiça, a retributiva e restaurativa. Que já há um embasamento normativo e teórico sobre o processo de conciliação/mediação no âmbito do direito penal. Foi apresentada diversas técnicas que podem ser aplicadas no momento da conciliação/mediação de modo a ajudar a solução do conflito.

PALAVRAS-CHAVES: Mediação; Conciliação; Conflito; Direito Penal.

INTRODUÇÃO

A Justiça, como objetivo, pode ser alcançada através de diversos meios, mas para alcançar-se esta justiça, é necessário compreender qual a ideia que compõe o imaginário social sobre o que é o “justo”. Para isso, é fundamental entender que a concepção de justiça e as formas pelas quais ela se manifesta, junto à estrutura social, evoluíram, alterando não só os meios para ter-se acesso à justiça e como também o comportamento da sociedade em relação a seus conflitos. Portanto, como exemplo dessa ideia, pode-se afirmar que a *lex talionis*, utilizada em outrora como uma forma de alcançar a justiça, não pode ser considerada, hoje, como uma manifestação idônea de justiça na sociedade contemporânea, justamente pela alteração do corpo social.



Para que atualmente a sociedade usufrua de uma justiça mais humanizada e com o enfoque na resolução pacífica de conflitos, foi necessário que, durante séculos, estudiosos tenham trabalhado em conceitos e observado quais as melhores formas de resolver os litígios e querelas que compuseram e compõem as interações humanas. Nesse sentido, o ideal de buscar a justiça por muito tempo a ideia da justiça partia da decisão de um magistrado constituído pela instituição judiciária, porém, com o processo de complexidade da sociedade, o aumento das demandas ao judiciário, tornaram o modelo de justiça a partir da decisão de um juiz um processo lento e custoso, em que muitas as vezes a decisão que ocorre não mais institui o justo, uma vez que se perdeu no tempo o objeto.

A fim de assegurar o acesso à justiça, por meio das instituições que representam o Estado, foi elaborada uma proposta que ansiava mudar o paradigma de como os indivíduos resolvem os seus conflitos, deste modo foram desenvolvidos mecanismos adequados de resolução de conflitos, mecanismos extrajudiciais, tais como os apresentados por Santos (2014): orientação individual; orientação coletivas, processo individual; processo coletivo; arbitragem; serventia extrajudicial; negociação direta; negociação assistida; conciliação, a mediação, na busca de torna a resolução do conflito mais célere e superar a reciprocidade punitiva que havia arraigado as antigas concepções de justiça.

Todavia, um desafio na utilização dos mecanismos adequados de resolução de conflitos está no âmbito do direito penal, uma vez, que nessa esfera a ideia da justiça pela punição é mais intensa, porém o Estado brasileiro tem no seu arcabouço legislativo formas de aplicar tais mecanismos para a resolução da querela penal, de modo que haja a resolução do conflito, em tempo hábil e com a participação dos envolvidos.

Este trabalho objetiva analisar a perspectiva da resolução dos conflitos no âmbito do direito penal a partir da conciliação e mediação, enquanto processo de gestão de conflitos, acesso à justiça e celeridade de resposta do poder judiciário. A partir das leituras de várias obras nas áreas que discutem a importância de se pensar e constituir novas formas de resolução de conflito, inclusive no âmbito do direito penal, foram feitas também consultas à legislação pertinente, principalmente a Lei 9.099 de 1995, bem como das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que no Brasil é a principal instância proponente sobre os mecanismos adequados a resolução de conflito.

A conciliação/mediação ligada ao Direito penal, vem demonstrando a sua importância na resolução de crimes e a contravenções de potencial menor, como será aprofundado



posteriormente; principalmente no que diz respeito a sua celeridade, mostrando-se uma alternativa deveras viável para que as partes não cheguem às vias de fato, com um processo judicial, que mostra-se extremamente moroso, quando comparado à velocidade de resolução que possui a conciliação.

A conciliação, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (2016), é considerada como uma maneira de apaziguar as coisas consensualmente entre os envolvidos, sendo, portanto, aplicado em conflitos definidos como “menos complexos” que os, geralmente, resolvidos por intervenção da mediação. O papel do conciliador, ainda de acordo com o autor, seria auxiliar, embora que imparcialmente, as partes a encontrar um acordo razoável. Não necessariamente seria a solução perfeita, mas um tratado, onde os nervos serão abrandados, objetivando que o conflito se encerre, mas não esquecendo de auxiliar a construir uma harmonia entre as partes.

O trabalho foi estruturado em quatro partes: a primeira parte discutir a perspectiva do ideal de justiça no seio da sociedade, a partir das facetas da justiça retributiva e restaurativa. O segundo item aborda a importância dos Juizados Especiais Criminais na resolução dos conflitos penais a partir da Lei 9.099 de 1995. A terceira parte trata sobre a importância da conciliação para a resolução dos conflitos penais. O quarto item demonstra os principais métodos aplicados à conciliação, para uma justiça mais humanizada. Por fim, ainda há uma consideração final

MEDIDAS ALTERNATIVAS AO PROCESSO PENAL: MEDIAÇÃO/CONCILIAÇÃO

Para pensar em mecanismo adequado para resolução de conflitos no âmbito das ações penais, é importante compreender que não se buscará tal aceção diante das proposições tradicionais do Direito Penal, uma vez que as proposições, nesse interim, encontram-se dentro do que Guerra (2017) chama de Justiça retributiva. Segundo a autora, essa concepção trata o infrator da lei penal merecedor de um castigo, normalmente a prisão, deste modo, retribuído ao mal praticado à vítima e à sociedade.

A aplicação da pena tem por finalidade a prevenção, retribuição e ressocialização, ou seja, na estrutura da aplicação penal, considera que a aplicação da pena previne a ocorrência do mesmo fato, através do exemplo de punição aplicado, neste mesmo sentido aquele que comete a infração penal, retribui seu mal com o cumprimento da pena, e por meio do sistema penal/carcerário busca-se a ressocialização do indivíduo, através de atividades desenvolvidas no lugar da execução da sentença.



No ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do direito penal, há uma predominância da aplicação de pena privativa de liberdade, todavia, há uma reiteração de crimes pelos infratores, o aumento da criminalidade das cidades, levando ao aumento da população carcerária, tornando-se algo alarmante no Brasil. Para intensificar esse problema, tem-se o desinteresse do poder público na construção/reestruturação dos estabelecimentos prisionais, a efetivação de políticas públicas para quem cumpre a pena, deste modo inúmeros problemas estão dentro do sistema penal brasileiro (GUERRA, 2017; FREIRE, 2018).

Diante da crescente demanda no âmbito do processo penal, o Poder Judiciário encontra-se sobrecarregado, assim, não consegue dar uma resposta célere, eficaz e de qualidade à demanda processual existente (FREIRE, 2018). Cabe ressaltar que essa questão penal do encarceramento e de lotação de presídios é um problema que assola vários países (GUERRA, 2017), diante desse contexto, os mecanismos autocompositivos judiciais, a exemplo da mediação, surgem como mecanismo adequados para resolver conflitos nessa seara.

Em razão do cenário constituído pelo sistema de justiça retributiva, surgiu a concepção de justiça restaurativa, que segundo Guerra (2017) representa uma nova abordagem no âmbito penal, baseado por meio do consenso, onde a vítima e o infrator são considerados sujeitos centrais no caso, de modo coletivo e ativo participam na construção de soluções dos traumas, e perdas causadas pelo delito, por um modo interdisciplinar e de forma institucionalizadas. Assim, segundo a autora, causa uma ruptura no modelo alicerçado no princípio da justiça retributiva.

Dessa forma, o método restaurativo, segundo Guerra (2017, p. 218) recebe esta denominação “por ser utilizado para fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades decorrentes da ofensa sejam atingidas e o resultado individual socialmente terapêutico seja alcançado”. Logo, a justiça restaurativa busca reparar o mal resultante da prática do ilícito, que segundo a autora, não é visto como um fato jurídico, todavia, é um fato ofensivo à pessoa da vítima, deste modo, o crime é compreendido para além de uma conduta típica, antijurídica e culpável, que é aplicado contra bens e interesses penalmente tutelados, mas é uma quebra da relação entre infrator, vítima e a comunidade.

Ressalta-se que a justiça restaurativa, busca responder algumas questões que em muito não são colocadas e respondidas no processo penal, logo tal método tem uma resposta psicológica na relação vítima, infrator e comunidade, possibilitando, segundo Guerra (2017) a reconstrução da relação interpessoal dos envolvidos no conflito, de modo a garantir a melhor



solução à vítima e ao ofensor. Ainda, segundo a autora, a justiça restaurativa tem dois objetivos, quais sejam: “reparação e a cura para as vítimas e sanar o relacionamento entre vítima e ofensor” (GUERRA, 2017, p. 224).

A justiça restaurativa na perspectiva dos mecanismos de resolução dos conflitos é uma perspectiva teórica e prática que está em ascensão em diversos sistemas jurídicos penais. No caso do Brasil, a sua possibilidade de aplicação vem com a Constituição Federal de 1988 a partir do art. 98, I, que traz a seguinte afirmação em relação ao poder judiciário na União, Distrito Federal e Estados: “I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (BRASIL, 1988).

Ora, a Carta Magna do Brasil em seu texto deixa explícito a possibilidade de resolução dos conflitos por outros mecanismos que não seja o tradicional processo jurídico criminal. Porém, a efetivação e regulação do art. 98 da CF, veio com a criação da Lei 9.099 de 1995, que trata sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, já no art. 2º apresenta um objetivo para esse foro de “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995).

Assim, no processo criminal, a questão da conciliação/mediação é na audiência preliminar do processo judicial tradicional, logo Gândara e Sciarini (2018) caracterizam como um processo extraprocessual por natureza, pois ainda não há o processo instaurado. E também o caracterizam como algo endoprocessual por fazer parte de um procedimento especial do Juizado Especial Criminal, uma vez que ocorre sob os auspícios do Estado.

É passivo que nem a CF ou a Lei. 9.099/1995 fazem referência a justiça restaurativa, todavia, com a permissão normativa para resolução de conflitos por mecanismo de mediação/conciliação no processo judiciário, a perspectiva do método restaurativo, é uma forma de fazer esses mecanismos de mediação acontecer, assim, pode-se compreender que nem toda mediação na esfera penal usará os meios restaurativos. Para Gândara e Sciarini (2018), no procedimento de conciliação/mediação no processo penal é introduzido pela ótica do direito penal, direitos humanos fundamentais e pelo neoconstitucionalismo.



Cabe ressaltar que a lei 9.099/1995 considera que apenas as infrações penais de menor potencial ofensivo podem ser resolucionadas em Juizados especiais, ou seja, são consideradas contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (GÂNDARA; SCIARINI, 2018).

Para Guerra (2017), o mecanismo autocompositivo judicial que pode estabelecer a resolução do conflito é a mediação, a qual também faz uma distinção da conciliação, para a autora a conciliação tem como principal objetivo o acordo, já na mediação, segundo a estudiosa, não se prende ao acordo exclusivamente, mas busca privilegiar a desconstrução de um conflito e a restauração da convivência entre os envolvidos.

A importância da transação penal (mecanismo de autocomposição judicial), segundo Gândara e Sciarini (2018), está com a adequada condução da audiência de conciliação/mediação, onde o conciliador/mediador deve ser imparcial, ouvir, conduzir o diálogo de modo a não favorecer a vítima ou o réu, mas construir um equilíbrio no conflito. Isso cabe até ao Ministério Público em ação penal pública incondicionada.

Por fim, os mecanismos de autocomposição judicial possibilitam o maior acesso à justiça, bem como a celeridade à resolução do conflito, o método da justiça restaurativa busca não apenas a solução do conflito, mas criar uma cultura da participação de todas as partes envolvidas, na busca de restaurar a relação entre vítima e acusado. Inclusive o Ministério Público deve propor soluções por meio dos juizados especiais.

O PAPEL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS

Em conformidade com os aspectos já expostos, os campos teóricos e práticos do Direito são reorganizados de acordo com a modernidade do meio social, a qual faz mister uma maior celeridade na proteção judicial dos sujeitos e objetos que compõem a sociedade. Nesse sentido, o Direito Penal é compreendido como a *ultima ratio*, isto é, a última razão presente em um ordenamento jurídico, a fim de ser aplicado quando outro âmbito do Direito não possui mecanismos para solucionar questões que assegurem a efetiva proteção a importantes bens juridicamente tutelados (GOMES; MOLINA, 2007).

A partir disso, cabe salientar que, na própria esfera penal, há diferentes meios processuais a serem empregados de acordo com o grau de necessidade daqueles que buscam a tutela judicial. Dentre essas possibilidades, as alternativas para as soluções de conflitos possuem, hodiernamente, uma propensão em priorizar os aspectos consensuais – cuja finalidade



é tornar a resolução de conflitos mais célere e menos desgastante para as partes envolvidas – em relação aos retributivos – pautados em uma maior formalização na punibilidade do fato delitivo. Diante dessa tendência consensual, encontram-se órgãos que atuam de maneira especial para a resolução de conflitos, dentre os quais: o Juizado Especial Criminal (JECRIM) criado pela Lei. 9.099 de 1995.

O Juizado Especial Criminal tem por escopos o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, em respeito às regras de conexão e continência conforme o art. 60, caput, da Lei nº 9.099/95, isto é, quando os sujeitos do conflito possuem um mesmo objetivo ou quando dentre os objetivos que buscam, um prevalece sobre o do outro. Além disso, o JECRIM é formado por juízes togados – os quais são juízes destinados a esses tipos de Juizados Especiais –, os juízes leigos – advogados com mais de cinco anos de experiência – e os conciliadores – geralmente são bacharéis em Direito que se voluntariam aos cursos preparatórios e auxiliam os juízes na condução preliminar do processo de conciliação (MURARO, 2014).

Nesse viés, cabe evidenciar que os Juizados Especiais Criminais se orientam pelos critérios existentes no art. 62, da Lei nº 9.099/95, a exemplo da celeridade e informalidade, os quais servem como auxiliares para reparação do dano sofrido pela vítima por meio da composição dos danos civis e da transação penal (cf. parágrafo único do art. 60, da referida Lei).

A partir dessa conceituação, compreende-se a preponderância em definir a tramitação da resolução de um conflito dentro das etapas existentes nos Juizados Especiais Criminais. Dessa forma, a primeira etapa é estruturada quando há a apresentação dos fatos através do recebimento de uma denúncia – ação penal de iniciativa pública feita por um Promotor de Justiça – ou queixa – ação penal de iniciativa privada realizada pela vítima por meio de seu representante (advogado) – contra o autor do fato, denominada “Audiência Preliminar” (GÂNDARA; SCIARINI, 2018).

Na audiência preliminar, as partes envolvidas na lide tentam encontrar a melhor solução para um acordo, o qual pode ser uma composição civil – ou seja, uma indenização pecuniária paga pelo autor à vítima, a fim de suprir o prejuízo causado por sua conduta e finalizar a questão criminal – ou transação penal – isto é, um acordo proposto pelo Ministério Público ao autor do delito, com o intuito de que este cumpra uma pena alternativa, extinguindo o processo sem que haja a discussão se o mesmo era culpado ou inocente (TJDFT, 2020).



Por conseguinte, a busca pelo acordo entre as partes poderá ser orientada pelos conciliadores e juízes leigos, supervisionados pelo juiz presidente, isto é, o juiz togado destinado a atuar em determinado Juizado Especial, ou diretamente por esse (CARAMIT *et al*, 2020). Caso o objetivo consensual não seja acordado, as partes indicarão os dados das testemunhas e, se não houver espontaneidade destas em se apresentarem, far-se-á necessária a intimação das mesmas para comparecerem à segunda fase.

Esta, por sua vez, é conhecida como “Audiência de Instrução e Julgamento”, na qual ocorre a produção de provas e, deveras, o julgamento. Diante disso, o autor do fato deve estar acompanhado de um advogado, caso o mesmo não o possua, o juiz solicitará o comparecimento de um Defensor Público para compor a sua defesa (art. 68, da Lei nº 9.099/95). Nessa audiência, o juiz poderá propor, novamente, a resolução do conflito por uma composição civil, para as partes, ou a transação penal, para o Ministério Público. Se não houver acordo, o advogado do acusado fará uma defesa oral, apresentando o posicionamento da parte que o mesmo defende, sendo o juiz responsável por receber ou não a denúncia já exposta pela parte adversa. Ademais, na possibilidade de rejeição do juiz, o processo será arquivado, todavia, sendo também possível o Ministério Público recorrer.

Em caso de aceitação da denúncia pelo juiz, sendo a pena mínima prevista igual ou inferior a um ano, o Ministério Público poderá sugerir uma proposta de suspensão do processo ao acusado, em conformidade com o art. 89, caput e §1º, da Lei nº 9.099/95, em prazo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que cumpridas as seguintes condições: “I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.” (BRASIL, 1995). Outrossim, de acordo com §2º, do referido artigo, o juiz poderá definir outras condições relevantes ao fato e à situação personalíssima do acusado. Havendo a aceitação dessa proposta, cumpridas as exigências, o processo será extinto ao final do prazo, sem condenação.

Contudo, se o autor rejeitar a referida proposta, o processo seguirá a tramitação prevista em Lei, com os depoimentos das testemunhas das partes, da vítima e o interrogatório do autor do delito. Por conseguinte, o Ministério Público e o advogado de defesa apresentarão as alegações finais, respectivamente. Assim, após essa conjuntura, o juiz sentenciará o acusado, absolvendo-o ou condenando-o. Logo após a sentença, ainda é possível que haja recurso nas situações de obscuridade ou contradição no conteúdo da decisão (embargos de declaração) – no prazo de 5 (cinco) dias após a data de conhecimento da decisão pelo recorrente – ou contra



a decisão proferida pelo juiz (apelação) – no prazo de 10 (dez) dias após a audiência ou publicação da sentença, sendo de mérito de uma Turma Recursal (TJDFT, 2020).

Infere-se, portanto, que os Juizados Especiais Criminais possuem papel preponderante na resolução de litígios por intermédio da conciliação, a partir da informalidade e da celeridade no desenvolvimento do processo, a fim de tornar mais dinâmicas e pacíficas as tratativas das partes e, conseqüentemente, obter um resultado mais harmônico que não origine uma situação adversa após a conclusão do processo. Nesse sentido, os juízes togados e leigos, os conciliadores e promotores de justiça devem receber orientações e especializações nas funções que desempenham, com o pressuposto de que prevaleça a solução consensual dos conflitos em detrimento da justiça retributiva, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

CONCILIAÇÃO, UM CAMINHO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS

A conciliação é uma forma de solução de conflitos, a ideia desse método é exatamente reaproximar as partes, tendo se tornado uma maneira cada vez mais eficaz, podendo ser usada em todas as áreas do Direito e da vida cotidiana. Visto isso, na esfera penal temos a conciliação como um método de orientação para o indivíduo que, sem dúvidas, anseia para que a justiça veja cada situação pelos olhos da vítima, da comunidade e do ofensor.

A priori, deve-se atentar para os diversos conflitos que podem adentrar à esfera penal, afinal, muitos conflitos surgem pela ideia do que são conflitos consumeristas, trabalhistas e até de família e podem se tornar conflitos do âmbito penal, pois a instrução para o decorrer desses conflitos pode ser insuficiente para evitar que se estenda a uma esfera rigorosa e que por muitos é caracterizada como sendo “menos humanizada”, que é a do Direito Penal. No andamento do conflito, encontra-se os diversos caminhos que se percorrem para chegar a uma solução. Há, sem dúvidas, uma necessidade que perpassa esferas nas quais o conflito se estende, faz-se necessário compreender sobre os envolvidos, seu ambiente social, os aspectos do conflito, o relacionamento das partes, a natureza do conflito em si, para que, então, possa-se criar uma estratégia para melhor solução por meio da conciliação (SOUZA; OLIVEIRA, 2014).

De um lado, há uma justiça punitiva e por muitas vezes rigorosa em seus julgados, por outro, há uma possibilidade de uma justiça restauradora, pois, a conciliação penal tem sido uma alternativa para o Estado que, quando bem aplicada e bem exercida, pode auxiliar no desenvolvimento e mitigar as marcas que o sistema pode deixar nas pessoas envolvidas no delito, reduzir a insegurança dos mesmos e até o medo que o ato possa ter deixado na sociedade,



afinal, a conciliação tem como instrumento o princípio da dignidade humana, um dos principais modelos de garantia constitucional (GUERRA, 2017; SILVA, 2007).

Haja vista que, há uma resistência em aceitar a conciliação como solução de conflitos penais, vale salientar que os princípios desse mecanismo não são taxativos e se estendem a cada âmbito a ser tratado, bem como possuem princípios específicos para cada atividade a ser exercida. A título de exemplo, pode se destacar a violência doméstica, é importante enfatizar que o papel da conciliação nesse caso não é de diminuir as conquistas da lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006), mas ser coerente e com a realidade de descaso que se perpetua nas delegacias e juizados de violência contra mulher, pois muitas vezes a intenção não é de movimentar a justiça a favor da situação, e sim de a vítima, por muitas vezes, querer apenas que seja dado um “sermão” ou um “susto” no companheiro que possivelmente poderá voltar a cometer violência, podendo chegar a estados mais graves dessa situação, como um Femicídio.

Certamente, em casos como o exposto, a conciliação deve entrar como solução, pois sabe-se que por mais que a legislação tenha atribuído tratamento mais rigoroso para esse delito, é de conhecimento que por mais que a prisão do agressor se estenda por dias, a vítima ainda continua insegura, segundo Leonardo (2017), a maioria dos crimes contra mulher se dá pelo machismo estrutural da sociedade, em muito potencializado pelo uso de drogas ou álcool, e a aplicação da lei não consegue, por si só, resolver a situação, tendo que se levar em conta inúmeros instrumentos para a solução do conflito. Por isso, a mediação deve ser levada em consideração por ser um instrumento pacificador de solução e prevenção de futuros litígios.

A ideia da mediação, nesses casos, é acompanhar o agressor, pois nem tudo está ligado ao passado, reforçando que a ideia de conciliação não está ligada a ideia de que o afastamento do agressor não seja necessário, mas sim fazer com que cada conflito seja tratado de forma individualizada, podendo restaurar as partes afetadas pelo delito, devolvendo-as para sociedade com novas perspectivas (GUERRA, 2017).

Destarte, diante da crise no sistema penal, faz-se necessário o uso da mediação e conciliação como alternativas não só para conflitos como o que foi citado anteriormente, como também para outros diversos tipos de conflitos na esfera penal brasileira. A ideia da implantação da conciliação no meio penal é uma maneira de conciliar os interesses e anseios dos envolvidos no processo criminal, tal alternativa auxiliaria na desconstrução de formas violentas e opressivas de resolução no espaço penal, já que isso tem sido um grande problema social no Brasil, indo contra princípios constitucionais fundamentais de ordem jurídica justa e condição



de obter uma justiça célere e democrática, com a criação de um direito que atenda a acordos equilibrados e não impostos.

PRINCIPAIS MÉTODOS APLICADOS À CONCILIAÇÃO: A BUSCA POR UMA JUSTIÇA MAIS HUMANIZADA

Quanto às técnicas de conciliação, vale salientar que, embora existam várias, é imprescindível que haja cautela sobre qual será mais vantajosa em cada situação, isto é, identificar como e quando empregar cada uma, conforme a necessidade de determinado caso. Para Almeida (2014), tais métodos são como ferramentas de uma grande caixa, visto que nem todos serão adequados para todas as conjunturas. Assim, com a finalidade de estender o conhecimento, este item expõe alguns dos mais aplicados neste âmbito.

A princípio, a escuta ativa. Segundo Sales (2016) se baseia em ouvir, minuciosamente, o que expressam os envolvidos, de modo a contribuir na concepção de um diálogo propenso e pacífico. Dessa forma, o conciliador deve ser metucioso e demonstrar interesse ao que está sendo falado, além de fornecer confiança a esses. De acordo com Fachada (1991, p. 323), “a escuta ativa implica que prestemos atenção não só ao conteúdo da mensagem de cada uma das partes, mas também aos sentimentos e emoções nelas implicadas, aos índices não verbais e ao contexto em que a mensagem é proferida”

O acolhimento e legitimação também são meios importantes. Assim, a terceira pessoa deve ser um ponto de apoio e compreensão, logo, precisa captar as emoções, os desejos e as inquietações expressas, de forma a deter qualquer julgamento. Apesar disso, o posicionamento fixado para direcionar a audiência requer assertividade, bem como imparcialidade.

Outro recurso é a realização de perguntas ou questionamentos através do terceiro, tendo em vista que, possui caráter fundamental para estimular a autonomia dos abrangidos, sua participação efetiva e colaboração, com o intuito de fomentar a solução independente por meio desses. As indagações veiculam para diversos objetivos, como, favorecer o câmbio de informações, a prestação de esclarecimentos por ambas partes e entre si, como também provocar reflexão sobre o teor do conflito e as vontades ou posicionamentos, propondo a análise de possibilidades (SANTOS, 2014).

Acerca das estratégias correspondentes ao resumo e reformulação, conhecidas como por modo afirmativo do conciliador, Tartuce (2013) afirma que podem ser empregadas por múltiplos meios. Então, o resumo inclui um relato conciso dos partícipes, logo, um momento favorável e livre para que suas concepções sejam apresentadas, sendo uma forma pela qual o



mesmo afere entendimento sobre o que já haveria sido exposto. Com relação à reformulação, também é possível reiterar ao conciliador o que uma das partes explanou, com o intuito de simplificar o processo de conversação. Ademais, é exequível que esse procure conferir um sentido menos depreciativo às falas, para que a diferença seja amenizada.

Fomentar que uma das partes do conflito se coloque no lugar da outra também pode ser um mecanismo eficaz. Em outras palavras, o objetivo da inversão de papéis é provocar uma das partes envolvidas, de modo que ela se lembre das circunstâncias delicadas da outra. Portanto, como enfatiza SPENGLER (2014), isso estimula a empatia, pois, por meio do direcionamento do terceiro, a pessoa percebe o contexto pelo ponto de vista do outro.

Já o recurso de reuniões individuais é uma opção para casos em que há prevalência de uma assimetria de poder, em que a parte se sente intimidada pela participação de outra. Assim, possui maior comodidade para exprimir e pedir esclarecimentos. Todavia, para que não seja visto como um favor, recomenda-se que a possibilidade de uso seja indicada pelo terceiro facilitador no momento da abertura. Entretanto, há algumas ressalvas, posto que tal predileção não deve ser vista como vantagem, nem mesmo maximizada, por esse motivo, o orientado é que o terceiro indique essa viabilidade ao início da audiência.

Vale citar o teste de realidade. Esse está embasado na demonstração de um aspecto dissidente por uma ou ambas as partes, com o propósito de se verificar a lacuna entre o que se imagina e o que costuma acontecer, ou seja, um esforço para que a realidade se revele. De acordo com Sales (2016) o teste da realidade é uma técnica para se avaliar se será cumprido aquilo que foi acertado no consenso na conciliação.

Por fim, ressalta-se que não existe a técnica adequada para um determinado tipo de conflito, caberá ao conciliador/ mediador a partir da realidade apresentada e de sua experiência utilizar a técnica mais adequada para a resolução do conflito, de modo que as partes se sintam contempladas na solução consensuada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de justiça vem se moldando para que possa ter algumas decisões um pouco mais humanizadas, porém, sempre justas, onde tenham uma solução pacífica dos confrontos. A conciliação é um modelo de justiça que busca de forma consensual resolver os conflitos pacificamente de forma que diminua as complexidades, mostrando alternativas viáveis para evitar um longo processo judicial e ter uma resolução de forma rápida.



Com isso, as medidas alternativas ao processo, a exemplo da conciliação e mediação, buscam a solução mais adequada dos conflitos de interesses, com a participação ativa de ambas as partes, sempre buscando um resultado que satisfaça seus interesses, preservando o relacionamento entre elas, de forma pacífica e que possa resolver o conflito.

Portanto, as principais situações que utilizam da conciliação/ mediação, são aqueles que buscam a resolução de conflitos, de forma que esse método possa reaproximar as partes, de maneira que ganhe relevância e seja usada nas diversas áreas do Direito e da vida cotidiana, evitando grandes conflitos com um processo judicial e imprimindo a justiça nos casos exercidos, por meio da mediação e buscando a pacificação dos casos.

O papel dos Juizados Especiais Criminais, na resolução dos conflitos penais, é de fundamental importância para resolução de conflitos penais, onde a Lei 9.099/95 deu aos Juizados Especiais Criminais a competência para a conciliação e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo que podem compreender em crimes e/ou contraversões penais.

Desta forma, podemos compreender a importância dos métodos adequados à resolução do conflito no Direito Penal, que resolve as querelas fazendo com que os envolvidos possam se colocar no lugar do outro, apaziguando os litígios e, de forma pacífica, mostrando uma importante forma de trazer a justiça à tona.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.099/95, de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

CARAMIT, Fabíola Portugal Rodrigues; SILVA, Carlos Barnabé Hipólito da et al. A importância da função do juiz leigo no juizado especial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 25, n. 6280, 10 set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85287>. Acesso em: 21 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

FACHADA, M. O. **Psicologia Relações Interpessoais**. Lisboa, Ed. Rumo, 1991.

FREIRE, C.M.C. B. P. Medidas alternativas ao processo penal: a mediação como meio extrajudicial de gerenciamento de conflitos penais na fase pré-processual. **Justiça do Direito**, v. 32, n. 3, p. 642-670, set./dez. 2018.

GÂNDARA, L. G.; SCIARINI, J. C. F; Ensaio sobre a conciliação no processo penal prevista na lei dos juizados especiais criminais (Lei nº. 9.099/95). **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 55 – 69, Jan/Jun. 2018.

GOMES, L. F.; MOLINA, A. García-Pablos; BIANCHINI, A;. **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

GUERRA, N.R.S.V. A aplicação da mediação nas Ações Penais Públicas Incondicionadas, no prisma da justiça restaurativa. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**, Ano. I, n.2, p.211 – 264, 2017.

LEONARDO, F. A. M. A persistência da violência contra mulher. **Revista do Instituto de Políticas Públicas de Marília**, Marília, v.3, n.2, p. 43-52, Jul./Dez., 2017.

MURARO, C. C;. O papel do conciliador no Juizado Especial Criminal. **Justiça & Cidadania**, 2014. Disponível em: <<https://editorajc.com.br/papel-conciliador-juizado-especial-criminal/>>. Acesso em: 26 set. 2021.

SALES, L. M. M. Técnicas de mediação de conflitos e técnicas da reformulação – novo paradigma e nova formação para os profissionais do Direito. **Revista novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 21, n. 3, p. 940 – 958, set-dez, 2016.

SANTOS, R. G. O acesso integral à justiça pela via dos centros multiportas de gestão de conflitos. In: CHAI, C. G.; BUSSINGUER, E. C. A. SANTOS, R. G. **Mediação e Direitos Humanos**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA), 2014.

SILVA, K. D. R. **Justiça Restaurativa e sua aplicação no Brasil**. 2007. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2007.

SOUZA, L. M; OLIVEIRA, I.L. G. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

SPENGLER, F. M. **Retalhos de Mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

TARTUCE, Fernanda. Técnicas de mediação. In: DA SILVA. Luciana Aboim Machado Gonçalves (org.). **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42-57.

TJDFT - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS., 2020. **Juizado Especial Criminal**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/perguntas-mais-frequentes/juizado-especial-criminal>>. Acesso em: 25 set. 2021.

CAPÍTULO 13

ADICIONAL DE PENOSIDADE E SUA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA FINS DE EFEITOS *ERGA OMNES*

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022108013054

Alexandre Cavalcanti Boleira Lopo

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade tratar acerca da necessidade de regulamentação específica quanto ao adicional de penosidade, que apesar de estar disposto à luz da Constituição Federal de 1988 em seu art. 7º, XXIII, se demonstra carente de regulamentação infraconstitucional para surtir efeitos *erga omnes* na seara trabalhista, como elemento capaz de promover a saúde e segurança do trabalho. Logo, foi realizado do ponto de vista metodológico uma revisão de caráter bibliográfico, que identificou conceitos práticos ligados a doutrina trabalhista, bem como a análise de legislação conivente. Nesses termos, foi concluído no final da pesquisa, que o adicional de penosidade carece de regulamentação e disposição infraconstitucional, para que venha a surtir os efeitos concretos no que tange a sua eficácia perante todo e qualquer trabalhador brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Adicional de penosidade; Regulamentação; Efeitos *erga omnes*.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes e valiosas inovações. Diferente da atual Carta Magna, a sua antecessora (Constituição do regime militar, de 1967, totalmente reformulada pela Emenda Constitucional nº 01, em 1969) privava e reduzia em muito os direitos individuais e coletivos, prezando muito mais pela preocupação com a “segurança nacional” do que com a garantia de direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

Nessa esteira, surge uma relevante e curiosa inovação, especialmente na esfera dos direitos do trabalhador: a instituição de um adicional pela realização de trabalho penoso – o adicional de penosidade – instituído no art. 7º, inciso XXIII, da referida norma.

Este adicional, bem como os adicionais pagos pela realização do trabalho insalubre e de trabalho perigoso, reforça a valorização e importância da observância às normas de higiene, saúde e segurança no ambiente de trabalho. Reforça especialmente ainda, através do ato de indenizar o trabalhador que, pela natureza, métodos ou condições de trabalho, realize atividade laboral em circunstâncias desfavoráveis à sua saúde e qualidade de vida.

Neste sentido é que se institui o direito ao adicional de penosidade. Entretanto, a simples instituição de um adicional pecuniário pelo trabalho penoso nunca repercutiu reais efeitos sobre as condições de trabalho enfrentadas pelos trabalhadores brasileiros, especificamente no que



diz respeito ao trabalho penoso, havendo portanto uma problemática quanto a carência de regulamentação infraconstitucional.

Diferentemente dos demais adicionais garantidos pelo texto constitucional, o adicional de penosidade ainda atualmente carece de regulamentação capaz de definir sua aplicabilidade, alcance e, sobretudo, efeitos pecuniários em favor do trabalhador (efeitos *erga omnes*).

Partindo de tal contexto, o presente artigo pretende de maneira geral tratar acerca da necessidade de regulamentação específica quanto ao adicional de penosidade, que apesar de estar disposto à luz da Constituição Federal de 1988 em seu art. 7º, XXIII, se demonstra carente de regulamentação infraconstitucional para surtir efeitos *erga omnes* na seara trabalhista, como elemento capaz de promover a saúde e segurança do trabalho.

DO TRABALHO PENOSO E DO ADICIONAL DE PENOSIDADE: ASPECTOS GERAIS

O trabalho é, inquestionavelmente, inerente à vida humana. Ele se apresenta como um direito-dever do indivíduo no contexto social. É direito porque é facultado a qualquer indivíduo capaz nos termos da lei trabalhista. É dever porque normalmente é através do trabalho que este mesmo indivíduo pode garantir a própria subsistência e de sua família, ou de seus dependentes, bem como tem a oportunidade de alcançar o que deseja, do ponto de vista econômico, social e pessoal.

O conceito inicial da palavra trabalho, etimologicamente, indicava algo degradante, desgastante, até mesmo martirizante. De fato, segundo Marques (2007, p. 19), a palavra trabalho “tem sua origem na palavra latina *tripaliare*, ou martirizar com o *tripalium*, instrumento com três estacas utilizado para tortura. Surgem do latim tardio *tripaliu* os vocábulos neolatinos *travaglio*, *travail*, *trabajo* e finalmente trabalho.” Deste modo, pode-se afirmar que o trabalho, na antiguidade, era aplicado como uma espécie de castigo, e ter que trabalhar era uma imposição que recaía apenas sobre os escravos ou serviçais.

Até mesmo no relato criacionista do *gênesis*, na bíblia sagrada, o trabalho é imposto ao homem (Adão) em função de sua desobediência ao Criador, por haver aquele comido do fruto proibido, encontrado na Árvore do Conhecimento do Bem e do Mal (relato narrado em Gênesis 3:17-19), sendo, portanto, uma espécie de castigo hereditariamente transmitido.

Por esta razão o trabalho adquiriu e conservou durante muito tempo um caráter de sofrimento, de algo desagradável, penosamente imposto. Entretanto, com o passar dos (muitos) anos, superados a escravidão, as revoluções diversas (dentre as quais, a Revolução Industrial)



e alcançando-se os dias contemporâneos, o trabalho revestiu-se de valorização, e tornou-se, até mesmo, objeto do desejo de alguns, sendo amplamente protegido e incentivado pelas legislações nacionais, nos mais diversos tipos de cultura e em diversos ordenamentos jurídicos. Assim, atualmente, entende-se que o direito-dever ao trabalho está estritamente ligado à própria dignidade da pessoa humana:

É inquestionável, portanto, que o trabalho é elemento essencial à vida. Logo, se a vida é o bem jurídico mais importante do ser humano e o trabalho é vital à pessoa humana, deve-se respeitar a integridade do trabalhador em seu cotidiano, pois atos adversos vão, por consequência, atingir a dignidade da pessoa humana (MARQUES, 2007, p. 21).

Na modernidade, em função da adoção de processos produtivos esquematizados, a maioria das atividades relativas à execução de um trabalho são muito bem divididas, de forma que o trabalho humano torna-se, por vezes, repetitivo e enfadonho. É nesse contexto que surge o reconhecimento do trabalho penoso, como sendo este trabalho repetitivo e imutável, que exige um alto grau de concentração, atenção permanente, esforço físico e/ou mental.

Ora, este tipo de trabalho, o trabalho penoso, efetivamente existe e, de certa forma, “fere a dignidade humana porque atinge a vida, a integridade física e a saúde do trabalhador. Isto é incontroverso” (MARQUES, 2007, p. 87).

Por suas características ligadas ao trabalho repetitivo e exaustivo, o trabalho exercido em condições penosas pode provocar uma série de malefícios ao trabalhador, prejudicando não somente sua produtividade, mas também a própria autoestima, saúde mental e motivação. O trabalho exercido assim pode provocar muitos malefícios ao trabalhador. Neste diapasão, a obra de Marques (2007), traz uma lista de malefícios que podem surgir como consequência da realização do trabalho exaustivo e/ou repetitivo.

Não dispondo de conceituação legal, o trabalho penoso se apresenta como um tema jurídico de não simples conceituação. Não sem motivo, este tema não é enfrentado por muitos doutrinadores trabalhistas, de modo que há raras e pobres (ou, porque não dizer, superficiais) conceituações a respeito deste tipo de trabalho.

Certamente, um dos motivos que justificam o escasso estudo da matéria é o fato de que, para muitos, e especialmente para o senso comum, o trabalho penoso poderia ser facilmente confundido com o trabalho perigoso ou, mais ainda, com o trabalho insalubre.

Como exemplo do que se procura demonstrar, cita-se o doutrinador Sérgio Pinto Martins (2009), um dos mais festejados doutrinadores trabalhistas brasileiros, que em sua obra sobre o



Direito do Trabalho nem sequer conceitua este tipo de atividade, limitando-se a escrever o seguinte, a respeito do trabalho penoso:

Em espanhol, usa-se a expressão *trabajos sucios*, que são os executados em minas de carvão, transporte e entrega de carvão, limpeza de chaminés, limpeza de caldeiras, limpeza e manutenção de tanques de petróleo, recipientes de azeite, trabalhos com grafite e cola, trabalhos em matadouros, preparação de farinha de peixe, preparação de fertilizantes etc (MARTINS, 2009, p. 649).

Muito semelhante a este é o comentário de Saraiva (2009, p. 123) tratando do tema “penosidade”, limitando-se a descrever a utilização do termo “*trabajos sucios*” (trabalhos sujos), na comunidade espanhola. Além disso, em situação semelhante, Resende (2011) nem sequer dedica um capítulo, título ou subtítulo em sua obra para tratar do assunto.

Partindo então para o senso comum, na busca por identificar elementos que possam caracterizar o trabalho penoso, os dicionários de língua portuguesa, não deixam de oferecer ao leitor a conceituação do próprio termo “penoso”, fornecendo importante orientação, ainda que não necessariamente juridicamente relevante.

No campo jurídico encontramos mais feliz e eficiente conceito, quando comparados com os até então apresentados, sendo o conceito nos oferecido por Christiani Marques (2007, p. 64), num trabalho voltado para a acepção jurídica do termo penosidade, escreve que

(...) poder-se-á conceituar trabalho penoso como aquele relacionado à exaustão, ao incômodo, à dor, ao desgaste, à concentração excessiva e à imutabilidade das tarefas desempenhadas que aniquilam o interesse, que leva o trabalhador ao exaurimento de suas energias, extinguindo-lhe o prazer entre a vida laboral e as atividades a serem executadas, gerando sofrimento, que pode ser revelado pelos dois grandes sintomas: insatisfação e a ansiedade (MARQUES, 2007, p. 64).

Em consonância com os conceitos doutrinários apresentados estão os conceitos observados em projetos de lei ainda em trâmite, os quais buscam conceder aplicação ao adicional, regulamentando-o.

O Projeto de Lei nº 1.015 de 1988, de autoria do então Deputado Federal Paulo Paim, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 2.549 de 1992, conceitua as atividades penosas como aquelas que tratam por sua própria natureza de “condições ou métodos de trabalho, exijam dos empregados esforço e condicionamento físicos, concentração excessiva, atenção permanente, isolamento e imutabilidade da tarefa desempenhada em níveis acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza”.

Por outro lado, o Projeto de Lei nº 7.097 de 2002, editado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, que institui o Código Brasileiro de Segurança e Saúde no Trabalho, traz em seu bojo, entre outros conceitos, o de atividade penosa, valorizando o caráter



anti-ergonômico da atividade desempenhada, como se lê no art. 29 do Projeto de Lei: “Serão consideradas atividades penosas as operações que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho produzam situações anti-ergonômicas acentuadas aos trabalhadores, a serem definidas pelo CONSEST”.

O Projeto de Lei nº 7.663 de 2006 do deputado baiano Daniel Almeida, que objetiva alterar textos da CLT, da Lei nº 605 de 1949 e Lei nº 7.369 de 1985, apresentam um conceito para o trabalho penoso em que se considera, essencialmente, o esforço físico, mental ou emocional despendido acima do normal, ou que pela postura ou atitude exigidas para o desempenho da atividade, possam trazer prejuízo à saúde do trabalhador.

Ainda mais recente é o Projeto de Lei da Senadora Serys Slhessarenko (Projeto de Lei do Senado nº 552 de 2009), em trâmite, que considera as atividades realizadas sob radiação solar à céu aberto como penosas, muito embora sem conceituar efetivamente o que seriam as atividades penosas.

Deste modo, verifica-se não haver ainda, entre os projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, consenso acerca do conceito do trabalho penoso. Já na esfera estadual, mais precisamente nos estados de Santa Catarina e Minas Gerais, o trabalho penoso já tem resultado em pagamento de adicional, garantido por lei estadual, aos profissionais da área de saúde, mais precisamente da área hospitalar.

O legislador mineiro não apresentou conceito para a atividade penosa, limitando-se a traçar a obrigatoriedade de pagamento do adicional. O catarinense, entretanto, adotou o seguinte critério, observado no Decreto nº 4.307 de 1994:

Art. 1º - O servidor público estadual fará jus à gratificação por prestação de serviços em locais penosos, insalubres ou com risco de vida, de acordo com o disposto no art. 36, da Lei Complementar nº 081, de 10 de março de 1993 e nos artigos 10 e 15, da Lei Complementar nº 93, de 06 de agosto de 1993.

§ 1º - Para efeitos deste Decreto, entende-se: I - por atividades consideradas penosas, o trabalho árduo, difícil, molesto, trabalhoso, incômodo, doloroso, rude e que exige a atenção constante e vigilância acima do comum;

Conforme se verifica, o legislador catarinense considerou, para efeitos de penosidade, o desgaste físico e/ou mental sofrido pelo servidor, para caracterização do trabalho penoso.

Destaque-se que o conceito encontrado no Decreto Estadual catarinense é o único conceito legal em todo o sistema jurídico nacional, surtindo efeitos apenas para a Administração Pública daquele estado.



Assim temos que até mesmo a conceituação do termo “penosidade”, ou do próprio trabalho penoso, para fins da regulamentação do adicional, ainda não possui a robustez apropriada, devendo ser ainda consolidado como termo juridicamente relevante.

A PROBLEMÁTICA QUANTO A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DO ADICIONAL DE PENOSIDADE

Tratando-se de um direito garantido constitucionalmente, o adicional de penosidade goza da mesma relevância que os seus “adicionais irmãos”, que são aqueles que estão garantidos junto ao primeiro, quais sejam os já mencionados adicionais de insalubridade e de periculosidade.

A regulamentação do adicional de penosidade, mediante lei ordinária, é o que falta para que esta norma constitucional de eficácia limitada ganhe aplicabilidade. Normas constitucionais de eficácia limitada, segundo Alexandrino (2010) são:

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. São de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente a partir de uma norma posterior que lhes desenvolva a eficácia (ALEXANDRINO, 2010, p. 20).

Normas constitucionais de eficácia limitada são as que não produzem efeitos a menos que sejam regulamentadas pelos instrumentos normativos apropriados (os quais são também estabelecidos constitucionalmente). São, portanto, normas estabelecidas na constituição, mas que dependem de instrumentos normativos infraconstitucionais pertinentes para regulamentá-las, concedendo-lhes eficácia jurídica.

No caso do adicional de penosidade não é diferente. Embora este se encontre previsto no art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, depende de instrumento normativo infraconstitucional para poder surtir efeitos. Neste sentido, temos que alguns projetos de lei já foram formulados para tratar de regulamentar o tema. O primeiro de que se tem notícia é do senador Paulo Paim, que à época da propositura do projeto era deputado federal pelo estado do Rio Grande do Sul.

O Projeto de Lei nº 1.015/88, datado de cerca de dezesseis anos, encontra-se ainda em trâmite na câmara dos deputados (embora apensado ao Projeto de Lei nº 2.549/92). Este projeto determinava o pagamento de um adicional no percentual de trinta por cento, calculado sobre o salário do obreiro, quando este estivesse exposto ao trabalho penoso, assim considerado o trabalho que, por sua natureza, condições ou métodos, exigissem esforço e condicionamento



físicos, concentração excessiva, atenção permanente, isolamento e imutabilidade da tarefa desempenhada em níveis que superassem os limites de tolerância a serem fixados pelo Ministério do Trabalho. Estabelecia ainda, em seu artigo 8º que “a Justiça do Trabalho, considerando as circunstâncias e as características de determinada atividade, poderá declará-la como penosa, obrigando aos trabalhadores por ela abrangidos, a percepção do respectivo adicional”.

Ora, está fora a primeira iniciativa do poder legislativo federal no sentido de regular a matéria em tela. Após esta iniciativa outras surgiram. O projeto de lei nº 1.808/89, arquivado, desejava fixar em dez por cento sobre o salário, o adicional para as atividades penosas, sem prejuízo do pagamento do adicional de insalubridade e periculosidade, quando devidos. Já o projeto de lei nº 2.168/89 também procurava regulamentar o adicional, porém tão somente reconhecia o direito ao adicional, junto com os adicionais de insalubridade e de periculosidade, porém sem estabelecer qualquer razão ou proporcionalidade para o cálculo do valor de adicional. Este projeto também fora arquivado em 1991.

Muito mais recente (embora ainda um tanto antigo) é o projeto de lei do senado nº 301, datado do ano de 2006. Tal projeto propõe a inclusão dos artigos 197-A, 197-B e 197-C à CLT, tratando tais artigos do adicional de penosidade. Tal propositura legal inclui uma delimitação das atividades penosas, da seguinte forma:

Art. 197-A Consideram-se atividades ou operações penosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, ou na forma acordada entre empregados e empregadores, por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, submetem o trabalhador à fadiga física ou psicológica.

Segundo esse Projeto de Lei, mais atual que os outros, seria devido ao trabalhador em regime de penosidade o pagamento de um adicional de respectivamente quarenta por cento, vinte por cento e dez por cento da remuneração do empregado, segundo se classificassem nos graus máximo, médio e mínimo. O projeto apresenta ainda parâmetros para caracterização da realização de atividade penosa, caracterização está sempre realizada por meio de perícia, a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, sendo qualquer destes registrado no Ministério do Trabalho e Emprego.

Os parâmetros para caracterização e classificação da atividade penosa, segundo o projeto de lei citado, seriam: I – o número de horas a que o trabalhador é submetido ao trabalho dessa natureza; II – a repetição de tarefa ou atribuição profissional considerada fatigante; III – as condições de salubridade do ambiente do trabalho IV – o risco à saúde do trabalhador; V – os equipamentos de proteção individual adotados e os processos e meios utilizados como



atenuantes da fadiga física e mental; VI – a existência ou não de períodos de descanso e de divisão do trabalho, que possibilite a rotatividade interna da mão-de-obra; V – o local de trabalho.

Mas ainda assim temos que, infelizmente, nenhuma destas propostas mencionadas ultrapassaram a marca de “projetos de lei”. Há algumas, porém, algumas propostas que ultrapassaram esta marca, tornando-se texto de lei, embora não surtindo efeitos *erga omnes*.

O INSTITUTO DE EFEITOS *ERGA OMNES* NO COTEJO JURÍDICO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE

A princípio, cabe apontar que não são muitos os instrumentos legais que trazem efeitos ao adicional de penosidade, regulamentando-o. De fato, não há um instrumento normativo que conceda ao adicional surtir efeitos sobre todos os trabalhadores (aplicação *erga omnes*). Mas há sim alguns exemplos de eficácia atual do adicional.

O regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, disposto na Lei nº 8.112 de 1990, já estabelece em seu artigo 61, a previsão do pagamento do adicional pelo exercício de atividades penosas, conforme se lê: “Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais: (...) IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas”.

A supracitada lei prevê o pagamento do adicional de atividade penosa apenas para servidores em exercício em zonas de fronteira ou localidades cujas condições de vida justifiquem o recebimento do adicional. Note-se, porém que o diploma legal fica silente no momento de conceituar este tipo de trabalho, bem como na hora de estabelecer o *quantum* devido ao servidor que faz jus ao adicional, remetendo à regulamento “Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento”.

O regulamento citado pelo art. 71 da Lei 8.112 de 1990 é a Portaria PGR/MPU Nº 633, de 10.12.2010, que fixa o valor do adicional em 20% do vencimento básico mensal dos servidores de carreiras de Analista e Técnico, e estabelece os requisitos de exigibilidade para o adicional. Tal portaria contém ainda uma lista anexa de localidades nas quais o serviço enquadra-se como penoso, segundo os termos do próprio regulamento, quais sejam:

Art. 1º - O Adicional de Atividade Penosa será pago aos integrantes das carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União, aos servidores requisitados e sem vínculo com a Administração, em exercício nas unidades de lotação localizadas em zonas de fronteira ou localidades cujas condições de vida o justifiquem, constantes da relação em anexo a esta Portaria.

§ 1º - Caracteriza-se como zona de fronteira a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura ao longo das fronteiras terrestres.

§ 2º - Consideram-se localidades cujas condições de vida justifiquem a percepção do Adicional de Atividade Penosa aquelas situadas na faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, bem como aquelas localizadas na Amazônia Legal e no Semiárido Nordestino que tenham população inferior a trezentos mil habitantes, conforme dados do IBGE, e, ainda, as unidades situadas nos Estados do Acre, do Amapá, de Roraima e de Rondônia.

§ 3º - O limite populacional definido no § 2º para os municípios localizados na Amazônia Legal e no Semiárido Nordestino será revisto a cada dois anos após a publicação desta Portaria, por ato do Secretário-Geral do MPU.

Art. 2º - O Adicional de Atividade Penosa configura-se como vantagem decorrente da localidade de exercício do cargo cujo valor será apurado na razão de 20% (vinte por cento):

I - do vencimento básico mensal para os servidores das carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União;

II - do último padrão do vencimento básico mensal da carreira de Técnico do Ministério Público da União para os requisitados e sem vínculo com a Administração.

Outro instrumento normativo a conferir aplicabilidade para o adicional constitucionalmente previsto é o Decreto nº 39.032 de 1997, do Governo do Estado de Minas Gerais. Logo, este Decreto trata de regulamentar a concessão de adicional de atividade penosa, bem como de adicionais de insalubridade e de periculosidade, para os servidores públicos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Estado de Minas Gerais. Por meio dele temos que:

Art. 1º A concessão do adicional de insalubridade, de periculosidade e de atividade penosa aos servidores públicos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Estado, obedece às normas estabelecidas por este Decreto.

(...) Art. 4º O servidor submetido às condições de trabalho insalubre, perigoso ou penoso faz jus à percepção do adicional a que se refere o artigo 13 da Lei nº 10.745, de 25 de março de 1992, observadas as normas deste Decreto.

Remetendo à Lei Estadual nº 10.745 de 1992, citada mencionada no decreto, temos, em seu art. 13:

Art. 13. O servidor que habitualmente trabalhe em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de contágio, ou, ainda, que exerça atividade penosa fará jus, em cada caso, a adicional de insalubridade, de periculosidade ou a adicional por atividade penosa, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

(...) § 3º O adicional por atividade penosa será atribuído no percentual de 20% (vinte por cento), incidente sobre o valor do símbolo de vencimento básico do servidor.

Portanto, à semelhança do que acontece com o servidor público federal que atua em zona de fronteira, há, para o servidor mineiro, garantia legal do direito à percepção de adicional de penosidade, no valor referente a vinte por cento do valor de seu vencimento básico.

Diferentemente destes dois, porém, está o Decreto do Governo de Santa Catarina, de nº 4.307 de 1994. Diferencia-se dos primeiros porque apresenta um conceito de atividade penosa, ausente nos demais instrumentos legais em vigor. Mas não só isso: diferencia-se também pela forma como estabelece o cálculo do adicional.

Segundo o decreto em tela consideram-se atividades penosas o trabalho árduo, difícil, molesto, trabalhoso, incômodo, doloroso, rude e que exija atenção constante e vigilância acima do comum. Note-se que tal conceito muito se assemelha ao primeiro conceito apresentado no Projeto de Lei nº 1.105 de 1988, do então Deputado Paulo Paim.

Nos termos do decreto catarinense:

Art. 1º - O servidor público estadual fará jus à gratificação por prestação de serviços em locais penosos, insalubres ou com risco de vida, de acordo com o disposto no art. 36, da Lei Complementar nº 081, de 10 de março de 1993 e nos artigos 10 e 15, da Lei Complementar nº 93, de 06 de agosto de 1993.

§ 1º - Para efeitos deste Decreto, entende-se:

I - por atividades consideradas penosas, o trabalho árduo, difícil, molesto, trabalhoso, incômodo, doloroso, rude e que exige a atenção constante e vigilância acima do comum;

O art. 2º do supramencionado decreto estabelece base de cálculo fixa, para o pagamento do adicional. Estabelece ainda que este adicional, bem como os demais adicionais citados no decreto, serão pagos a razão de até sessenta por cento do valor base, observando-se percentuais previamente estabelecidos, segundo o grau de exposição.

Art. 2º - O valor da gratificação a que se refere o art. 1º será de até 60% (sessenta por cento), tendo por base de cálculo o valor de vencimento equivalente ao coeficiente da referência "A" do nível "9", do Grupo Operacional II - ONO II, constante da Tabela de Unidade de Vencimento, observados os percentuais abaixo enumerados:

I - 40% (quarenta por cento) para grau máximo;

II - 30% (trinta por cento) para grau médio;

III - 20% (vinte por cento) para grau mínimo.

§ 1º - Para os servidores lotados e com efetivo exercício na Colônia Santana, da Secretaria de Estado da Saúde, e no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, da Secretaria de Estado da Segurança Pública, ficam assegurados os seguintes percentuais:

I - 60% (sessenta por cento) para grau máximo;

II - 45% (quarenta e cinco por cento) para grau médio;

III - 30% (trinta por cento) para grau mínimo.

Nessa linha, enfatiza-se que a necessidade de dispor de regulamentação para o adicional de penosidade está patente. Tratando-se de direito constitucionalmente garantido, não há razão para continuar a ser privado de surtir efeitos sobre todo e qualquer trabalhador. Para tanto, basta elaboração de lei, ou ainda, que se traga à pauta de votações do Congresso Nacional um dos projetos que visam regulamentar o direito (dentre os já mencionados), e que se aprove tal projeto, transformando em lei. Assim, a todo trabalhador assistirá o direito que, atualmente,



apenas aos servidores federais (que atuam em zona de fronteira) e estaduais de Minas Gerais e Santa Catarina é garantido.

Para Alessandra Boskovic (2010, p. 8834) “com o passar dos anos, esta matéria restou absolutamente ignorada, a ponto de se tornar um instituto sem qualquer valor jurídico efetivo. Trata-se de texto morto, que jamais produziu efeitos tal como deveria.” Ainda segundo a autora, “o caput do artigo 7º da Carta Magna estabelece que os direitos previstos em seus incisos serão devidos a todos os trabalhadores, urbanos e rurais, e não apenas a uma ínfima minoria regulamentada.” (BOSKOVIC, 2010, p. 8835).

Por sua vez, Christiani Marques (2007, p. 169,) comenta e encerra:

(...) é cediço que se precisa, além de reconhecer a atividade penosa, efetuar o pagamento do adicional (...). Essa é a importância da regulamentação (...). Se reconhecido o trabalho penoso, deverá ser realizado o pagamento do adicional, pois os trabalhadores que atuam em condições que assim possam ser caracterizadas como penosas, não tem sido favorecidos por falta de regulamentação (MARQUES, 2007, p. 169).

Regulamentar o direito, neste caso, implica conceder-lhe eficácia. Fazer com que o direito ganhe vida, que deixe de ser “letra morta”. Ainda que conceituar o trabalho penoso, delimitar as atividades penosas e estabelecer o “*quantum*” devido ao trabalhador que labore em tais condições sejam tarefas árduas, são estas necessárias. Afinal, no caso do adicional de penosidade, produzir efeitos é preciso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Regulamentar o adicional de penosidade é preciso. Já não restam dúvidas. A ausência de regulamentação legal tem privado muitos trabalhadores do recebimento de um adicional garantido constitucionalmente, como já fora demonstrado. Manter o adicional de penosidade não regulamentado, negando-lhe eficácia, não parece razoável.

Durante as pesquisas, não foi encontrado qualquer motivo justo que recomende a manutenção deste direito apenas no campo da garantia (constitucional, inclusive), como agora ocorre. Não foi encontrada razoabilidade em privar os trabalhadores que realizam tarefas que lhes exigem esforço e condicionamento físicos acima do normal, em regime de concentração excessiva, atenção permanente, isolamento ou imutabilidade da tarefa desempenhada, de ser adequadamente “indenizados” por isso.

Diga-se “indenizados” vez que, embora notório que os adicionais tenham natureza jurídica de salário (e não de verba indenizatória), eles são exatamente devidos quando, em virtude do exercício do trabalho, este seja exercido em condições ou circunstâncias mais



gravosas. É dizer: os adicionais implementam a remuneração do trabalhador exposto a circunstâncias que lhe são gravosas.

Ao iniciar este trabalho, acreditava-se que, efetivamente, a regulamentação deste direito mereceria sim atenção do legislativo. Que tal regulamentação implicaria em ganho para o trabalhador exposto que executa atividades penosas, mas implicaria especialmente no interesse dos empregadores em eliminar, ou pelo menos restringir ao máximo a execução de atividades em condições de penosidade.

Embora possa parecer demasiado inovadora para o ordenamento jurídico pátrio, tal solução se mostra muito eficiente em recompensar o trabalhador pela realização de um trabalho que lhe será pesado, fatigante, e até doloroso, capaz de trazer tantas consequências danosas quanto foram verificadas neste trabalho, e ainda mais, ao mesmo tempo em que irá colaborar com a preservação da integridade física e mental deste trabalhador perante exatamente estes mencionados efeitos.

Deste modo fica claro que importa que seja definido um conceito legal para o trabalho penoso, e que sejam delimitadas claramente as atividades penosas. Importa, portanto, regulamentar o adicional de penosidade, e conceder a este instituto eficácia perante todo e qualquer trabalhador no Brasil. Mas principalmente acredita-se importar que, na regulamentação deste adicional, seja evidenciado o interesse da lei (em sentido amplo) em proteger e resguardar a saúde do trabalhador que labora em regime de trabalho penoso. Afinal, valores econômicos podem ser facilmente substituídos. A saúde de um trabalhador, não.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 2, 2010.

BOSKOVIC, Alessandra Barichello. O Adicional de Penosidade: Um Vazio Jurídico. **In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, junho de 2010. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3150.pdf>. Acesso em: 24. Jan. 2014.

MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MINAS GERAIS. **Lei nº 10.745, de 25 de maio de 1992**. Dispõe sobre o reajustamento dos símbolos, dos níveis de vencimento e dos proventos do pessoal civil e militar do poder executivo e dá outras providências. 1992. Disponível em: <

http://www.ipism.mg.gov.br/arquivos/legislacoes/legislacao/leis/lei_10745.pdf>. Acesso em: 03. Ago. 2014.

MINAS GERAIS. Governo do Estado. **Decreto nº 39.032, de 8 de setembro de 1997**. Regulamenta a concessão de adicional de insalubridade, de periculosidade e de atividade penosa aos servidores públicos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Estado, e dá outras providências. 1997. Disponível em:<http://www.ipism.mg.gov.br/arquivos/legislacoes/legislacao/decretos/decreto_39032.pdf>. Acesso em: 03. Ago. 2014.

PARAGUAI. **Constitucion del Paraguay** (Constituição da República do Paraguai). 1992. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/paraguay.htm>>. Acesso em: 10. Jul. 2014.

PARAGUAI. **Ley nº 213/93: Código del trabajo Paraguay**. 1993. Disponível em:<<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/35443/64905/S93PRY01.htm>>. Acesso em: 10. Jul. 2014.

PGR. **Portaria PGR/MPU nº 633 de 10 de dezembro de 2010**. Regulamenta o pagamento do Adicional de Atividade Penosa de que tratam os arts. 70 e 71 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. 2010. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/20654>>. Acesso em: 30. Out. 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SANTA CATARINA. Governo do Estado. **Decreto nº 4.307, 28 de Fevereiro de 1994**. Dispõe sobre os critérios para a concessão da Gratificação de Penosidade, Insalubridade e Risco de Vida. 1994. Disponível em:<http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=311>. Acesso em: 03. Ago. 2014.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho para concursos públicos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

CAPÍTULO 14

ADOÇÃO INTERNACIONAL: UMA SOLUÇÃO EXCEPCIONAL OU PRIMORDIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?

Rafaela Macedo Gomes
Andréa Grandini José Tessaro

RESUMO

O presente artigo investiga a Adoção Internacional, ocasião em que um estrangeiro se propõe a adotar uma criança ou adolescente, gerando o deslocamento definitivo deste para o país de acolhida. O foco principal do estudo é discutir se essa modalidade de adoção consiste em uma solução excepcional ou se torna primordial para garantir o exercício da convivência familiar e comunitária, tendo como norte o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A pesquisa, de caráter bibliográfico, compreende os requisitos, princípios e procedimentos para a adoção internacional, além de dados estatísticos nacionais, divulgados por órgãos oficiais, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) acerca do tema abordado.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção Internacional. Medida Excepcional. Crianças. Adolescentes. Princípio do melhor interesse.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca no Direito da Criança e do Adolescente, amparado na Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – o substrato para o desenvolvimento do estudo da adoção internacional, cujo propósito é investigar se essa modalidade de colocação de criança e adolescente em família substituta é, a par da adoção nacional, uma medida excepcional, que soluciona a situação de crianças e adolescentes com dificuldades de serem adotados no Brasil ou se constitui em uma ação primordial na garantia dos direitos à convivência familiar e comunitária e do melhor interesse. A pesquisa buscou analisar, à luz dos princípios basilares do direito da criança e do adolescente, dados estatísticos oficiais nacionais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), bem como apontar as razões pelas quais crianças e adolescentes não são adotados no Brasil, mas somente por casais estrangeiros. A metodologia utilizada foi à exploratória, com o manejo do método dedutivo e os dados foram coletados por meio de fontes bibliográficas.

A adoção é um instituto muito antigo, desde o Código de Hamurabi até os dias atuais, é possível trazer um indivíduo para o seio familiar, tornando-o filho; entretanto, a adoção cada vez mais se consolida como um meio de garantir ao adotado todos os direitos, inclusive o de



ter uma família, como se filho biológico fosse. Nesse panorama, este estudo busca compreender o entendimento do Poder Judiciário ao tratar da adoção internacional e a realidade das crianças e adolescentes brasileiros que se encontram no sistema de adoção.

A adoção internacional ocorre quando um estrangeiro se propõe a adotar uma criança ou adolescente brasileiro, ocasionando o deslocamento definitivo deste para o país de acolhida. Essa modalidade de adoção é secundária, porque para se chegar à adoção internacional certamente foram esgotadas as tentativas e possibilidades de manutenção do infante em sua família natural ou extensa, ou em família brasileira. Por conta dessa linha de prioridade, fez-se necessário levantar índices nacionais para melhor entender o sistema de adoção nacional e o que leva os magistrados a deferirem a adoção para pessoas e casais estrangeiros. Nesse passo, buscou-se investigar a tangibilidade do processo de adoção internacional e os dados do Conselho Nacional de Justiça, que apresenta o número de 4.419 crianças e adolescentes disponíveis para adoção, ao passo que existem 46.055 pretendentes nacionais à adoção e 211 adotantes internacionais.

A ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção caracteriza-se como sendo um novel laço familiar que busca assegurar à criança e adolescente a integração em um lar que se apresenta como adequado para lhe propiciar uma nova realidade de vida, pautada no amor, no afeto, no respeito e na segurança, por meio da construção de laços afetivos entre o adotado e a nova família. O instituto da adoção é um dos mais antigos, pois como explica Dias (2015), sempre existiram filhos não desejados, cujos pais não podiam ou não queriam assumi-los.

A adoção se mostra como um meio de garantir a filiação e imita a natureza, segundo Madaleno (2019), dando filhos às pessoas que não podem tê-los. O autor aclara ainda que antigamente era mais frequente a adoção por casais que não podiam gerar filhos e que viam na adoção uma ferramenta capaz de corrigir o que a natureza lhes negou. É importante ressaltar que a partir da doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente, o instituto da adoção deixou de considerar tão somente a realização pessoal dos adotantes, mas passou a ter em conta o interesse superior da criança e do adolescente e seu direito a ter uma família que o ame, eduque e proteja.

A filiação adotiva é considerada legítima, possuindo o mesmo *status* jurídico da filiação natural, constituindo-se como uma realidade social e psicológica e estruturando-se em parte sobre os laços de parentescos que serão sempre estritamente definidos e codificados em toda e



qualquer civilização (VARGAS, 2013). A adoção implica em um processo delicado, dentro de uma perspectiva social e psicológica dramática e se constitui como ato jurídico do qual, de acordo com a lei, uma pessoa toma ou aceita como filho uma outra (GATELLI, 2012).

O Código Civil de 1916 regulou as adoções no Brasil até o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, no ano de 1990 e segundo Dias (2015), considerava como simples a adoção de maiores e menores de 18 anos e só poderiam participar do processo de habilitação para adoção as pessoas ou casais que não tinham filhos. A adoção era realizada por meio de escritura pública e o vínculo de parentesco só se dava entre o adotante e adotado, sem efeitos para os demais parentes. Com a promulgação do Código de Menores - Lei n. 6.697/79 -, a legitimação adotiva foi substituída pela adoção plena, ficando o vínculo de parentesco estendido à família dos adotantes. É necessário frisar que aludida legislação preservou o espírito de outrora, em que a adoção servia para satisfazer os pais e menos os filhos.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na garantia dos direitos fundamentais, trazendo redefinições para o Direito de Família e da criança e do adolescente. A inovação do art. 227 e seus parágrafos são notáveis, especificamente o parágrafo 6º da CF, que dispõe: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A Lei n. 8.069/1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), passou a regular a adoção, tanto no aspecto material quanto processual e trouxe alterações do instituto, com o objetivo de proteger ainda mais os interesses e os direitos das crianças e adolescentes (FURTADO, 2016).

A partir do ECA, passa a surgir dois regramentos, a adoção nos moldes do Estatuto, sendo realizada judicialmente somente com as crianças e adolescentes, mas ainda regulamentada pelo Código Civil de 1916, o qual ficou responsável pela adoção dos maiores de 18 anos, por escritura pública. Uma das principais mudanças trazidas pelo ECA é o fato da adoção se tornar irrevogável, conforme art. 39, § 1º. Com o advento do Código Civil de 2002, criou-se a Lei n. 12.010/2009, que de modo expresso, atribui ao ECA a adoção de crianças e adolescentes, trazendo algumas mudanças importantes como uma forma de reduzir o desgaste físico e emocional dos adotantes e adotados, e de preservar os vínculos fraternais entre os irmãos, conforme seu art. 28, § 4º. Ademais, a lei passou a permitir que pessoa maior de 18 anos, mesmo solteira, pudesse ingressar em um processo de habilitação para a adoção.



No plano internacional, dois tratados foram incorporados à legislação brasileira, a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, conhecida como Convenção da Haia – ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 3.087 de 1999 – e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, conforme explica Dias (2015).

Gatelli (2012) aclara que, com o objetivo de prevenir o sequestro, venda e tráfico de crianças e adolescentes, estabeleceram através da Convenção de Haia medidas comuns para resguardar o interesse superior da criança e do adolescente, quais sejam, a necessidade da uma criança ou adolescente conviver no meio familiar, além da importância da adoção internacional para aqueles que não encontram uma família adequada em seu país de nacionalidade. Ademais, faz-se necessário examinar, antes da efetivação da uma adoção transnacional, a situação geral da criança e do adotante, principalmente nos aspectos jurídico, social e médico. Além disso, existe a necessidade do consentimento para adoção, que deve ser livre e com conhecimento da causa, tanto pelos pais biológicos como por pessoas responsáveis pela criança e, como pela própria criança, quando possível (LIBERATI, 2009). A Convenção de Haia estabelece que a criança ou adolescente só poderá ser efetivamente adotado quando o mesmo receber autorização para entrar e continuar no país de acolhimento. A Convenção também obriga os Estados-Partes a resguardarem os dados referentes à origem e à situação de saúde da criança ou adolescente adotado. É importante lembrar também do texto convencional a ser seguido, em relação à proibição do adotante manter contato com os pais biológicos da criança ou adolescente adotado. A Convenção de Haia visa, sobretudo, a cooperação Judicial e Administrativa, dando liberdade para que os juízes e Autoridades Centrais possam aplicar seus direitos pátrios, respeitando o interesse e os direitos das crianças (LIBERATI, 2009).

A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, por seu turno, é o resultado de um trabalho de muitos anos e engloba princípios básicos, recorda e ratifica documentos anteriores voltados à proteção integral da criança e do adolescente, e busca ressaltar a importância da cooperação internacional para a melhoria de vida das crianças e adolescentes em todos os países. Por fim, a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças trata da definição de criança, buscando sempre atentar para o seu melhor interesse.

Sobre a adoção, é preciso esclarecer que, dentre suas várias modalidades, têm-se a adoção Tardia, que segundo Vargas (2013), é considerada quando a criança já atingiu mais de dois anos, a partir dos três anos a adoção acaba se tornando mais difícil, e grande parte das crianças mais velhas acabam sendo adotadas por estrangeiros ou permanecem em instituições



de acolhimento até atingirem a maioria. Essas crianças e adolescentes, muitas vezes, foram abandonadas tardiamente pelas famílias ou seus genitores foram destituídos do poder familiar pelo Poder Judiciário, mediante ampla defesa e contraditório, tendo considerados como incapazes de exercerem o poder familiar. A adoção passa a ser tardia

[...] quando surgem maiores dificuldades de colocação da criança em um lar substituto, em especial pela falta de pretendentes dispostos a adotar tal perfil. Nesse caso, consideram que são tardias as crianças que são adotadas a partir de 4 (quatro), 5 (cinco) ou 6 (seis) anos, dando destaque que, a partir dos 9 (nove) e 10 (dez) anos fica ainda mais complicado efetivar o instituto (FERNANDES, 2018, p. 24).

A Associação de Magistrados Brasileiros – AMB (2018) relata que o termo “adoção tardia” traz a ideia de uma adoção fora de tempo, ou seja, reforça a idealização social de adoção de crianças pequenas que dificulta a adoção de crianças mais velhas. O fato de a criança ser retirada judicialmente de sua família, segundo Vargas (2013), faz com que haja uma ruptura que torna mais difícil a aceitação dos novos pais. Entretanto, a autora revela que a compreensão, respeito e acompanhamento profissional são elementos importantes na construção de vínculos afetivos com os adotantes.

A adoção deve estar sempre pautada nos princípios da dignidade humana, da proteção integral e do melhor (ou superior) interesse da criança e do adolescente.

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas também, aponta um norte para sua ação positiva. Trata-se de um macro princípio, do qual se irradiam todos os outros, que são: liberdade, autonomia, cidadania, igualdade e solidariedade, conforme aponta Dias (2015). A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, conforme dispõe o art. 1º, inc. III da CF.

[...] O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. Trata-se do princípio fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão (DIAS, 2015, p. 47 – 48).

Portanto, na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a um fundamento de ordem jurídica, passou a existir uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade, ou seja, a pessoa humana passou a estar no centro protetor do direito. A dignidade humana é algo que se vê nos olhos das pessoas, na sua fala, na sua atuação social, ou seja, esse princípio concretiza-se socialmente, através do contato da pessoa com a sua comunidade, sendo a última fronteira contra quaisquer ingerências



externas (TARTUCE, 2020). Com isso, a qualidade social é como se tornasse a garantia da dignidade da pessoa humana limitada, sendo apenas ilimitada quando respeitada e não violada. Esse princípio tem como significado, igualdade em todas as entidades familiares, sendo assim, considerado indigno qualquer tratamento diferenciado no âmbito familiar (NUNNES, 2018).

No que concerne ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, trata-se de um princípio fundamental, no qual se encontra no art. 227, §6º da CF, que dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ou seja, a proteção integral à igualdade em relações paterno-filiais, assegura aos filhos os mesmos direitos sem discriminação. A palavra “filho” não comporta nenhum adjetivo, filho é simplesmente filho, não cabe mais falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Além disso, até os 18 anos, os cidadãos possuem maior vulnerabilidade e fragilidade, então, por estarem em fase de desenvolvimento, esses necessitam de um tratamento especial (DIAS, 2015). Com isso, as crianças e adolescentes são consagrados com prioridade absoluta, com direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e a convivência familiar e comunitária.

Em relação ao princípio do melhor (ou superior) interesse da criança e do adolescente, a ideia principal está centrada no fato de que as crianças e os adolescentes são sujeitos titulares de direitos, possuindo sua dignidade e suas necessidades especiais de proteção.

Com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que veio a adotar a doutrina da proteção integral, mudou-se, portanto, o paradigma de orientação do princípio do melhor interesse. Este princípio está disciplinado no artigo 1º, *a*) da Convenção de Haia de 1993, nos artigos 3º e 21º da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das Crianças (Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989) e no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (FURTADO, 2017).

Aludido princípio tornou-se um dos principais fundamentos tanto para o legislador como para o aplicador da norma jurídica, uma vez que, determina como prioridade as necessidades das crianças e dos adolescentes, como critério de interpretação da norma jurídica ou forma de elaboração de demandas. Portanto, todas as adoções realizadas e todas as decisões que forem tomadas em relação à criança/adolescente, para Furtado (2017) devem levar em consideração o princípio do superior interesse e a proteção integral da criança e do adolescente,



levando, então, em consideração o que é melhor para o adotado e não para o que o adotante deseja.

ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional se dá em razão do território e não da nacionalidade do adotante, pois se uma criança ou adolescente brasileiro for adotado por um brasileiro residente e domiciliado no exterior, será internacional, mas o ato de adoção por estrangeiro com residência e domicílio no Brasil, será nacional. Portanto, a adoção internacional ocorre por conta do deslocamento definitivo da criança ou adolescente adotado para o país de acolhida (MADALENO, 2019). A adoção internacional encontra-se no art. 227, § 5º da Constituição Federal “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

Ademais, conforme dispõe o art. 51 do ECA, adoção internacional é aquela na qual o pretendente possui residência em país que faz parte da Convenção de Haia, respeitando a proteção das crianças. É considerada uma medida excepcional, segundo Barros e Mold (2012), pois existe uma linha de prioridade no processo de adoção, estabelecida nos arts. 19 e 31 do ECA, no qual dispõe que é direito da criança/adolescente ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, considerando primeiro país que residam em território nacional, ou seja, tenta-se manter a criança com sua família natural ou extensa, caso não seja possível, a segunda opção é coloca-la juntamente com a família substituta e, por último, abre-se a possibilidade da adoção internacional, conforme dispõe o art. 50, § 10 do ECA. Sendo um dos requisitos, então, a regra da subsidiariedade, no qual esgotada todas as possibilidades da adoção nacional, abre-se a possibilidade da adoção internacional.

Os candidatos à adoção internacional, segundo Madaleno (2019) devem atender às compatibilidades de natureza econômica, moral, comportamental, social, ética de acordo com o artigo 29 do ECA. Também, observado o artigo 50, § 15, do ECA e com a redação que lhe deu a Lei n. 13.509/2017, no qual garante prioridade no cadastro a pessoas no exterior, interessadas em adotar criança/adolescente especial, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos. Também, conforme dispõe a Convenção de Haia em seus arts. 4º e 5º, existem várias pré-condições para as adoções transnacionais, como sendo a adotabilidade da criança ou adolescente, que seja mantido o superior interesse da criança ou adolescente, que o consentimento da mãe tenha sido externado somente após o nascimento,



livre, por escrito, sem qualquer coação ou pagamento, que os interessados estejam previamente habilitados e a criança ou adolescente tenha autorização legal para residir no Estado de acolhida.

No que lhe concerne, o ECA determina como pré-condições para a adoção internacional:

(i) que os interessados estrangeiros revelem, por qualquer maneira, que são compatíveis com a natureza da adoção; (ii) que a criança não deixe o país acompanhada do interessado estrangeiro a não ser após a efetivação da adoção, por meio de sentença judicial transitada em julgada; (iii) que, ao receber a criança em adoção, seja obrigatório assegurar-lhe todos os direitos que lhe são garantidos pela ordem jurídica nacional, e em especial aqueles decorrentes do poder familiar; (iv) que o procedimento da adoção é gratuito; (v) que o candidato deverá apresentar os documentos necessários à habilitação perante a Autoridade Central Estadual e/ou providenciar para que os documentos da Autoridade Central do país dos interessados estrangeiros sejam entregues à Autoridade Central do país da criança (LIBERATI, 2009, p. 107-108).

Ou seja, para que ocorra a adoção internacional é necessário que os requisitos sejam seguidos, sendo a regra da subsidiariedade como a pré-condição mais importante. Para que ocorra a efetivação da adoção o candidato tem que residir em um Estado Contratante e desejar adotar uma criança cuja residência habitual seja em outro Estado Contratante providenciando sua habilitação. A Autoridade Central considerando que o candidato está habilitado emitirá um relatório, no qual irá possuir informações pessoais do mesmo como: identidade, sua capacidade jurídica, situação médica e familiar. Após o relatório é transmitido a Autoridade Central do Estado de origem da criança (LIBERATI, 2009).

Recebido o relatório, a Autoridade Central do Estado de origem transmite a Autoridade Central do país de acolhida as informações sobre a criança. Sendo realizada a verificação dos documentos, o interessado poderá figurar no cadastro de interessados estrangeiros à adoção, conforme o art. 52 do ECA. E, não havendo interessados nacionais na criança escolhida, o candidato poderá proceder com o pedido de adoção no âmbito judicial.

O laudo de habilitação emitido pela Autoridade Central Estadual não faz com que a adoção ocorra de imediato, de início é necessário entrar com o processo judicial de adoção. Apto a requerer a adoção em juízo, o candidato deverá protocolar a petição, informando a qualificação completa do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, se existe algum parentesco possível com a criança ou adolescente no qual desejam adotar, certidão de nascimento, qualificação completa da criança ou adolescente, o pedido de adoção da criança ou adolescente indicado, data e assinatura. Junto ao requerimento da inicial, o candidato deve juntar ao laudo de habilitação, sua identidade e os documentos da criança, cuja adoção é solicitada. (LIBERATI, 2009).



Em regra, os pais biológicos já deverão estar destituídos do poder familiar, mas caso isso ainda não tenha ocorrido, os pais da criança deverão ser citados, e se ausentes, o juiz nomeará um curador especial para fazer a defesa de seus interesses, sendo então dispensado o consentimento dos pais biológicos, de acordo com o art. 45, § 1º do ECA. Conforme aponta Liberati (2009), o próprio Juizado da Infância e da Juventude, é responsável por juntar o laudo social e comprovar o estágio de convivência da criança (art. 167 do ECA). Além disso, o processo de adoção é gratuito, não possui custas (art. 141, § 2º do ECA).

De acordo com o art. 46, § 3º do ECA, recebida a petição inicial, o juiz decide sobre o estágio de convivência com a família adotante, sendo cumprido em território nacional, com o prazo no mínimo de 30 dias e no máximo de 45 dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. É importante ressaltar o estágio de convivência deve ser cumprido integralmente em território nacional e será supervisionado por uma equipe interprofissional, que apresentará relatório minucioso ao final do prazo estipulado. O Ministério Público participará de todos os atos processuais e, também, deverá se manifestar durante todo processo, caso contrário, gera nulidade do feito.

A ação judicial de adoção tem seu termo final com a sentença constitutiva, relata Liberati (2009), sendo determinado pelo Juiz a expedição de passaporte e a regularização consular. Com isso, a sentença judicial é inscrita no Registro Civil, cancelando o registro original do adotado, arquivando-o e, sendo realizado outro registro, com o novo vínculo de filiação. A partir do trânsito em julgado, da sentença constitutiva, serão tomadas as medidas administrativas visando à saída da criança do país de origem e sua entrada no país de acolhida. As Autoridades Centrais dos países deverão tomar as medidas necessárias para que o deslocamento da criança seja feito em segurança, com as devidas condições. Nesse sentido,

O adotante estrangeiro, ao ser informado de que a sentença transitou em julgado, torna-se, pela vontade da lei, o detentor do poder familiar em relação ao adotado, com todas as obrigações dele decorrentes. Tal é o efeito que a sentença provoca mudança de filiação, que a lei não distinguirá mais se o vínculo se originou pela via biológica ou se foi constituído pela adoção: a filiação, agora, é uma só, sem rótulos ou classificações. (LIBERATI, 2009, p. 117 – 118).

Conforme o art. 47 do ECA, o principal efeito da sentença que concede a adoção é o rompimento do vínculo de parentesco do adotado com sua família natural e, ao mesmo tempo, a realização de um novo vínculo de filiação com a família adotiva. A importância da filiação deve estar sempre presente, uma vez que nem sempre nos países de origem do adotante a sentença prolatada recebe de imediato os efeitos desejados. Pois, se a adoção não produzir os efeitos plenos da constituição do vínculo de filiação, esta pode não ser concretizada. Isso



porque, conforme explica Liberati (2009), se a adoção decretada não puder ser confirmada no país adotante, ou caso produza efeitos que são prejudiciais ao adotado, é melhor que não seja deferida a adoção, uma vez que a adoção pressupõe os superiores interesses dos adotados. Esse efeito ocorre quando a sentença transita em julgado, sendo assim, a partir do momento em que não se pode mais recorrer para que haja modificação na sentença, é rompido o vínculo com a família natural surgindo novas obrigações referentes ao poder familiar.

Além disso, nem mesmo a morte dos adotantes, permite restabelecimento do poder familiar dos pais naturais ou parentesco anterior. Isso porque, conforme o art. 41 do ECA, a adoção atribui ao filho adotado os mesmos direitos, deveres, inclusive sucessórios que um filho natural iria ter. Segundo o § 6º do art. 227 da CF, copiada pelo art. 20 do ECA, não pode haver discriminação alguma ao filho adotivo ou dúvida em relação a legitimidade da filiação. Em outras palavras a filiação concebida através da adoção produz efeitos plenos, imitando a filiação gerada de forma natural e fazendo com que o adotado seja considerado de fato um filho sem discriminações, possuindo todos os direitos. Nesse caso, a adoção busca imitar a natureza. E, para melhor compreensão, será realizada uma análise estatística nacional relativa à adoção internacional.

O CENÁRIO NACIONAL RELATIVO À ADOÇÃO INTERNACIONAL

De acordo com o Senado Federal (2013), as nações de maneira geral podem se dividir em relação à adoção com aquelas que adotam e aquelas cuja pobreza seja elevada e levam ao único recurso possível, permitindo com que as crianças e adolescentes sejam adotadas por estrangeiros. Sendo assim, será realizada uma análise estatística, observando para quais países e quantas crianças/adolescentes estão sendo enviados, considerando a adoção nacional e internacional.

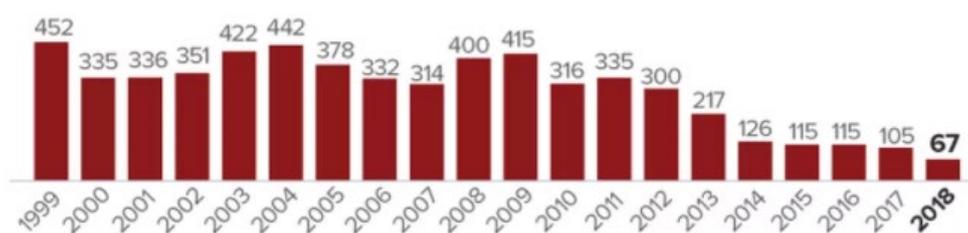
Os países que mais tiveram adotantes no Estado de Santa Catarina, entre 2000 e 2020, conforme dados levantados pela Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA) através do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) foram: Itália, Espanha e França. No qual o país que mais realizou adoções nos últimos 20 anos foi a Itália com o total de 501 crianças e adolescentes adotados. Conforme consultado no relatório de agosto de 2020, da Autoridade Central Administrativa vinculada ao Ministério da Justiça, existem 17 Organismos mediadores de adoção internacional no Brasil. É importante ressaltar que apenas 4 países possuem representação através de Organismos no Brasil, sendo eles: França, Estados Unidos da América, Espanha e Itália. Sendo os organismos: 2 franceses, 2 americanos, 2 espanhóis e 9 italianos.

No relatório realizado pela Globo (G1), Reis (2019), relata que no ano de 2018, a adoção internacional teve uma queda brusca comparada aos anos anteriores, totalizando 67 adoções internacionais. Sendo 36 crianças adotadas com o destino para Itália, 15 para França, 14 para o Estados Unidos da América e 2 para Espanha. Fazendo um comparativo com a nacionalidade dos adotantes internacionais no ano de 2018 e os países que possuem representação pelo Brasil, percebe-se que os países que mais adotam são os que estão credenciados com o Brasil. Também, pode-se perceber que o número de adoções de determinado país está diretamente ligado à quantidade de Organismos Internacionais credenciados ao Brasil, sendo assim, proporcional ao número de adoções em relação aos países. No entanto, um dos motivos do número da queda de adoções é que houve 2.184 adoções em território nacional, um ligeiro aumento em relação ao ano de 2017 que foram realizadas 2.142 adoções.

Figura 1 - Número de adoções internacionais realizadas ao longo dos anos

Adoções internacionais

Número de 2018 é o menor de toda a série histórica



Fonte: Acaf (Autoridade Central Administrativa Federal) e PF (Polícia Federal)



Infográfico elaborado em: 21/03/2019

Atualmente, conforme dados coletados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem 4.419 crianças/adolescentes na fila de espera para serem adotadas, 46.055 adotantes nacionais e 211 adotantes internacionais. Então, levando em consideração que o número de adotantes no Brasil é maior que o número de crianças a serem adotados, todos deveriam ser realocados em território nacional. Mas, atualmente, apenas 3.446 (8,12%) aceitam adotar crianças do sexo masculino, a preferência é pelo sexo feminino, com 12.261 (26,62%) e 30.033 (65,21%) são indiferentes quanto ao sexo da criança, também, 26.623 (62,71%) dos adotantes não aceitam adotar irmãos.

Tabela 1 - Pretendentes que desejam adotar crianças pelo sexo no Brasil

Pretendentes que desejam adotar pelo sexo	Total de adotantes	Porcentagem
Feminino	12.261	26.62%
Masculino	3.761	8.17%
Indiferente ao sexo	30.033	65.21%
Total	46.055	100%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2020.

Além disso, através de índices levantados pelo Estadão, Sueiro (2019) explica que para uma criança de 14 anos ser adotada é 1 em 1000, ou seja, além de existir a preferência pela raça, sexo, também, os adotantes escolhem a idade desejada. Segundo índices levantados pelo CNJ, existem apenas 134 (0,29%) de adotantes que aceitam crianças com 14 anos de idade, é um número muito baixo, uma vez que como já dito anteriormente, existem 46.055 adotantes na fila de espera para adotar. Essa realidade faz com que muitas crianças não sejam adotadas em território nacional.

Tabela 2 - Pretendentes que desejam adotar crianças pela faixa etária no Brasil

Pretendes que aceitam crianças com até X anos	Total de adotantes	Porcentagem
1	4.836	10.5%
2	6.519	14.15%
3	8.192	17.79%
4	6.905	14.99%
5	7.134	15.49%
6	4.851	10.53%
7	2.747	5.96%
8	1.646	3.57%
9	785	1.7%
10	847	1.84%
11	404	0.88%
12	345	0.75%
13	247	0.54%
14	134	0.29%
15	101	0.22%
16	72	0.16%
Independente de idade	290	0.64%
Total	46.055	100%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2020.

Isso ocorre devido à idealização dos adotantes, preferindo meninas, brancas, com idade de até 4 anos, isso porque as crianças maiores encontram certa resistência, afirma Souza (2018) através de uma reportagem realizada pela Carta Capital. Também, existe uma forte expectativa



dos pais para que a criança solucione os problemas dos adultos ou se encaixe na estrutura familiar oferecida. Então, é necessário que haja uma preparação ainda maior do adulto, devendo o adulto entrar em contato com todas as dificuldades antes de ter uma criança adotada em casa, explica Ghirardi (2018) em entrevista realizada com a Carta Capital. Ainda, afirma o Senado Federal (2013) que existe uma falsa crença de que um dos maiores obstáculos é a questão racial, uma vez que cerca de um terço aceitam adotar apenas crianças brancas, ou seja, representando apenas 3 em cada 10 crianças cadastradas. Além do mais, 51.84% se declaram indiferentes em relação a raça da criança/adolescente. Também, existe um preconceito em relação aos adotantes que desejam realizar a adoção tardia, explica Vargas (2013), no qual são feitas perguntas como “por que não adotaram um nenêzinho?” ou “deve ser muito difícil adotar uma criança assim, não pode contrariar nem nada, né?”, então, além da idealização de uma família, existem os preconceitos. Vargas (2013) afirma que seria necessário um acompanhamento com os adotantes e o adotado não apenas durante o processo de adoção, mas sim na rotina da família, devido aos obstáculos encontrados.

Ademais, no Brasil, segundo o CNJ, 2.488 (5.36%) dos adotantes aceitam crianças com Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), 3.026 (6.52%) aceitam crianças com deficiência física, 1.674 (3.61%) aceitam crianças com deficiência mental e 17.139 (36.94%) aceitam crianças com outro tipo de doença detectável. Ou seja, apesar dos esforços do judiciário, existe uma dificuldade na adoção com crianças/adolescentes especiais, até mesmo porque quando um casal se dispõe a adotar, eles são analisados, tendo restrições da parte deles e da equipe interdisciplinar e, se estes estão preparados ou não pra adotar uma criança/adolescente especial (DOMICIANO, HATAMOTO & PILOTTO, 12m43s, 2013). Essa dificuldade se dá pelo fato dos adotantes, muitas vezes, não conhecerem a realidade do sistema de adoção e, também, porque esses adotantes geram expectativas em relação à “normalidade” de seus filhos, então, acabam buscando três aspectos principais, os quais, quando fogem às normas, acabam gerando uma inquietação. No qual são eles: a capacidade de andar, de comunicação verbal e a capacidade de alfabetizar (DIAS, FONSÊCA & SANTOS, 2009).

No mais, quanto à adoção internacional, os estrangeiros são totalmente desprovidos de preconceitos, em relação à raça, sexo e problemas de saúde. Isso também, porque não têm bebês ou crianças pequenas para serem adotadas internacionalmente e, mesmo se tivesse, eles não teriam como adotar, mesmo sendo preparados por anos, uma vez que os bebês e as crianças pequenas são as mais desejadas no sistema nacional (DOMICIANO, HATAMOTO & PILOTTO, 10m05s, 2013).



Por fim, realizou-se uma entrevista com a Assistente Social da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville, Santa Catarina, Julia Cristina Vincenzi que atua na área há 08 anos. Durante a entrevista Vincenzi (2020) relatou que as maiores dificuldades na adoção internacional é que, por serem na maioria das vezes adoções tardias, as crianças ou adolescentes tem dificuldades de se relacionarem com os adotantes e a questão do tempo do estágio de convivência que é de 30 dias no Brasil, que segundo a entrevistada é um período curto, tendo em vista o período de acompanhamento que se tem com a adoção nacional, que dura em torno de 06 meses.

No mais, Vincenzi (2020), relatou que umas das dificuldades, também, é a comunicação entre o adotado e o adotante, uma vez que são culturas e línguas diferentes e, isso faz com que durante todo o processo de adoção internacional tenha o acompanhamento de um tradutor.

Embora existam essas dificuldades, não há registro de devoluções das crianças ou adolescentes na Comarca de Joinville, onde foram realizadas apenas 02 adoções internacionais nos últimos 10 anos. A entrevistada afirma que a adoção internacional deve continuar em último caso, pois existem inúmeras famílias brasileira habilitadas para adoção e, também, que existe mais abertura para adoção de crianças acima de 4 anos e adolescentes, embora ainda sejam minoria. Além do mais, segundo Vincenzi (2020), é importante priorizar as famílias brasileiras por uma questão cultural e pelas facilidades no processo de aproximação/adaptação da criança e adolescente. Mas, por outro lado, o acompanhamento dos habilitandos estrangeiros é muito efetivo e sistemático, tanto antes quanto após a adoção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção é um dos institutos mais antigos, vindo desde a época do Código de Hamurabi até os dias atuais e, sofreu diversas modificações. Ela busca assegurar à criança e adolescente a integração em um lar adequado, no qual possa lhe propiciar amor, afeto, respeito e segurança. Regida por princípios, nos quais dentre vários, escolheu-se três para pautar, sendo eles: princípio da dignidade humana, princípio da proteção integral da criança e do adolescente e princípio do melhor (ou superior) interesse da criança e do adolescente. Além dos princípios, houve uma evolução na legislação, onde a adoção era regida pelo Código Civil de 1916, no qual só podiam adotar quem não tinha filhos, logo após, em 1979 surgiu o Código de Menores (Lei n. 6.697/79), que fez com que a adoção se tornasse plena e, em seguida, a Constituição Federal de 1988 no qual garantiu que os filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção tivessem os mesmos direitos, sem discriminação.



Após essas transformações, criou-se o ECA, que trouxe diversas alterações na adoção, com o objetivo de proteger os interesses e os direitos das crianças e adolescentes. E, com o advento do Código Civil de 2002, surgiu a Lei n. 12.010/09, que atribuiu ao ECA inovações, buscando diminuir o desgaste físico e emocional dos adotantes e adotados. Ademais, dois tratados internacionais foram incorporados à legislação brasileira: a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, conhecida como Convenção da Haia e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

A admissão da legislação internacional, trazendo a criança e adolescente como sujeito de direitos é de suma importância, uma vez que lhe coloca como principal interessado. Sendo assim, a adoção internacional busca assegurar a essas crianças e adolescentes proteção, saúde, laços de afeto e carinho. Com isso, os candidatos que desejam adotar uma criança internacionalmente devem atender alguns requisitos, tendo uma natureza econômica estável, possuindo um caráter moral e social.

Mas a grande questão a ser respondida é, adoção internacional: uma solução excepcional ou primordial à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente? Diante dos dados apresentados ao decorrer deste artigo, é notório que o número de adotantes nacionais é maior que o número de adotantes internacionais, segundo o CNJ. Além disso, o número de crianças/adolescentes nas filas de espera poderia chegar ao menor possível, se os adotantes nacionais estivessem flexibilizados a adotar crianças/adolescentes mais velhas, meninos e de raças diferenciadas. Isso porque, no Brasil existe um contexto social onde há um perfil de crianças não adotáveis, sendo elas: negras, maiores de dois anos de idade, que possuem alguma deficiência ou são portadoras de históricos de problemas médicos e que sofrem abandonos em série.

Contudo, mesmo existindo esse perfil social, atualmente no Brasil sobreveio uma conscientização em relação à adoção, no qual o que prevalece é o amor e afeto, e não a idade, a cor ou o sexo da criança. Havendo um aumento no número de adoções nacionais e uma queda brusca em relação às adoções internacionais, conforme dados coletados no G1. Portanto, diante dos fatos apresentados, pode-se afirmar que a adoção internacional é uma solução excepcional à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, deve continuar sendo. Uma vez que esse princípio busca manter essas crianças/adolescentes em um lar seguro e estável, priorizando então a convivência da criança/adolescente com sua família natural ou extensa, e em último caso, quando não seguro para essa criança/adolescente, dar-se-á opção de uma família substituta.

Além disso, busca-se priorizar a cultura brasileira, uma vez que existem diversas famílias dispostas a adotar. Por fim, conclui-se que, não existem razões para ter preconceito em relação à adoção internacional, uma vez que, conforme explica Madaleno (2019), prevalece o superior interesse da criança e do adolescente, sendo o amor universal, usufruindo o adotado de afeto e carinho parental, independente se a adoção for nacional ou internacional.

BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **AMB Lança Projeto que estimula Adoção Tardia**. 2018. Disponível em: < https://www.amb.com.br/amb-lanca-projeto-que-estimula-adocao-tardia/?doing_wp_cron=1585658890.9574189186096191406250 > Acesso em: 31 mar. 2020.

AYALA, Sarita Carvalho; CARRIJO, Aline Franciele; CASADEI, Gabriela Macedo; FREITAS, Carlos David; GARCIA, Suzany Kemp; MINARDI, Marcela Zamboni; SILVA, Gislaine Cristina Guerra. **Adoção Tardia: O Real Contexto De Adotantes e Adotados**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Ado%C3%A7%C3%A3o%20internacional%2006_02_2012.pdf> Acesso em: 31 mar. 2020.

BARROS, Maria Eduarda Silva; MOLD, Cristian Fetter. **Aspectos da Adoção Internacional**. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Ado%C3%A7%C3%A3o%20internacional%2006_02_2012.pdf> Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Regras de Adoção ao Redor do Mundo**. 2013. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/regras-de-adocao-ao-redor-do-mundo.aspx>>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Realidade brasileira sobre adoção**. 2013. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>>. Acesso em: 10 out. 2020.

CARTA CAPITAL. **O descompasso que trava a adoção no Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-descompasso-que-trava-a-adocao-no-brasil/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

COMISSÃO ESTADUAL JUDICIÁRIA DE ADOÇÃO (CEJA). **Solicitação e perguntas relacionadas a Adoção Internacional**. Mensagem recebida por <rafaela_macedogomes@hotmail.com> em 02 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pretendentes Disponíveis X Crianças Disponíveis para Adoção**, 2020. Disponível em:

<<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursrel&select=clearall>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNA - Cadastro Nacional de Adoção. Relatórios estatísticos**. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 01 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Cristina Maria de Souza Brito; FONSÊCA, Célia Maria Souto Maior de Souza; SANTOS, Carina Pessoa. **A adoção de crianças com necessidades especiais na perspectiva dos pais adotivos**. 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/paideia/v19n44/a03v19n44.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2020.

DOMICIANO, Fernanda; HATAMOTO, Raquel; PILOTTO, Karina. **Não faz restrição - Um retrato da Adoção Tardia e Especial**. YouTube, 10 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kkVsOSHFxPs>>. Acesso em: 06 out. 2020.

FERNANDES, Natália Freitas. **Adoção Internacional: Uma Esperança para as**

Crianças Crescidas. 2018. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/8391/1/TCC%20-%20Completo%20-%20Nat%20a11ia.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

FURTADO, Jessica Borges. **Adoção Internacional: Normatização e Procedimentos**. 2016. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2487/1/Ado%20C3%A7%C3%A3o%20internacional%20-%20monofinal.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

FURTADO, Maria Marlene Escher. **Princípios jurídicos aplicáveis na Adoção Internacional na perspectiva da Convenção da Haia de 1993: a excepcionalidade da Adoção Internacional versus o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente**. Revista de Direitos Humanos em perspectiva, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/324070683_PRINCIPIOS_JURIDICOS_APLICAVEIS_NA_ADOCAO_INTERNACIONAL_NA_PERSPECTIVA_DA_CONVENCAO_DA_HAIA_DE_1993_A_EXCEPCIONALIDADE_DA_ADOCAO_INTERNACIONAL_VERSUS_O_PRINCIPIO_DO_SUPERIOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_> Acesso em: 31 mar. 2020.

GATELLI, João Delciomar. **Adoção Internacional de Acordo com o Novo Código Civil**. 6ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Manual de Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.



NUNNES, Rizatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

PLANALTO. **Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm> Acesso em: 31 mar. 2020.

REIS, Thiago. **Número de adoções internacionais é o menor dos últimos 20 anos no Brasil**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/03/30/numero-de-adocoes-internacionais-e-o-menor-dos-ultimos-20-anos-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 10 out. 2020.

SUEIRO, Vinicius. **Simulação Mostra quais Crianças são Adotadas (e quais não são) no Brasil**. Estadão, 2019. Disponível em: <<https://arte.estadao.com.br/brasil/adocao/criancas/>> Acesso em: 31 mar. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

UNIÃO. Ministério da Justiça. **Acompanhamento de Credenciamento de Organismos de Adoção Internacional**. 2020. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/lista-de-organismos-estrangeiros-credenciados-no-brasil-atualizado-21-04-2020.pdf>> Acesso em 21 ago. 2020;

VARGAS, Marлизete Maldonado. **Adoção Tardia: da Família Sonhada à Família Possível**. Casa do Psicólogo, 2013.

VINCENZI, Julia Cristina. **Entrevista concedida a Rafaela Macedo Gomes**. Joinville, 22 set. 2020.

CAPÍTULO 15

INFÂNCIA EM REGIME FECHADO: DA PROTEÇÃO INTEGRAL À REALIDADE DA CRIANÇA RECLUSA EM DECORRÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL MATERNA

DOI: 10.47402/ed.ep.c2022108115054

Helora Pereira Gabriel Freitas
Maria Eduarda Delfino das Chagas

RESUMO

Propomos analisar, no presente artigo, os direitos fundamentais de crianças reclusas em decorrência da execução penal materna à luz da Teoria da Proteção Integral. Para tanto, apresentamos breves considerações a respeito dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente, bem como da Teoria da Proteção Integral. Depois, tratamos sobre questões relevantes acerca do encarceramento feminino no Brasil, bem como o exercício da maternidade dentro desse contexto. Por fim, analisamos, à luz da Teoria da Proteção Integral, se os direitos fundamentais de crianças que nascem em instituições prisionais, e permanecem reclusas com suas mães durante o período lactacional, são integralmente assegurados, seja através de políticas públicas, seja por meio do ordenamento jurídico nacional e/ou internacional. Verificamos que a pena corporal transcende a pessoa da mãe segregada, alcançando o próprio filho, o que, conseqüentemente, acarreta uma atroz violação aos direitos fundamentais dessa criança. Para a realização do trabalho adotamos o método dedutivo, o procedimento monográfico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica documental.

PALAVRAS-CHAVE: Criança; Encarceramento Feminino; Maternidade; Teoria da Proteção Integral.

INTRODUÇÃO

A política de encarceramento em massa adotada nos últimos anos rendeu ao Brasil o posto de terceiro país que mais aprisiona no mundo. Segundo dados consolidados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no primeiro semestre de 2020 nosso sistema penitenciário já contava com mais de 700.000 pessoas presas, dentre as quais, mais de 37.000 eram mulheres. (BRASIL, 2020).

É dentro dessa cruel realidade que a maternidade têm tomado cada vez mais espaço no cotidiano dos cárceres brasileiros, posto que o número de mulheres presas jovens, em idade reprodutiva, cresce alarmantemente. No primeiro semestre de 2020, para se ter ideia, havia no sistema penitenciário 106 lactantes, 176 gestantes/parturientes, além de 1.850 crianças, que estavam acompanhadas de suas mães durante o período lactacional. (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, é possível afirmar que são as mulheres e suas crianças quem mais sofrem com a atual política criminal, que, não raras vezes, desconsidera as individualidades intrínsecas



ao gênero, transformando não só a maternidade, mas a primeira infância em uma experiência perversa.

Logo, trazer à tona os agenciamentos do sistema penitenciário brasileiro para atender as necessidades específicas dessas mães e crianças para denunciar a negligência na promoção da proteção integral da infância dentro desse contexto, é medida inadiável. Amalgama-se aqui o escasso referencial bibliográfico sobre o tema.

A produção proposta, portanto, concentra-se na seguinte problemática: promove-se no sistema penitenciário brasileiro, à luz da teoria da proteção integral, os direitos fundamentais de crianças reclusas em decorrência da execução penal materna?

A hipótese formulada é a de que a pena corporal transcende a pessoa da mãe segregada, alcançando o próprio filho, o que produz, consequentemente, uma perversa violação aos direitos fundamentais dessas crianças.

A fim de responder a aludida indagação, percorreremos três etapas. Primeiro, apresentaremos breves considerações a respeito dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como da teoria da proteção integral. Depois, trataremos sobre questões relevantes acerca do encarceramento feminino no Brasil, bem como o consequente exercício da maternidade dentro desse contexto. Por fim, analisaremos, à luz da teoria da proteção integral, se os direitos fundamentais de crianças que nascem em instituições prisionais, e permanecem reclusas com suas mães durante o período lactacional, são integralmente assegurados, seja através de políticas públicas, seja por meio do ordenamento jurídico nacional e/ou internacional.

Para a realização do trabalho adotamos o método dedutivo, o procedimento monográfico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica documental.

A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, suplementada pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, impulsionou uma nova maneira de compreender a relação entre o Direito e a Criança e o Adolescente, fundando um novo marco teórico, identificado como Teoria da Proteção Integral.

Para Veronese (2013, p. 49), de acordo com referida teoria, “toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de



peças em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral”.

A construção do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto ramo jurídico autônomo, assentado nos pilares da referida teoria, desestruturou todos os preceitos do Direito do Menor e da Doutrina da Situação Irregular, que vigoraram, pelo menos formalmente, até meados de 1988. (REIS; CUSTÓDIO, 2017).

Esse processo de transição, segundo Custódio (2008), contou com a colaboração de diversos movimentos sociais que emergiram em um ambiente sedento por democratização e transformação radical do modelo imposto à época, que transformava crianças pobres em “menores em situação de risco”, transferindo a elas a responsabilidade pela própria condição de irregularidade, na tentativa de salvaguardar o impiedoso sistema econômico estabelecido.

O sucesso da implementação da teoria no Brasil se deu não só em razão da conjugação das necessidades aflitivas aos elementos complexos que envolveram mudança de valores, princípios e regras, mas também da convivência com a perspectiva emancipadora do reconhecimento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. (CUSTÓDIO, 2008).

A Teoria da Proteção Integral, no entanto, já se fazia presente no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da edição da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, no ano 1989.

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do Direito da Criança e do Adolescente interrelacionado (sic) os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos os planos, programas, projetos, ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro. (CUSTÓDIO, 2008, p. 27).

Ao disciplinar sobre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o Constituinte estabeleceu no art. 227 da Carta de 1988 uma relação tríplice entre família, Estado e sociedade, que, de forma conjunta, passaram a ser responsáveis pela proteção integral e prioritária desses direitos.

227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Ao abraçar a Teoria da Proteção Integral, certo que a atual Carta Política reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos detentores de todos os direitos fundamentais inerentes à



peessoa humana, conferindo-lhes, portanto, status de cidadãos de fato. (REIS; CUSTÓDIO, 2017).

Apesar da inovação alcançada, para atingir a efetividade esperada na área, foi necessário regulamentar o texto constitucional, momento em que o Estatuto da Criança e do Adolescente emergiu no ordenamento jurídico, recepcionando, assim, a Teoria da Proteção Integral: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. (BRASIL, 1990b).

A construção de um novo ordenamento jurídico que se ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de menores, de semicidadãos, para a de cidadãos, e mais, trouxe a grande possibilidade de construirmos o paradigma de sujeitos, em oposição à ideologia e de toda uma práxis que coisificava a infância. (VERONESE, 2013, p. 50).

Segundo Reis e Custódio (2017), além de possuir um arsenal de normas próprias, o Direito da Criança e do Adolescente prevê regras e princípios especiais, que se materializam de acordo com os preceitos estabelecidos pela Teoria da Proteção Integral.

Aludidos princípios se subdividem em estruturantes e concretizantes. O primeiro grupo é formado pela vinculação à teoria da proteção integral; universalização; caráter jurídico-garantista e interesse superior da criança. O segundo grupo, por outro lado, é composto pela prioridade absoluta; humanização no atendimento; ênfase nas políticas sociais públicas; descentralização político-administrativa; desjurisdicionalização; participação popular; interpretação teleológica e axiológica; despoliciação; proporcionalidade; autonomia financeira, bem como integração operacional dos órgãos do poder público responsáveis pela aplicação do Direito da Criança e do Adolescente. (CUSTÓDIO, 2008).

Dentre os princípios citados, o mais importante no contexto da infância encarcerada, sem sombra de dúvidas, é o interesse superior da criança, porque estrutura a organização sistemática do direito em seus vários ramos, sobretudo o ramo do Direito da Criança e do Adolescente, já que orienta todas as ações voltadas à realização dos direitos fundamentais. (CUSTÓDIO, 2008).

Embora o aparato normativo citado tenha nascido com a função precípua de consolidar um novo modelo social que priorize o desenvolvimento saudável de crianças e jovens, a atual realidade global revela, infelizmente, um modelo societário, não raras vezes, desumano e distante dos ideais de fraternidade. Posto isto, alguns questionamentos inevitavelmente vêm à tona: como desenvolver a personalidade da criança, as suas aptidões e todo o seu potencial físico e mental? Como suscitar nas crianças e adolescentes o respeito aos direitos humanos, às



liberdades fundamentais, ao meio ambiente? Como fomentar ou imbuir na criança e no adolescente o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, idioma, valores, se tudo isso lhes é negado? (VERONESE, 2013).

Quando se trata, particularmente, de crianças reclusas, isto é, àquelas que se encontram institucionalizadas em razão da execução penal materna, a realidade é ainda pior, pois, muito embora seja possível afirmar que o ordenamento jurídico tenha sofrido transformações positivas nos últimos anos, a proteção integral e prioritária dos direitos fundamentais dessas crianças não vem sendo materializada.

MATERNIDADE E CÁRCERE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVIII, assim como o Código Penal, em seu art. 37, determinam que a pena corporal deve ser cumprida em estabelecimento prisional próprio, de acordo com o gênero da pessoa e os deveres e direitos inerentes à condição pessoal de cada um. Embora a norma transcrita reflita, à primeira vista, uma preocupação do legislador com as questões de gênero, referida intenção não espelha a atual dinâmica do sistema penitenciário brasileiro.

Segundo Angotti (2012), a primeira penitenciária feminina do país surgiu somente em 1942, em Bangu, no Rio de Janeiro, após a criação do Decreto n. 3.971, de 24 de dezembro de 1941. Antes disso, o Estado brasileiro havia criado, de maneira improvisada, em prédios adaptados, apenas dois estabelecimentos penais para mulheres, um instalado no ano de 1937, na cidade de Porto Alegre, e o outro em meados de 1941, na cidade de São Paulo.

O embasamento para referida separação, no entanto, não se pautou nas particularidades inerentes ao gênero, mas sim em uma lógica sexista, machista e patriarcal.

Helpes (2014) frisa que a separação só ocorreu em razão da preocupação com o bem-estar dos homens, pois acreditava-se que mulheres impediam que a tranquilidade predominasse no ambiente carcerário, já que despertavam a libido masculina e, portanto, sofrimento alheio.

Analisando o atual sistema de justiça criminal, é possível afirmar que esse modelo institucional androcêntrico se perpetuou ao longo do tempo, porque ainda é baseado em um mecanismo masculino de controle dirigido primordialmente aos homens. Quanto às mulheres, referido mecanismo ainda vige de maneira residual, atuando apenas quando o controle social realizado pela estrutura patriarcal se mostra insuficiente. (ANDRADE, 2005).



Na medida em que mulheres passaram a figurar na esfera pública, no entanto, sobretudo no mercado de trabalho, elas acabaram se tornando mais vulneráveis às malhas do controle penal, o que explica o aumento das taxas de criminalidade feminina nos últimos anos e, por conseguinte, o número de mulheres enclausuradas (ANDRADE, 2005). O grande problema é que políticas penitenciárias não acompanharam tal transformação.

Espinoza (2004) já alertou que, em razão do menor número de mulheres institucionalizadas em comparação aos homens, o desinteresse, tanto de pesquisadores, quanto de autoridades, representa a invisibilidade das necessidades femininas na elaboração de políticas penitenciárias, que, via de regra, ajustam-se aos modelos tipicamente masculinos.

Tal invisibilidade foi estampada pelo Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN, que publicou que até o mês de junho do ano 2017, 74,85% das unidades prisionais se destinavam aos homens, enquanto 18,18% eram unidades caracterizadas como mistas, restando apenas 6,97% delas designadas exclusivamente às mulheres. (SILVA, 2019).

Diante dessa condenável realidade, é impossível afirmar que o Estado brasileiro tenha se empenhado na elaboração de políticas penitenciárias direcionadas ao público feminino.

Nesse contexto, quando a maior parte das brasileiras presas atualmente são jovens, em idade reprodutiva, pautas como gravidez, maternidade e amamentação ganham ainda mais relevância no debate público. Não à toa o Conselho Nacional de Justiça criou o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, que no final de fevereiro de 2018 havia registrado 420 gestantes e 265 lactantes reclusas nos presídios de todo o país. (OTONI, 2018).

Ao publicar em 2019 o relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade, com dados coletados até junho de 2017, o Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, apontou que apenas 14,2% das unidades prisionais que recebiam mulheres possuíam espaço reservado para gestantes e lactantes.

As unidades que contavam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, por sua vez, somaram vergonhosos 48 estabelecimentos, expressando, tão somente, 3,2% das penitenciárias abrigadas por mulheres. O percentual de estabelecimentos femininos ou mistos que possuíam creches apropriadas para receber crianças acima de 2 anos também foi extremamente baixo, alcançando módicos 0,66%. (SILVA, 2019).

Embora gestantes e lactantes ocupem posição social diferenciada, demandando tratamento especial em qualquer espaço que ocupem, não é o que ocorre quando encontram-se sob a custódia do Estado.



Em 2007, no auge de sua atuação, quando ainda efetivamente trabalhavam em prol dos interesses da mulher, a Secretaria Especial de Políticas Públicas para Mulheres, ao emitir relatório propondo a reorganização e reformulação do sistema prisional feminino, além de já exteriorizar preocupação com a carência de políticas públicas penitenciárias voltadas ao gênero, também denunciou as circunstâncias a que mulheres são submetidas durante a execução penal:

As condições das edificações das unidades prisionais afetam diretamente a saúde física e mental das mulheres presas. Mais uma vez as más condições de habitabilidade, superpopulação e a insalubridade são fatores fomentadores de doenças infecto contagiosas, como tuberculose, micose, leptospirose, pediculose e sarna. O ambiente degradante contribui com o cenário de baixa estima alimentando doenças de âmbito emocional como a depressão, melancolia, angústia e pânico. (BRASIL, 2007, p. 27-28).

Gestantes e lactantes, por seu turno, não ficaram de fora da avaliação:

As brasileiras encarceradas, quando grávidas, sofrem mais com o descumprimento das normas constitucionais, ao não terem garantido o direito à assistência médica especializada durante o período gestacional: a maioria, durante a gravidez, não realiza um único exame laboratorial ou de imagem, expondo a saúde da mulher e do feto a vários riscos, inclusive de contaminação em casos de doenças sexualmente transmissíveis, AIDS, tuberculose, muitas vezes desconhecidas até o momento posterior ao parto. A vaga em estabelecimento que permita a internação pós-parto, com local apropriado para receber a detenta e seu filho, não é direito assegurado para grande parcela de parturientes no sistema prisional, uma vez que, são raras as unidades prisionais que contemplam esse tipo de acomodação com berçário apropriado. Na maioria das unidades prisionais, especialmente nas Cadeias Públicas, o berçário é uma cela improvisada, com as mesmas características de insalubridade comuns a esses locais.

É notório que o aleitamento materno é fundamental para a nutrição da criança, além de o contato com a mãe ser de grande importância. Entretanto, de fato, as estruturas carcerárias são, majoritariamente, improvisadas. Mais uma vez, o fato de a maioria dessas unidades ter sido construída para receber homens e posteriormente convertida em unidades prisionais femininas, determinam a inexistência de espaço apropriado para a amamentação, berçário e creche, estrutura que necessária para o abrigo de mães e seus filhos que nascem sob a custódia do Estado. A maioria dos presídios não está preparada para o abrigo de crianças, assim, a amamentação, muitas vezes é feita nas celas. (BRASIL, 2007, p. 38).

Discussões voltadas à gestação dentro do cárcere, como é possível observar, inserem-se em um eixo muito maior, já que a violação de direitos acaba se estendendo aos filhos dessas mulheres, que, na maioria das vezes, desenvolvem-se no ventre materno sem qualquer acompanhamento médico, nascem em circunstâncias abomináveis e, como se não bastasse, permanecem reclusos nos primeiros meses de vida em condições ainda mais cruéis.

PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS RECLUSAS: MITO OU VERDADE?

Não há como negar, embora em ritmo aquém do desejado, que o ordenamento jurídico nacional e internacional sofreu significativas transformações nos últimos anos para salvaguardar mães e crianças institucionalizadas.



A Constituição Federal de 1988, por exemplo, previu tanto a proteção à maternidade quanto a proteção à infância como direitos sociais. Especificamente com relação ao direito à maternidade, o art. 5º, inciso L, dispôs sobre os requisitos mínimos para que presidiárias possam permanecer com seus filhos durante a amamentação. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, em seu art. 8º, § 10, incumbiu ao poder público o dever de garantir à gestante e à mulher com filho na primeira infância, que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, um ambiente que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, visando o desenvolvimento integral da criança. E em seu art. 9º, outrossim, previu o dever do Estado de propiciar condições adequadas ao aleitamento materno. (BRASIL, 1990b).

Já as modificações trazidas pela Lei n. 11.942/2009 garantiu acompanhamento médico à mulher no pré-natal e no pós-natal, estendendo tais cuidados ao recém-nascido. Estabeleceu, também, a obrigatoriedade de estabelecimentos penais femininos disporem de berçário para que mulheres possam cuidar dos filhos e amamentá-los, no mínimo, até o sexto mês de vida. (BRASIL, 2009b).

A Lei n. 12.403/2011, que alterou os arts. 318 e 319 do Código de Processo Penal, por seu turno, passou a prever a possibilidade expressa de substituição da prisão preventiva de pessoa que seja imprescindível aos cuidados de menor de 6 anos ou que possua deficiência, bem como da gestante a partir do sétimo mês de gestação, ou na hipótese de gravidez de alto risco. (BRASIL, 2011).

Visando erradicar, de uma vez por todas, situações cruéis impostas não somente a grávidas e lactantes, mas, principalmente, a bebês e crianças nascidas em condições desumanas, o legislador editou, posteriormente, a Lei n. 13.257/2016, denominada Lei do Marco da Primeira Infância, que, ao alterar o art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a assegurar às mulheres acesso a programas e políticas de saúde e de planejamento reprodutivo, e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada a gravidez, ao parto, ao puerpério, bem como atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal, tudo através do Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2016b).

A Lei do Marco da Primeira Infância também deu nova redação ao inciso IV, do art. 318 do Código de Processo Penal, ao excluir o termo: “gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco”, passando a prever, a partir de então, somente “gestante”, independente do seu estado ou do tempo da gestação. Ademais, incluiu os incisos V e VI,



estendendo a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulheres presas com filhos de até 12 anos incompletos. (BRASIL, 2016b).

A mais recente modificação envolvendo a temática ocorreu com a publicação da Lei n. 13.769, de 19/12/2018, que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal, a fim de criar exigências de progressão de regime no caso de mulheres gestantes ou mães e responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. (BRASIL, 2018b).

Já na esfera internacional, com a expedição da Resolução n. 2010, da Assembleia das Nações Unidas, foram estabelecidas, em 2016, as Regras de *Bangkok*, que regulam, em âmbito internacional, tanto o tratamento dispensado a mulheres presas, quanto as medidas não privativas de liberdade ofertadas a mulheres infratoras.

O Brasil, particularmente, participou ativamente da elaboração e da aprovação do referido regulamento, oportunidade em que destacou a importância do cumprimento da Regra 42:

[...] 2. O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais. 3. Haverá especial empenho na elaboração de programas apropriados para mulheres gestantes, lactantes e com filhos/as na prisão. 4. Haverá especial empenho na prestação de serviços adequados para presas que necessitem de apoio psicológico, especialmente aquelas que tenham sido submetidas a abusos físicos, mentais ou sexuais. (BRASIL, 2016a, p. 31-32).

No mais, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, ainda, prestigiando o princípio do melhor interesse da criança, previu em seu art. 3º, 1, que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o maior interesse da criança”. (BRASIL, 1990a).

Não obstante a estrutura legal vigente, tais previsões, frequentemente, não são materializadas, seja por ineficiência, seja por inaplicabilidade, o que acaba alimentando um ciclo de violações de direitos.

Para se ter ideia, durante a CPI do Sistema Carcerário, realizada pela Câmara dos Deputados, no ano de 2009, detectou-se a existência de centenas de crianças recém-nascidas vivendo em condições subumanas em vários estabelecimentos penais espalhados pela federação. No estado de Recife, precisamente na Colônia Bom Pastor, um bebê de apenas 6 dias foi encontrado dormindo no chão de uma cela mofada e superlotada, apenas sob panos



estendidos diretamente na laje. Já na Penitenciária Feminina do estado de Rondônia, em uma sala isolada das demais, dez detentas cuidavam de seus bebês. Um varal cortava o ambiente de ponta a ponta, cheio de fraldas que secavam sob bebês irritados com o forte calor que fazia. (BRASIL, 2009a).

De lá para cá o ordenamento jurídico se aperfeiçoou, como demonstrado, mas o cenário pouco se alterou.

Em março de 2018, o Conselho Nacional de Justiça divulgou informações a respeito de inspeções realizadas em 22 estabelecimentos penais do país naquele período, que visavam averiguar a situação de gestantes e lactantes encarceradas. Das mulheres que se encontravam nessas condições, 311 entrevistadas estavam com seus bebês, muitos deles sem o devido registro de nascimento, em acomodações precárias e recebendo alimentação inadequada. Na maioria dos locais visitados, constatou-se não haver ginecologistas e obstetras acessíveis para o atendimento pré-natal das grávidas, nem pediatras disponíveis para os recém-nascidos. E em algumas unidades foram encontradas, inclusive, crianças com vacinação atrasada. (BANDEIRA, 2018).

Durante referida inspeção, a Penitenciária Feminina do Distrito Federal chamou negativamente a atenção do Conselho Nacional de Justiça:

O CNJ constatou baixa qualidade da comida e falta de fiscalização em relação a dietas oferecidas às lactantes, aos bebês e às grávidas. Sopa com muita gordura, alimento com muito sal, marmita estragada ou sem cozimento adequado foram os problemas mais lembrados. “O frango quase sempre chega cru. Ou você come, ou fica com fome. Não há substituição do alimento, nem quando está estragado”, relatou uma presa. (BANDEIRA, 2018).

Como se vê, a precariedade desses estabelecimentos e a rotina de privações acarreta sofrimento não só às detentas, mas também aos seus filhos, que vêm seus direitos cruelmente violados quando, inevitavelmente, absorvem a pena que transcende a pessoa da mãe.

Para Vieira (2013), a precariedade desses berçários – quando eles existem – força a criança em período lactacional a ocupar espaços físicos indignos, insalubres e violentos, isto é, completamente incompatíveis com suas necessidades.

Stella (2009) reforça que as condições do cárcere tendem a prejudicar o desenvolvimento da criança, porque são locais que não possuem a mínima estrutura para assegurar o vínculo familiar, tampouco oferecem meios que promovam o crescimento sadio do infante.

Refletindo sobre tal dinâmica, Santa Rita (2006, p. 123) questiona:



Como é possível pensar uma realidade tão complexa em que, por exemplo, até um banho de sol de uma criança fica à mercê de uma atitude pessoal de boa vontade de um servidor? Ou ainda, mesmo reconhecendo as especificidades de medidas institucionais de segurança inerentes a uma prisão, é possível imaginar que o uso de uma colônia após o banho de uma criança possa representar uma ameaça grave para a unidade prisional? Será que essa criança “filha do cárcere” não se enquadra na definição dos instrumentos legais de prioridade absoluta da infância brasileira, como sujeitos detentores de direitos? Avalia-se que infelizmente esses questionamentos não foram contemplados pela agenda pública do nosso país.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 15, seja claro ao dispor que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. (BRASIL, 1990b), o que se percebe, na prática, é que o aprisionamento de crianças, ainda mais nas condições apresentadas, fere profundamente o conceito de Estado de Direito.

Souza e Serafim (2019) já anunciaram que a efetivação dos Direitos da Criança e do Adolescente vai além da garantia da sua dignidade enquanto pessoa humana. Deve englobar, com prioridade absoluta, os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, por força do paradigma da proteção integral. Todavia, conforme evidenciado, a realidade experienciada por crianças encarceradas está longe de refletir esse horizonte.

O assunto é polêmico. De um lado temos o direito fundamental ao desenvolvimento sadio, que só é satisfatoriamente alcançado com o laço materno. De outro, estabelecimentos prisionais insalubres e violentos, que estão longe de preencherem os requisitos mínimos de existência digna, sobretudo quando se trata de crianças recém-nascidas.

Não é incomum, infelizmente, juízes ignorarem o melhor interesse da criança em prol de uma lógica punitivista desenfreada e desumana, proferindo decisões inconcebíveis, corriqueiramente fundadas em argumentos machistas e sexistas. Caso decisões assim, que classificam penitenciárias como espaços dignos para o desenvolvimento infantil e priorizam a suposta ordem pública em face dos direitos fundamentais de crianças em tenra idade, continuem a ser normalizadas, corremos o risco de contrair uma dívida muito cara com a geração futura.

A execução penal materna, como apresentada, não pode ocorrer às custas da proteção integral de crianças. Além da criação de mecanismos de efetivação de direitos e políticas públicas de conscientização voltadas à família e à sociedade acerca da necessidade de zelar, com prioridade absoluta, pelo bem-estar físico e psíquico de todas as crianças, sem quaisquer distinções (SOUZA; SERAFIM, 2019), é inegociável que os direitos e interesses dessas



mulheres e crianças se sobreponham a qualquer outro, exigindo-se dos juízes que assumam, de maneira ativa, a responsabilidade pela proteção dos direitos e interesses superiores da criança cuja mãe ou responsável está ou poderá vir a ser encarcerada, sem que essa perspectiva, automaticamente, anule os demais pontos a serem considerados em cada caso. (VIEIRA, 2013).

Lima e Veronese (2012) já declararam que apenas a responsabilização articulada entre sociedade civil (organizada ou não), poder público e família poderá levar a construção de mecanismos políticos democráticos capazes de implementar, permanentemente e em qualquer contexto, os direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a população carcerária feminina se multiplique ano após ano no Brasil, sua condição de invisibilidade continua inalterada. A ausência de políticas penitenciárias voltadas ao gênero tem levado milhares de mulheres a viverem em condições subumanas, em locais insalubres e inaptos à existência digna. Como resultado, não só grávidas e lactantes são submetidas as mais variadas violações de direitos, mas também os frutos de seus ventres.

Reconhecemos que o arcabouço normativo nacional e internacional sobre o assunto evoluiu ao longo dos anos, mas, infelizmente, ainda não se mostra suficiente para evitar que graves violações de direitos ocorram dentro do sistema penitenciário brasileiro.

Discursos de ódio e clamores punitivistas, tão em alta nos últimos tempos com a ascensão de governos autoritários e fascistas, têm motivado decisões judiciais cada vez mais nefastas, que, priorizando a ordem pública, relegam o desenvolvimento saudável de infantes nesse contexto.

As desastrosas consequências decorrentes do encarceramento infantil são, não raras vezes, ignoradas, assim como os direitos fundamentais dessas crianças, que acabam absorvendo a pena corporal de suas mães.

A execução penal materna não pode, em absoluto, ocorrer às custas da proteção integral de crianças. É necessário não apenas que o Sistema de Justiça Criminal passe por importantes transformações, mas que família, Estado e sociedade promovam e preservem os direitos fundamentais desses infantes.

O tema envolvendo crianças reclusas em decorrência da execução penal materna é polêmico e complexo. Estudos a respeito do assunto, em contrapartida, ainda são escassos, razão pela qual tornar a problemática visível e fomentar o seu debate são medidas inadiáveis.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**. UFSC, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, jul. 2005.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BANDEIRA, Regina. Cármen Lúcia cobra cuidados com bebês que vivem em presídios. **Conselho Nacional de Justiça**. 1º, mar., 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/carmen-lucia-cobra-cuidados-com-bebes-que-vivem-em-presidios-2/>>. Acesso em: 10, jan., 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009a.

_____. Conselho Nacional De Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. 1ª ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016a.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Resolução n. 14, fixa regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2, dez., 1994.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____, Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21, nov., 1990a.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13, jul., 1990b.

_____. Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009. Dispõe sobre modificações na Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29, mai., 2009b.

_____. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Dispões sobre modificações no Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5, mai., 2011.

_____. Lei n. 13.257, de 8 de março 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9, mar., 2016b.

_____. Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Dispões sobre modificações no Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e Lei de Crimes Hediondos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19, dez., 2018b.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Mulheres e Grupos Específicos –**

Período de Janeiro a Junho de 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYzg4NTRjNzYtZDcxZi00ZTNkLWI1M2YtZGIzNzk3ODg0OTlliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 14, mai, 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. **Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino**: Relatório Final. Brasília, dez. 2007.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito**. v.29, p. 22-43, 2008.

ESPINOZA, Olga Mavila. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

HELPEZ, SINTIA SOARES. **Vidas em jogo**: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

OTONI, Luciana. Cadastro do CNJ registra 685 mulheres grávidas ou lactantes presas. **Conselho Nacional De Justiça**. 12, mar., 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cadastro-do-cnj-registra-685-mulheres-gravidas-ou-lactantes-presas/>>. Acesso em: 10, jan., 2020.

REIS, Suzéte da S.; CUSTÓDIO, André Viana. Fundamentos históricos e principiologicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. **Justiça do Direito** (UPF), v. 31, p. 621-659, 2017.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades**: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. 2006. 162 f. Dissertação (Mestrado em Política Social), Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2006.

SILVA, Marcos Vinícius Moura (Org.). **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade – junho de 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

SOUZA, Ismael Francisco de; SERAFIM, Renata Nápoli Vieira. Os Direitos Humanos da Criança: análise das recomendações do comitê dos direitos da criança das Nações Unidas. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 20, n. 1, p. 191-218, jan./abr. 2019.

STELLA, Claudia. O impacto do encarceramento materno no desenvolvimento psicossocial dos filhos. **Educare et Educare Revista de Educação**. vol. 4, n. 8, p. 99-111. Jul./dez. 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013.



VIEIRA, Cláudia Maria Caralho do Amaral. **Crianças encarceradas**: à proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2013. 508 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2013.

CAPÍTULO 16

A POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO DO SOBRENOME DOS GENITORES EM RAZÃO DO ABANDONO AFETIVO

Victor Hugo Pires
Andréa Grandini José Tessaro

RESUMO

O artigo se propõe a investigar acerca da possibilidade de exclusão do sobrenome dos genitores em razão do abandono afetivo, bem como os impactos causados na vida da criança que não é assistida afetivamente por seus genitores e como esse abandono se caracteriza. Outrossim, aborda as características do nome civil, como um direito de personalidade e quais as possibilidades de alteração do nome frente ao princípio da imutabilidade. A pesquisa bibliográfica foi elaborada a partir de material publicado, como livros, artigos, periódicos e legislação.

PALAVRAS-CHAVE: abandono afetivo; alteração do nome; direito da personalidade.

INTRODUÇÃO

O abandono afetivo se caracteriza quando os responsáveis negligenciam ou são omissos quanto ao dever de cuidar da criança, deixando de demonstrar carinho e afeto. Para o desenvolvimento saudável de uma criança é de extrema importância a presença dos pais, sendo que a falta de afeto pode gerar consequências psicológicas graves e quase sempre irreversíveis.

O afeto é a base das relações familiares sendo assegurado pela Constituição Federal no artigo 227 e pelo Estatuto da Criança e do adolescente, um preceito fundamental que decorre da dignidade da pessoa humana.

Em uma notícia trazida pelo Instituto de Psicologia (2019), cerca de 5,5 milhões de brasileiros não têm registro paterno na certidão de nascimento e cerca de 12 milhões de famílias são formadas por mães solo.

Nesse sentido, o presente artigo traz a discussão da possibilidade de exclusão do sobrenome em razão do abandono afetivo dos genitores, bem como uma análise das características do nome civil e da identidade, explora as possibilidades de alteração do nome considerando o abandono sofrido e o abalo psicológico, estuda o posicionamento dos tribunais perante o tema.

O tema abordado revela-se importante, notadamente porque permite que as pessoas entendam a importância do nome como um direito da personalidade, sendo o nome da pessoa



física reconhecido na sociedade, também como sendo um elemento da personalidade e dignidade humana.

Posto isso, o artigo busca investigar acerca da possibilidade de retirada do sobrenome dos genitores nos casos em que ocorre abandono afetivo, tendo em vista que não há nenhuma regulamentação expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira parte será apresentado uma breve conceituação histórica, onde traz o conceito do nome civil, demonstrando as características do nome e da identidade como sendo direito da personalidade, demonstrando a importância do nome/sobrenome perante o meio social que essa pessoa está inserida.

Em seguida falará sobre o abandono afetivo, expondo as considerações acerca do tema, trazendo sua definição e relação com a Constituição Federal e o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como base esse princípio nas relações familiares.

Por fim, será apresentado um estudo sobre a imutabilidade do nome frente às possibilidades de alteração do nome. Também qual o posicionamento da jurisprudência acerca do tema com uma análise sobre a possibilidade de exclusão do sobrenome por abandono afetivo.

NATUREZA JURÍDICA DO NOME, SOBRENOME E DIRITO DE PERSONALIDADE

Historicamente, “O emprego do nome vem dos primórdios da humanidade, atendendo tanto ao interesse do indivíduo como ao da sociedade.” (MENDES, 2009, n.p.). Conforme explica Venosa (2021, p. 181), na sociedade rudimentar, um único nome era suficiente para identificar uma pessoa, com o crescimento populacional surgem os primeiros casos de homonímia. Assim surge a necessidade de acrescentar um sobrenome, geralmente ligado ao prenome do genitor ou local de nascimento, como, por exemplo, Jesus de Nazaré.

Isso nos ajuda a compreender como atualmente o nome é atribuído à pessoa e a importância no nome como um direito personalíssimo e sendo uma forma de identificação de pessoas perante a sociedade. O nome sempre foi a identidade de cada indivíduo, a maneira pela qual cada pessoa é reconhecida.

O conceito do nome que segundo Mendes (2009, n.p.) “A palavra nome deriva do latim *nomen*, do verbo *noscere* ou *gnoscere*, que significa conhecer ou ser conhecido”. Além disso, Federici (2020, n.p.) expõe que o nome “no caso do ser humano - pessoa física - trata-se da pessoa natural, sujeito de direitos.”. Dessa forma, pode-se aferir que o nome está intimamente ligado à questão jurídica. Acerca do conceito de nome, de acordo com Mendes (2009, n.p.):



Constitui o nome uma necessidade elementar de identificação e, nesse sentido, leciona o ilustre Spencer Vampré (1935: 38), o primeiro grande estudioso do nome civil no Brasil: "Quando pronunciamos, ou ouvimos um nome, transmitimos ou recebemos, um conjunto de sons, que desperta nosso espírito, e no de outrem, a idéia da pessoa indicada, com seus atributos físicos, morais, jurídicos, econômicos, etc. Por isso, é lícito afirmar que constitui o nome a mais simples, a mais geral e a mais prática forma de identificação".

Assim sendo, o nome por se tratar de uma forma de identificação entre os indivíduos pertencentes a uma sociedade, são dotados consequentemente de natureza jurídica. Com base nessa observação, tem-se o nome civil que "é aquele que consta do registro de nascimento de uma pessoa, devidamente arquivado no competente Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, situado na mesma localidade do parto ou da residência dos pais" (FEDERICI, 2020).

Em compreensão da questão cível do nome, o Código Civil de 2002 no capítulo dos direitos da personalidade acerca do nome preceitua em seu art. 16 de que "toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome" (BRASIL, 2002).

Verifica-se do artigo supracitado, que o nome é um direito personalíssimo de cada indivíduo, e possui elementos constitutivos que o compõem, sendo eles o prenome e o sobrenome. Nesse sentido, salienta-se novamente a natureza jurídica do nome, e assim destaca Venosa (2020, p. 198):

Limongi França (1964:153), após exaustivamente discorrer sobre as várias opiniões acerca da matéria, acaba por concluir que o nome é um "direito da personalidade" e aduz que esse é um direito dentro da categoria dos direitos "inatos", pressuposto da personalidade. Serpa Lopes (1962, v. I:297) filia-se à mesma posição dizendo que o nome "constitui um dos direitos mais essenciais dos pertinentes à personalidade".

Para Souto et al. (2021) o nome ou prenome como é chamado, tem o objetivo de identificar cada pessoa na sociedade, por meio dele é possível individualizar a cada um, exteriorizado a personalidade na sociedade. O nome seria como uma etiqueta que cada pessoa tem, e por meio desta é possível a sua individualização.

No que tange o prenome, este além do art. 16 do CC, encontra respaldo na Lei de Registro Públicos n. 6.015/73, assim ilustra Venosa (2020, p. 199):

A atual Lei dos Registros Públicos (art. 54, 4o, conforme alteração da Lei no 6.216, de 1975) declara como requisito obrigatório do assento de nascimento "o nome e o prenome, que forem postos à criança". Creemos que o critério a ser seguido no estudo do nome deva ser sob o ponto de vista legal: para nosso legislador, é essencial a existência de um prenome, que vulgarmente denominamos primeiro nome ou nome de batismo, e um nome, vulgarmente chamado sobrenome.

Dessa forma, o prenome "é ato realizado por imposição de outrem, normalmente, dos pais, podendo ocorrer, em determinados casos, pela própria pessoa." (CARVALHO, 2008,

n.p.). O sobrenome, um dos principais objetos do presente projeto, conhecido também como patronímico ou apelido de família, é elucidado segundo Mendes (2009, n.p.) como sendo:

O segundo elemento fundamental do nome civil e serve para indicar a procedência da pessoa, sua estirpe. Ele não pertence a pessoa determinada e sim, a todos os membros de uma família. O patronímico será simples quando provir apenas do sobrenome materno ou paterno e composto quando provir de ambos.

Brandelli (2012, p. 93) explica que o nome de família, também conhecido como sobrenome, é o patronímico igualmente chamado cognome, que serve para identificar a família que a pessoa pertence. É por meio deste que é possível individualizar e identificar perante a sociedade a sua origem familiar, por esse motivo não é possível escolher livremente o nome de família a ser utilizado, havendo uma espécie de “transmissão hereditária”.

Tanto o prenome quanto o sobrenome traz consigo além do amparo jurídico, uma questão histórica enraizada a centenas de séculos. Isto porque, a muitos anos, o ordenamento jurídico brasileiro tratou a alteração do nome como sendo imutável, no entanto, ao longo do tempo e com o advento da Lei n. 6.015/73, essa característica se tornou relativa.

No âmbito jurídico, adentrando no aspecto da personalidade, apesar das diversas discussões acerca do tema, para o ordenamento brasileiro o direito da personalidade é adquirido no momento do nascimento com vida. Nesse sentido, Pereira (2020, p. 184) discorre que “A personalidade jurídica, no nosso direito, continuamos a sustentar, tem começo no nascimento com vida. Dois os requisitos de sua caracterização: o nascimento e a vida.”

O direito da personalidade está intimamente ligado à pessoa humana, são intransmissíveis e irrenunciáveis, onde se destaca entre eles o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra, ressalta Gonçalves (2019, p.199). Valente (2016, p. 66), por sua vez, aclara:

Os direitos da personalidade por serem inerentes ao ser humano, situam-se acima do direito positivado. Consequentemente, deve o Estado reconhecê-los e protegê-los, primando por assegurar a plenitude dos direitos do homem e do cidadão, além da ampla cidadania e a dignidade da pessoa humana, concretizando os ditames do diploma constitucional, por meio do art. 5.º, IV, V, X, da CF.

Por meio do princípio da dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 deu ao direito da personalidade status constitucional em seu art. 5º, X, nestes termos:

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)

São direitos inerentes à personalidade do indivíduo, e de acordo com Amaral (2018 p. 353) “direitos da personalidade são direitos subjetivos, ou melhor, situações jurídicas

existenciais que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, de natureza física, moral e intelectual”.

Acerca da personalidade, explica Tartuce (2016, p. 66):

Adquirindo a personalidade – que consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa, sendo a aptidão para deter direitos e assumir deveres —, a pessoa humana ganha a possibilidade de defender o que lhe é próprio, como sua vida, sua integridade físico-psíquica, seu próprio corpo, sua carga intelectual, sua moral, sua honra subjetiva ou objetiva, sua imagem, sua intimidade.

Corroborando esse entendimento, Bittar (2014, p.41), define o direito da penalidade como sendo; “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”.

Dessa forma, verifica-se o peso que o direito da personalidade, resguardado no Código Civil de 2002, tem sobre cada indivíduo. Diante disso, é notável a conexão do direito da personalidade com a questão do nome, como ilustra Ziem (2014, p. 20):

Corroborando o autor Amaral (2002, p.256 apud GONÇALVES, 2003, p. 168, grifo do autor): “o direito ao nome é espécie dos direitos da personalidade, pertencendo ao gênero do direito à integridade moral, pois todo indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria.”

O nome, por estar ligado diretamente com o direito da personalidade, é inerente à pessoa humana, e como já revelamos, é o meio para individualizar cada um, garantido por meio dele a identidade.

A identidade é a forma pela qual o indivíduo se enxerga perante a sociedade, o “direito fundamental da pessoa é o da identidade, que inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no elo entre o indivíduo e a sociedade em geral. (Bittar,2014 p.195)

Sendo assim, “identidade trata-se de uma qualidade de idêntico conjunto de características de um indivíduo como nome, idade, peso, altura e assim por diante. É, portanto, o direito que se tem de exigir um reconhecimento com individualidade distinta de outras individualidades” (OLIVEIRA; BARRETO, 2010 p. 3).

A identidade está atribuída diretamente com a personalidade e seus componentes “O bem jurídico tutelado é a identidade, que se considera como atributo ínsito à personalidade humana.” (BITTAR, 2014 p.196)

Assim como as pessoas que realizam a mudança de sexo busca a tutela jurisdicional para se identificar como a pessoa que sempre foi, poderá de forma pública externar aquilo que



escondeu dentro de si. Desse mesmo modo, a pessoa que busca a exclusão do patronímico devido ao abandono afetivo, deseja não ser reconhecida como pertencente a uma família que não foi presente afetivamente durante no seu desenvolvimento.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ABANDONO AFETIVO

Define o artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental. Para Tartuce (2020, p. 7): “Trata-se daquilo que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macro princípio, ou princípio dos princípios”.

Stolze define (2019) que “dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”

Com a promulgação da Constituição em decorrência da sua importância a família ganhou *status* de direito fundamental, assim explica Carlos Alberto (2021, p. 67) “um dos maiores avanços ocorridos no direito brasileiro, após a Constituição de 1988, foi a consagração normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, pois sua eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que clamavam por sua inserção constitucional”.

os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família subdividem-se em princípios fundamentais – abrangendo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade –, e princípios gerais, onde se inserem a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o princípio de melhor interesse da criança. (ALBERTO, 2021, p. 67)

Para Madaleno (2021) “Quando cuida do Direito de Família, a Carta Federal consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.” Madaleno e Barbosa (2015, p. 401) aclaram que “a paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade.”

Dessa forma, cabe reforçar a importância desse preceito no ordenamento jurídico brasileiro, assim explica Madaleno (2021 p. 51) sobre a dignidade da pessoa humana “as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental”. Nesse sentido, assevera Gonçalves (2020, p. 09) “assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)”.



Assim é evidente que a participação dos genitores na criação e desenvolvimento de seus filhos é fundamental, sabiamente pontua Madaleno (2015, p. 401) “a estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não”.

Posto isso, as relações familiares devem sempre ser pautadas na busca pela proteção da vida e integridade dos membros da família, e pautadas no respeito e na garantia de seus direitos pessoais, pois “as relações familiares devem sempre ser pautadas na busca pela proteção da vida e integridade dos membros da família, e pautadas no respeito e na garantia de seus direitos pessoais” (ALBERTO, 2021, p. 69).

A concepção de família ao longo dos anos no âmbito jurídico brasileiro sofreu grandes mudanças, bem como os deveres dos pais para com os filhos também foi se modificando com o passar do tempo. “A família é, em regra, o espaço em que qualquer pessoa, bem ou mal, inicia o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, demonstrando, assim, sua imprescindibilidade para o ser humano, para a sociedade e para o Estado.” (PEREIRA, 2013, p. 11).

A figura dos genitores tomou grande força e visibilidade com o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu em seu art. 227 o dever da família para com a sua prole. Além da importância dada pela Carta Maior, o ordenamento jurídico ampliou a relevância desta temática por meio das leis 8.069/1990 e 10.406/2002, onde, respectivamente o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 4º, estabelece e reforça os deveres da família, e o Código Civil dispõe no art. 1.634 do Código Civil, na seção II do exercício do poder familiar.

Nesse contexto, cabe observar que o texto constitucional destaca que tanto a figura materna quanto a paterna possuem o dever legal de forma igual conforme explica Pestana (2013, p. 13), ou seja, a Constituição impõe aos pais tal responsabilidade.

Esse compilado sem dúvida demonstra que essa obrigação imposta pela lei exalta a responsabilidade paternal, onde “ser pai ou mãe nos dias de hoje, não é apenas pôr mais uma vida no mundo, mas sim, cuidar, educar, ser presente e participativo e auxiliar no completo desenvolvimento desse novo indivíduo” (PESTANA, 2013, 11).

Conforme emana dos dispositivos de lei mencionados anteriormente, é dever da família fornecer todo apoio e auxílio que necessita a criança de modo a garantir o desenvolvimento desta em um lar que tenha afeto e cuidado, pois tais fatores são extremamente importantes e determinantes no desenvolvimento da criança. Tanto é que “a partir de 1988, é possível



sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro.” (CALDERÓN, 2017, p. 52).

A afetividade reconhecida como sendo um princípio oculto da Constituição Federal, vai muito além da questão jurídica, pois a origem do afeto vem do núcleo familiar, como explica Pereira (2018, p. 11) “família é a unidade social mais antiga do ser humano, sendo ela considerada por grande parte da doutrina brasileira, um grupo de pessoas ligadas não somente através do sangue, mas também através da afetividade”.

Desse modo, o abandono afetivo pode ser considerado como a inobservância dos deveres conferidos aos genitores. Assim, o abandono afetivo se caracteriza “quando pais negligenciam a relação com seus filhos, faltando com o afeto e com os deveres garantidos” (VERZEMIASSI, 2021).

Diante de toda essa construção, é possível verificar que existem diversas consequências decorrentes do abandono afetivo, e sob essa ótica, corrobora Zien (2014, p. 41):

Verifica-se assim, que a convivência entre pai e filho é primordial para garantir um crescimento saudável e digno. É direito do filho, conviver com o pai. O abandono afetivo traz sequelas irreparáveis para a formação sócio-psico-cultural do filho, prejudicando a formação da personalidade do mesmo.

Ressalta-se, ainda, que não existe ainda tipificação para o abandono afetivo. Para algumas pessoas é a forma mais grave de abandono, pois lesiona o estado emocional do jovem. A ausência, por exemplo, da figura paterna propicia o aumento de casos vinculados à socioafetividade. (LISITA, 2020)

Sob esse aspecto, conforme abordado no capítulo anterior, o nome sempre foi a identidade de cada indivíduo, a maneira pela qual cada pessoa é reconhecida perante a sociedade e pertencente a esta, e, inclusive faz parte de um determinado grupo, como é o caso do grupo familiar que além de nomeá-lo oferece carinho e afeto, sendo que “a base familiar se pauta na existência de amor e no partilhamento do afeto, na ausência de laços afetivos nasce a figura do abandono parental, ou abandono afetivo.” (HOFFMANN, 2021, p. 26).

Posto isso, quando há essa ausência de afeto, surge nessa criança danos severos e muitas vezes irreversíveis, mas que as acompanham de variadas formas, principalmente quando alguém cita o apelido de família, de alguém que nunca foi sua família verdadeiramente.

Nesse contexto, a criança abandonada afetivamente por um de seus genitores, e que manifesta a vontade de excluir o sobrenome desse indivíduo que nunca esteve presente, o que



se efetua necessário discutir essa questão da possibilidade de buscar judicialmente a exclusão do sobrenome em decorrência do abandono afetivo.

O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE E AS POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DO NOME

Por muito tempo a questão do nome sempre foi tratado como algo definitivo e impermeável pela sociedade, tanto é que como reflexo disso, no âmbito jurídico tal questão era/é tratada praticamente como uma “cláusula pétrea” regido pelo princípio da imutabilidade, acerca deste corrobora Mateus Travaoli Camargo (2013, p. 13) “por questões de ordem pública, o legislador tornou o nome imutável, declarando implicitamente ser de interesse social a manutenção do nome pelo indivíduo, sendo elementar para a segurança jurídica”.

Ainda, acerca da imutabilidade do nome corrobora Brandelli (2012, p. 74) “um nome que pudesse mudar ao sabor da livre vontade do seu titular desnaturaria a própria razão de ser desse instituto, uma vez que nem permitiria a sua junção à personalidade da pessoa, por poder ser efêmero, nem serviria para identificá-la perante a coletividade”.

Conforme vimos neste artigo, o sobrenome é o meio pelo qual é possível identificar a origem familiar. O sobrenome é designado segundo a ascendência da pessoa, por isso, é claramente imutável, já que representa o sobrenome de seus familiares e ascendentes, independentemente da opção pelo sobrenome do pai ou da mãe, ou de ambos (SOUTO, 2021, p. 58).

Não obstante, com a evolução da sociedade e dos direitos, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, onde há uma crescente preocupação com as questões sociais, também há pela primeira vez uma relativização do nome, isto porque, conforme corrobora Camargo (2013, p. 13) “a dignidade da pessoa humana passa a ser diretriz máxima da função do Estado para com o cidadão e com toda a sociedade. O Estado deve prover os meios para dar dignidade aos cidadãos”.

Com efeito, o indivíduo ganha mais visibilidade e as demandas judiciais sobre esse assunto são revistas tendo por base a dignidade da pessoa humana, e assim “a imutabilidade do nome sofre uma relativização, passando-se então, a trabalhar com o preceito de que o nome deve ser garantidor da dignidade de seu portador” (CAMARGO, 2013, p. 14).

No que tange a imutabilidade, explica Brandelli (2012, p. 75):

A imutabilidade do nome informa que não é possível a sua modificação voluntária ou caprichosa; significa a oblação da voluntariedade na modificação do nome, que deve,



como regra, manter-se intacto durante toda a vida do sujeito, exceção feita a autorizações insculpidas no ordenamento jurídico, devidamente justificadas pelo interesse público ou pela dignidade da pessoa.

Dessa forma, a mudança da concepção da imutabilidade do nome, que até então além do amparo jurídico, foi uma questão histórica enraizada a centenas de séculos, o ordenamento jurídico brasileiro a partir da flexibilização acerca do nome, passou a permitir ao indivíduo a alteração por meio da vigência de novas leis em alguns casos específicos, acerca do assunto elucida Camargo (2013, p. 14) que “com a evolução da sociedade que, no que lhe concerne, fez evoluir o ordenamento, impulsionou o legislador no sentido que enumerasse alguns casos onde a pessoa pudesse optar ou requerer pela alteração ou modificação do nome”.

Dentre as exceções, consta a possibilidade de alteração do nome quando se trata de prenome vexatório, quando atingida a maioridade civil e transexualidade. Já em outros determinados casos pode haver a alteração do nome e também do sobrenome, como são os casos de proteção da vítima e testemunha, em casos de homonímia, adoção, casamento e inclusão de sobrenome do padrasto ou madrasta.

Por fim, como se vê, toda regra possui exceções como é o caso da imutabilidade do nome e sobrenome que por lei abarcam determinadas possibilidades de alteração. Até aqui, observa-se que devido à Constituição Cidadã promulgada em 1988, diversas mudanças no que concerne o direito de família são fundamentais para a presente temática, visto que a partir de então, o conceito de família e os interesses da criança e adolescente ganham novos traços, uma nova compreensão e grande relevância no ordenamento brasileiro, e tudo isso, respaldado pela dignidade da pessoa humana que possui um papel de suma importância ao abarcar os interesses coletivos pelo qual o Estado passa a se atentar.

POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE SOBRENOME POR ABANDONO AFETIVO

Considerando todos os elementos apresentados no presente artigo, pode-se considerar ser possível a supressão do patrício em razão do abandono afetivo, considerando os reflexos emocionais e psicológico sofrido, elementos que justificam a alteração do sobrenome, visto que a jurisprudência tem o posicionamento que o princípio da imutabilidade do nome não é absoluto.

Na Apelação Cível do tribunal de Santa Catarina nº 0014681-14.2010.8.24.0023 interposto pelo Ministério Público contra decisão de primeira instância, que determinou a exclusão do patrocínio paterno e a inclusão do patrocínio do padrasto.

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PLEITO DE SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO DO PAI BIOLÓGICO E INCLUSÃO DE SOBRENOME DO PAI SOCIOAFETIVO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO REPRESENTANTE MINISTERIAL. ALEGADA AFRONTA AOS ARTIGOS 56 DA LEI Nº 6.015/73 E 1.604 DO CC. AFIRMADA COLOCAÇÃO EM RISCO DOS PRINCÍPIOS DA ESTABILIDADE NAS RELAÇÕES SOCIAIS E DA SEGURANÇA JURÍDICA. IMPROCEDÊNCIA. PECULIARIDADES DO CASO QUE JUSTIFICAM A FLEXIBILIZAÇÃO DA IMUTABILIDADE DO NOME. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL PERPETRADO PELO PAI BIOLÓGICO, COM QUEM A REQUERENTE NÃO TEVE CONVIVÊNCIA, TAMPOUCO DESENVOLVEU AFINIDADE. PRESENÇA DE VÍNCULO AFETIVO COM O PADRASTO, QUE A CRIOU E EXERCEU O PAPEL DE PAI. LAUDO PSICOLÓGICO QUE CONFIRMA O ALEGADO NA EXORDIAL. CONCORDÂNCIA DO PADRASTO A RESPEITO DO REGISTRO DA DEMANDANTE COM SEU SOBRENOME. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. INCABÍVEL FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS À ESPÉCIE. RECURSO DESPROVIDO.

No caso supracitado a apelada, nascida no ano de 2000, teve seu registro feito pelo seu padrasto, o qual desde seu nascimento fez o papel de pai, sendo reconhecido como tal. Após o término do relacionamento da mãe da demandante, a genitora buscou na justiça o reconhecimento de paternidade cumulado com o pedido de alimentos.

Na ação ficou reconhecida a paternidade o que ensejou a alteração na certidão de nascimento, sendo assim, excluído o nome do padrasto e inclusão o sobrenome do pai biológico. Porém, ficou demonstrado nos autos que o demandante nunca teve laços afetivos com seu pai, que durante toda a sua vida se fez ausente, nítido o abandono afetivo. Entretanto, possui forte conexão com seu padrasto que esteve presente mesmo após o fim do relacionamento com sua mãe.

Durante o processo foram realizados exames psicológicos que contaram que a demandante sofreu abalos psíquicos com sentimento de rejeição pelo sobrenome do pai biológico, que sente vergonha de ter o sobrenome de uma pessoa que não conhece.

Na fundamentação, o relator André Luiz Dacol faz com base no princípio da dignidade da pessoa humana. “Com relação ao pleito de exclusão do patronímico do pai biológico, a regra da imutabilidade do sobrenome deve ser excetuada, em predominância do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), diante das peculiaridades do caso” (Santa Catarina, 2021, p. 05).

Reconheceu que a falta de convivência com o pai trouxe abalos psicológicos a apelada, e isso por si só justificaria a exclusão do sobrenome, Santa Catarina (2021):



Dessa forma, entendo que o abandono afetivo, moral e material enquadra-se na situação anormal a justificar a exclusão do patronímico paterno do nome da autora, o qual só está lhe causando desconforto, conforme o laudo. Outrossim, não haverá prejuízos para a família do genitor, vez que a ancestralidade será preservada. (grifo).

E enfatiza citando a jurisprudência, onde cita que por muito tempo o nome e o apelido de família foram considerados imutáveis, mas que com a evolução da sociedade esse princípio vem sendo revisado e que apesar da Lei de Registros (Lei n.º 6.015/1973) ser muito dura, essa inflexibilidade da imutabilidade do nome é relativizada, dando maior importância para o direito da personalidade:

passando-se a admitir, em casos não expressamente previstos na legislação de regência, sejam alteradas - suprimindo-se, retificando-se ou acrescentando-se - partículas, alcunhas, apelidos e sobrenomes de família, quando caracterizado o legítimo interesse, a excepcionalidade do caso, a boa-fé do pretendente e a ausência de prejuízo a bem ou direito alheio. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2015.001622-9, da Capital, rel. Trindade dos Santos, Segunda Câmara de Direito Civil. Julgado em 09/04/2015).

Assim, reconhecendo o direito sendo mantido por unanimidade a sentença de primeira instância reconhecendo o abandono afetivo sofrido e a possibilidade de exclusão do patrocínio sem prejuízo a sua ancestralidade.

Apesar da rigidez dos tribunais acerca do tema, esse entendimento vem sendo alterado gradualmente. Em outro caso, na Apelação Cível nº 0002309-23.2020.8.16.0179 do Tribunal de Justiça do estado do Paraná também vem sendo aplicado a mitigação do princípio da imutabilidade do nome frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vide, in verbis, a ementa da referida apelação:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ – PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUANTO À INCLUSÃO DO PATRONÍMICO MATERNO – NÃO ACOLHIDA – ASCENDÊNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA – UTILIZAÇÃO DO NOME DE FAMÍLIA PROVENIENTE DA LINHA DE ASCENDENTES MATERNOS QUE REPRESENTA DIREITO INERENTE À PERSONALIDADE – CONECTÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO OU A TERCEIROS – PRECEDENTES DESTA E TRIBUNAL DE JUSTIÇA – FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME EM PRESTÍGIO À ESTIRPE FAMILIAR – ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUANTO À SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO – NÃO ACOLHIDA – ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO – JUSTO MOTIVO – PRECEDENTES DESTA CÂMARA CÍVEL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO OU DE TERCEIROS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO



Apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença que julgou procedente o pedido de retificação do registro de nascimento da querida abandonada afetivamente por seu genitor. Ainda requer que seja incluído o patronímico materno por quem foi criada.

Alega a requerente que seu genitor sempre foi uma pessoa muito agressiva, que sofria com transtorno de bipolaridade e alcoolismo, sendo esse um dos motivos que causou o divórcio e a saída de sua mãe de casa. A partir daí, afirma a autora que não teve mais contato com seu genitor, deixando-o até mesmo de ir à festa de casamento da filha.

O magistrado na decisão de primeiro grau deixa claro que o sofrimento sofrido pela parte é algo totalmente subjetivo, sendo um sentimento do próprio interessado. Fundamenta que o abandono é sim fato suficiente para justificar a mudança do nome, autorizando a inclusão do sobrenome da avó materna. Paraná (2021)

a jurisprudência tem admitido a inclusão posterior no nome deste patronímico, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no direito à individuação conforme a origem familiar, em respeito e homenagem às raízes familiares maternas. Neste sentido: [...].

Ressalto que, não obstante o último julgado colacionado destaque que não houve supressão de patronímico, há no caso circunstância excepcional, decorrente de abandono afetivo pelo genitor, que justifica a medida, nos termos já explicados.

No recurso o Ministério Público do Estado do Paraná sustenta que a autora não apresentou fatos suficientes que justifiquem a alteração, considerando que é um mero aborrecimento, traz também que o nome é regido pelo princípio da imutabilidade conforme artigo 57 da Lei de Registros Públicos e somente pode ser alterado por exceção motivada.

A desembargadora Denise Krüger Pereira em seu voto defende que nome é imputado ao direito da personalidade.” Esta percepção conduz à conclusão de que o registro civil da pessoa natural é uma forma de proteção do direito à identificação através do nome e da filiação, tratando-se, portanto, de consectário da própria dignidade da pessoa humana” (Paraná, 2021, p.5).

Afirma que a inclusão do sobrenome da avó não traz prejuízos para seu meio social, pois, “proporcionará à requerente, como indivíduo inserido no meio social, a plena identificação com seus familiares, direito que é inerente à dignidade da pessoa humana, estabelecida como princípio fundamental na Constituição da República de 1988” (PARANÁ, 2021, p.6).

Diante de todos os julgamentos expostos se revela de suma importância o presente artigo, pois, considerando que os tribunais vêm aplicando a relativização do princípio da imutabilidade, apesar dos poucos casos de procedência do pedido dos tribunais considerados



mais conservadores, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também entende ser possível a alteração do nome.

Na Apelação Cível nº 70056953664 (TJRS) interposta contra sentença que indeferiu a inicial, considerando impossibilidade jurídica no pedido, O Ministério Público ora apelado arguiu pelo provimento do apelo:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. O pedido de exclusão do patronímico paterno não é juridicamente impossível. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Hipótese de desconstituição da sentença, e devolução dos autos à origem, para que o pedido seja devidamente processado, instruído e julgado. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

Na narrativa dos fatos o autor argumenta que sempre foi tratado com descaso, violência e abandono por seu pai. O juiz de primeiro grau entendeu que a parte não poderia ajuizar tal ação, por ser o autor menor de idade à época, assim, extinguiu o feito com base nos arts. 267, VI da Lei nº 6.015/73, e no disposto no art. 56 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), onde dispõe que após atingido a maioridade, poderá alterar o nome.

O relator Desembargador Rui Portanova em seu voto aponta que o fato de ser criança não pode ser empecilho para a postulação da ação, “idade do postulante não pode ser óbice para a procedência da ação, visto que se trata de adolescente, cuja vontade pode ser averiguada e, principalmente, considerada, caso sua pretensão reste devidamente fundamentada e comprovada.” (RIO GRANDE DO SUL, n.p.)

Deste modo, reconhecido o direito do menor julgando procedente o pedido, determinando o retorno para a comarca de origem para processamento.

Com base em todos os julgados apresentados, o abalo psicológico sofrido por alguém que sofreu com o abandono afetivo é subjetivo, cabendo ao autor provar. E constatado o fato é aceito pela jurisprudência a alteração ou exclusão do sobrenome dos genitores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a possibilidade de exclusão do sobrenome dos genitores em razão do abandono afetivo frente ao princípio da imutabilidade do nome e a ausência de previsão legal.

Considerando que o nome exerce um papel fundamental na vida das pessoas, demonstrando a sua importância desde a sua origem sendo o nome um relevante componente do direito da personalidade, que, por meio deste a pessoa se identifica sendo reconhecida perante a sociedade.



Frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerado o princípio máximo do ordenamento brasileiro, instituído pela Constituição de 1988, estipula que os pais têm o dever de prestar além de toda assistência necessária para a sua subsistência de seus filhos tem a obrigação de dar carinho e afeto.

Assim, aqueles que não tem a presença dos genitores em seu desenvolvimento e sofrem danos psicológicos severos, devido ao abandono afetivo e carregam consigo um apelido de família ao qual não se identifica como pertencente podem recorrer ao judiciário para a exclusão/modificação, por mais que não haja previsão legal expressa, considerando que tal hipótese não está entre as possibilidades já prevista na Lei de Registros.

Fica claro que o posicionamento da jurisprudência é favorável quanto à aplicação de tal medida, que o abandono por si só justifica a exclusão do patronímico. Também, é possível concluir que não é preciso atingir a maioria para ingresso da ação. Constatou-se que quando realizado a alteração do nome aquele que teve o seu patronímico retirado da certidão não se exime das responsabilidades, pois o pai continua sendo pai e a mãe continua sendo mãe, não havendo a supressão da ancestralidade.

Posto isso, considerando todos os pontos abordados no artigo, conclui-se que é sim, possível a exclusão do sobrenome dos genitores em razão do abandono afetivo, onde prevalece o princípio da dignidade humana e o direito da sua personalidade.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, F. **Direito civil: introdução**. Editora Saraiva, 2018. 9788553602100. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602100/>. Acesso em: 17Jun 2021

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **A afetividade em perspectiva: entre o afeto e o cuidado**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-afetividade-em-perspectiva-entre-o-afeto-e-o-cuidado/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil No Direito De Família*. São Paulo: Atlas, 2015.

Bittar, C. A. **Os Direitos da Personalidade**, 8ª edição. Editora Saraiva, 2014. 9788502208292. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/>. Acesso em: 18 Jun 2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BRASIL. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe Sobre Os Registros Públicos e Outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 16 jun. 2021

CARVALHO, André Ricardo Fonseca. **Aspectos relevantes do nome civil**. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11782/aspectos-relevantes-do-nome-civil>. Acesso em: 15 jun. 2021.

FEDERICI, Reinaldo. **Nome civil - Maior fator de identificação pessoal**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319649/nome-civil---maior-fator-de-identificacao-pessoal>. Acesso em: 16 jun. 2021

FERNANDES, Wander. **Da retirada do sobrenome paterno ou materno por abandono afetivo e material**. 2020. Disponível em: <https://advogado1965.jusbrasil.com.br/artigos/876550191/da-retirada-do-sobrenome-paterno-ou-materno-por-abandono-afetivo-e-material>. Acesso em: 28 abr. 2021.

FLÁVIO, TARTUCE, Direito Civil - **Direito de Família** - Vol. 5. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530989385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 20 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

GONÇALVES, Carlos. R. **Direito civil brasileiro v 6 - direito de família**. Editora Saraiva, 2020. 9786555590210. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>. Acesso em: 20 out. 2021.

Instituto de Psicologia. **O abandono afetivo paterno além das estatísticas**. 07 de ago. 2019. Disponível em: <<https://www.ip.usp.br/site/noticia/o-abandono-afetivo-paterno-alem-das-estatisticas/>> Acesso em: 29 de set de 2021.

LISITA, Kelly Moura Oliveira. Abandono material, intelectual, afetivo: uma análise sob os aspectos cível, penal e suas sequelas em breves considerações. In: Instituto Brasileiro de Direito de Família. **IBDFAM**. [S.l.]. 2 jun. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1572/Abandono+material%2C+intelectual%2C+afetivo%3A+uma+an%C3%A1lise+sob+os+aspectos+c%C3%ADvel%2C+penal+e+suas+sequelas+em+breves+considera%C3%A7%C3%B5es#_ftn1.%20Acesso%20em:%2015%20out.%202021. Acesso em: 10 out. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. 9786559640515. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 20 out. 2021.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Grupo GEN, 2020. 9788530990183. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990183/>. Acesso em: 21 out. 2021.

MALUF, Carlos.Alberto. D.; MALUF, Adriana. **Curso de Direito da Família**. Editora Saraiva, 2021. 9786555598117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598117/>. Acesso em: 21 out. 2021.

MENDES, Clóvis. **O nome civil da pessoa natural**. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13015/o-nome-civil-da-pessoa-natural>. Acesso em: 15 jun. 2021

MIGALHAS, Redação do. **Filho conquista direito de retirar sobrenome paterno após abandono afetivo**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/325817/filho-conquista-direito-de-retirar-sobrenome-paterno-apos-abandono-afetivo>. Acesso em: 28 abr. 2021.

NUNES, Lauany Maciel. **Paternidade Socioafetiva: Reflexos Jurídicos e Sociais**. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/paternidade-socioafetiva-reflexos-juridicos-e-sociais/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (18ª Câmara Cível). **Apelação 0002309-23.2020.8.16.0179**. Relatora: Denise Kruger Pereira, 12/07/2021. Acórdão. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017158161/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002309-23.2020.8.16.0179>. Acesso em: 28 out. 2021.

PESTANA, Bruno Lima Soares. **A trajetória do abandono afetivo sob a ótica jurisprudencial doutrinária e legislativa**. Orientador: Inês Alegria Rocumback. 2013. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, PUC, docplayer, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/victo/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/Enviar/22465.PDF>. acesso em: 10 out. 2021.

RICARDO, CALDERÓN, **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2017. 9788530977153. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>. Acesso em: 21 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara). **Apelação 70056953664**. Relator: RUI PORTANOVA, 14/11/2013. Acórdão. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 29 out. 2021.

ROLF, Madaleno, Barbosa, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Grupo GEN, 2015. 9788597000689. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/>. Acesso em: 20 out. 2021.

Rubem, V. **Direito Civil Facilitado**. Grupo GEN, 2016. 9788530973971. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973971/>. Acesso em: 17 Jun 2021

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (6ª Câmara). **Apelação 0014681-14.2010.8.24.0023**. APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA APELADO: LISY LI PIRES FERNANDES. Relator: André Luiz Dacol, 14/09/2021. Acórdão. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321631657761646048011771943883&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 28 out. 2021.

SASSO, Karina Cavalcante Gomes Caetano et al. **É possível a exclusão do sobrenome por abandono afetivo?** 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87315/e-possivel-a-exclusao-do-sobrenome-por-abandono-afetivo>. Acesso em: 28 abr. 2021.

SOUSA, Bruna Alessandra Costa Rossi de. Responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais para com os filhos. In: Instituto Brasileiro de Direito de Família. **IBDFAM**. [S.l.]. 2 jun. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1465/Responsabilidade+civil+por+abandono+afetivo+dos+pais+para+com+os+filhos>. Acesso em: 10 out. 2021.

SOUTO, Fernanda. R.; FERREIRA, Gabriel. B.; BARBOZA, Maytê.RTM; AL, et. **Registro civil de pessoas naturais e o registro empresarial**. Grupo A, 2021. 9786556901060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556901060/>. Acesso em: 23 out. 2021.

STJ - **REsp: 1304718** SP 2011/0304875-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 18/12/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2015

T.F. Direito Civil - **Lei de Introdução e Parte Geral** - Vol. 1. Grupo GEN, 2020. 9788530989309. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989309/>. Acesso em: 18 Jun 2021

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral** – 20. ed São Paulo: Atlas, 2020.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A importância dos Princípios Específicos do Direito das Famílias. In: **IBDFAM**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. [S.l.]. 7 jul. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/615/A+import%C3%A2ncia+dos+Princ%C3%ADpios+Esp ec%C3%ADficos+do+Direito+das+Fam%C3%ADlias.>> Acesso em: 21 out. 2021.

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
Organizadores

Variantes do direito:

Trajetórias de pesquisa
e atuação



2022

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
Organizadores

Variantes do direito:

Trajetórias de pesquisa
e atuação



2022