

APONTAMENTOS JURÍDICOS

PESQUISAS EM DIREITO

Volume 2

Organizadores

Helmo Robério Ferreira de Meneses, Francisco Ivo Gomes de Lavor, Bismarck Oliveira Borges, Antônio Leandro Florentino Brito, Wiliana Alsinete da Silva, Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva, José Ivo Ferreira de Souza, José Cezário de Almeida e Thiago Luís de Oliveira Albuquerque



Rfb
Editora

A sua editora científica!

APONTAMENTOS JURÍDICOS: PESQUISAS EM DIREITO



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de
responsabilidade do(s) autor(es).
Esta obra está licenciada com uma Licença
Creative Commons Atribuição-SemDerivações
4.0 Internacional.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA
(Editor-Chefe)
Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA
Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP
Prof^a. Dr^a. Raquel Silvano Almeida-Unespar
Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA
Prof^a. Dr^a. Ilka Kassandra Pereira Belfort-Faculdade Laboro
Prof^a. Dr. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG
Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves-IFF
Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ
Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF
Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA
Prof.^a Dr^a. Isabella Macário Ferro Cavalcanti-UFPE
Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA
Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-Uel
Prof.^a Dr^a. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA
Prof.^a Dr^a. Dayse Marinho Martins-IEMA
Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM
Prof.^a Dr^a. Elane da Silva Barbosa-UERN
Prof. Dr. Piter Anderson Severino de Jesus-Université Aix Marseille

Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

Equipe RFB Editora

Helmo Robério Ferreira de Menezes
Francisco Ivo Gomes de Lavor
Bismarck Oliveira Borges
Antônio Leandro Florentino Brito
Wiliana Alsinete da Silva
Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva
José Ivo Ferreira de Souza
José Cezário de Almeida
Thiago Luís de Oliveira Albuquerque

(Organizadores)

Volume 2

APONTAMENTOS JURÍDICOS: PESQUISAS EM DIREITO

1ª Edição

Belém-PA
RFB Editora
2023

© 2023 Edição brasileira
by RFB Editora
© 2023 Texto
by Autor
Todos os direitos reservados

RFB Editora
CNPJ: 39.242.488/0001-07
www.rfbeditora.com
adm@rfbeditora.com
91 98885-7730

Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12, Nazaré, Belém-PA,
CEP 66035065

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Souza

Diagramação

Worges Editoração

Revisão de texto e capa

Organizadores

Bibliotecária

Janaina Karina Alves Trigo Ramos

Produtor editorial

Nazareno Da Luz

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)



A644

Apontamentos Jurídicos: Pesquisas em Direito-Volume 2 / Helmo Robério Ferreira de Meneses et al. (Organizador(a)).-Belém: RFB, 2023.

Outros

Francisco Ivo Gomes de Lavor

Bismarck Oliveira Borges

Antônio Leandro Florentino Brito

Wiliana Alsinete da Silva

Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva

José Ivo Ferreira de Souza

José Cezário de Almeida

Thiago Luís de Oliveira Albuquerque

16 x 23 cm

Livro em pdf.

ISBN 978-65-5889-599-2

DOI 10.46898/rfb.28531eb9-275a-453d-8b82-4455ee3c2b0d

1. Direito. I. Meneses, Helmo Robério Ferreira de et al. (Organizador(a)). II. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	7
CAPÍTULO I O SUPERENDIVIDAMENTO DE IDOSOS ANALFABETOS EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS PESSOAIS	9
CAPÍTULO II EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25% NAS APOSENTADORIAS POSTERIOR A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO: UMA DISCUSSÃO À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	41
CAPÍTULO III JUDIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁ- RIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL NO BRASIL	75
CAPÍTULO IV AS TECNOLOGIAS VIRTUAIS NAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS: ESTUDO DE CASO.....	111
CAPÍTULO V A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E RESOLUÇÕES NAS SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA SEXUAL NA INFÂNCIA: UM ESTUDO INTE- GRATIVO.....	155
CAPÍTULO VI ABORDAGEM CRÍTICO-CONCEITUAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA	181
CAPÍTULO VII O PODER DE POLÍCIA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIO- NAL.....	265
CAPÍTULO VIII O PAPEL DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL COMO INSTRUMENTO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE SÓCIOS	291
ÍNDICE REMISSIVO.....	320

PREFÁCIO

APONTAMENTOS JURÍDICOS - PESQUISAS EM DIREITO, Volume II, traz à lume as valorosas pesquisas e estudos prospectados pelos seus organizadores e autores, que esmerando-se à guisa de metodologias epistemológicas e investigativas conseguiram colacionar os diversos temas que compõem a coletânea categorizada neste livro.

Aqui, são expressados os pensamentos dos literatos juristas e doutrinadores da ordem dogmática e propedêutica do fascinante “mundo dos fatos jurídicos”, digo eu, ao preferir enaltecer o legado dos conteúdos das instigantes tutelas jurídicas que nos foram (são) legadas pelos formadores dos “operadores do direito”, reverberados nos textos produzidos por acadêmicos de todos os níveis - da graduação à pós-graduação -, com o propósito de mera divulgação científica.

No prefácio à Primeira Edição, enalteci a relevância da lavra de artigos dos seus organizadores e autores emergidos dos eventos organizados pelas Faculdades Integradas do Ceará - UniFIC, em Iguatu, Ceará, a exemplo do glamuroso CONEJUS - Congresso Nacional de Educação, Ciências Jurídicas, Saúde e Inovação. Neste atual, reitera-se o mérito da Faculdade, que mais uma vez, oportuniza a divulgação, com pujança, dos excelentes resultados das produções acadêmicas dos Trabalhos de Curso, elaborados, defendidos e selecionados à compilação desta obra.

A VIDA ACADÊMICA É SENSACIONALMENTE CONTAGIANTE, UMA FONTE MOVEDIÇA QUE NOS ARRASTA AO ABISMO DAS SENSACIONES INDESCRITÍVEIS. OS GRÂNULOS SE MOVEM NATURALMENTE EM MEIO AOS DESAFIOS QUE NOS

IMPACTAM CONTIDIANAMENTE. DENTRE ESTES, INCLUI-SE A ESCRITA CIENTÍFICA. Não paremos, caminhemos!

No diapasão das vontades intrínsecas ao “ser que pensa” para expressar os seus ensaios acadêmicos, jovens de todas as idades, parabeno-os pela coragem da exposição de suas produções, um exercício encorajador que desafia à crítica dos que os lerão, criticarão...! Contudo, venho homenageá-los e agraciá-los pelo labor, coragem e vontade de ingresso nesta seara fértil do mundo acadêmico.

Parabenizo-os(as) pelas extraordinárias publicações!

Sentimento análogo externado por mim à primeira edição e honrado em trazer-lhes novamente, neste segundo volume de “APONTAMENTOS JURÍDICOS - PESQUISAS EM DIREITO”, do sabor ao gosto à leitura de seus artigos, externo: gratidão!

Sinto-me lisonjeado pelo convite dos organizadores e autores da coletânea, que me chamam à responsabilidade de prefaciá-la e, que a faço singelamente, com o fito de enaltecê-la por merecimento. Assim, se faz a “vida acadêmica”, à cada passo.

APONTAMENTOS JURÍDICOS - PESQUISAS EM DIREITO.
Um chamado à leitura jurídica.

Prof. José Cezário de Almeida, M. Ds. PhD
UFCG-PB ¹

Thiago Luís de Oliveira Albuquerque²

¹ <https://orcid.org/0000-0001-8409-1242>

² <https://orcid.org/0009-0009-8268-9131>

CAPÍTULO I

O SUPERENDIVIDAMENTO DE IDOSOS ANALFABETOS EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS PESSOAIS

OVER-INDEBTEDNESS OF ILLITERATED ELDERLY PEOPLE IN PERSONAL LOAN AGREEMENTS

Karina Socorro de Souza

Iasmine Saraiva de Sousa

Helmo Robério Ferreira de Meneses¹

Francisco Ivo Gomes de Lavor²

Bismarck Oliveira Borges³

Antônio Leandro Florentino Brito⁴

Wiliana Alsinete da Silva⁵

Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva⁶

José Ivo Ferreira de Souza⁷

1 <https://orcid.org/0000-0001-9326-8548>

2 <https://orcid.org/0000-0001-8219-802X>

3 <https://orcid.org/0009-0001-1826-9716>

4 <https://orcid.org/0009-0004-6966-2894>

5 <https://orcid.org/0000-0002-5433-6648>

6 <https://orcid.org/0000-0002-8483-4488>

7 <https://orcid.org/0000-0001-8570-5525>

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso faz uma análise do superendividamento dos consumidores idosos analfabetos nas contratações de empréstimos pessoais, considerando a sua vulnerabilidade diante do mercado consumerista e comprometimento do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. Desse modo, foi traçado o objetivo geral de investigar as causas do superendividamento de idosos analfabetos em contratos de empréstimos pessoais. Utilizou-se o método de pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica, realizando a coleta de dados a partir de estudo em artigos científicos, doutrina, legislação e jurisprudências, obtidos através do google, google acadêmico e sites jurídicos. Neste sentido, estudou-se o fenômeno do superendividamento e suas principais causas e tipos, os tomadores de crédito idosos analfabetos, abordando suas fragilidades e vulnerabilidades, o conceito de empréstimos pessoais e a diferença dos empréstimos consignados e a legislação aplicada à proteção do idoso analfabeto nas contratações dos empréstimos pessoais. Por fim, concluiu-se sobre a necessidade de intervenção estatal no sentido de oferecer programas de incentivo à educação financeira, a fim de possibilitar o público vulnerável a ter discernimento sobre os riscos de compromissos com dívidas contraídas a longo prazo, bem como campanhas de esclarecimentos sobre publicidades abusivas presentes no mercado de consumo.

Palavras-chave: superendividamento; consumidores; idoso; analfabeto; empréstimos

ABSTRACT

This course conclusion work analyzes the over-indebtedness of illiterate elderly consumers in personal loan contracts, considering

their vulnerability in the consumerist market and compromising the existential minimum and the dignity of the human person. Thus, the general objective was traced to investigate the causes of over-indebtedness of illiterate elderly people in personal loan contracts. A qualitative, exploratory and bibliographic research method was used, collecting data from a study of scientific articles, doctrine, legislation and jurisprudence, obtained through google, academic google and legal websites. In this sense, we studied the phenomenon of over-indebtedness and its main causes and types, illiterate elderly borrowers, addressing their weaknesses and vulnerabilities, the concept of personal loans and the difference between payroll loans and the legislation applied to the protection of the illiterate elderly in taking out personal loans. Finally, it was concluded on the need for state intervention in order to offer programs to encourage financial education, in order to enable the vulnerable public to have insight into the risks of long-term debt commitments, as well as clarification campaigns. about abusive advertising in the consumer market.

Keywords: over-indebtedness; consumers; old man; illiterate; loans

1. INTRODUÇÃO

A democratização do crédito é essencial para a economia e para a construção de uma vida digna, uma vez que possibilita acesso imediato aos produtos e serviços. Contudo, é necessário cautela por parte dos consumidores ao realizar contratações de empréstimos, principalmente os pessoais, visto que, firmar compromissos de forma excessiva viabiliza o superendividamento, o que poderá ocasionar a escassez do mínimo existencial.

Segundo o Banco Central do Brasil (2022), o empréstimo pessoal, também conhecido como crédito pessoal, é o empréstimo

ofertado por bancos, cooperativas de crédito e financeiras, sendo uma opção para cobrir gastos inesperados ou para quitar dívidas com taxas de juros mais altas. Ocorre que nem sempre a destinação de recursos dos empréstimos pessoais por parte dos consumidores é para tais finalidades, sendo dessa forma utilizado para outros propósitos.

Neste sentido, percebe-se que a ausência de uma educação financeira adequada e a facilidade e agilidade na concessão de empréstimos pessoais tem atraído progressivamente a população com destaque principal aos consumidores idosos como clientes preferenciais.

De acordo com Basso (2020, p. 38), o superendividamento é a insolvência do consumidor que não consegue adimplir suas dívidas financeiras. Desse modo, a contratação de empréstimos pessoais de forma desmedida compromete a qualidade de vida e de modo mais grave a sobrevivência do tomador, principalmente devido ao fato de que a maioria desses contratos possui como forma de pagamento o débito em conta na qual o devedor recebe os seus proventos.

Observa-se que a categoria dos idosos é centro de atenções para este ramo de negócios. Conforme o artigo 1º, da Lei 10.741/2003, idosos são pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Diante disso, entende-se que geralmente são indivíduos mais frágeis, suscetíveis a abordagens muitas vezes desqualificada, acarretando a ausência do discernimento daquilo que está sendo ofertado. Além disso, no caso de idosos analfabetos a situação se agrava mais ainda, haja vista serem consumidores que não sabem ler, o que impossibilita a verificação de todas as cláusulas do contrato (BRASIL, 2003).

Por esta razão, algumas pessoas que fazem parte do grupo de idosos analfabetos enfrentam situação de dificuldades financeiras, ou seja, encontram-se na condição de superendividamento. Embora

exista no ordenamento jurídico atual a Lei nº 14.181/2021, a Lei do Superendividamento, que dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, alguns consumidores não conseguem afastar-se do cenário de precariedade. (BRASIL, 2021).

Dentre as causas que contribuem para o comprometimento de renda exagerado dos consumidores idosos, pode-se destacar a vulnerabilidade dessa população, principalmente dos analfabetos, o idoso ser o único provedor da família, publicidades atrativas, incentivos ao consumo, falta de informações necessárias alusivas aos contratos, além de ausência de educação financeira e agilidade na contratação dos créditos, conforme mencionado anteriormente.

Dessa forma, a motivação para se trabalhar sobre esse tema de pesquisa, decorre do fato da vivência prática em trabalho na área bancária e diante da relevância social relacionada ao tema, ao presenciar alguns casos do público idoso, que ao chegar o dia de recebimento de sua aposentadoria, se deparavam com desconto sobre o salário não restando valores que garantissem o mínimo de sobrevivência.

Diante do exposto, o trabalho tem por base os seguintes questionamentos: quais os fatores econômicos e sociais que contribuem para o superendividamento da população idosa analfabeta? Quais as razões que motivam os idosos analfabetos a procurarem por empréstimos pessoais? Qual é a legislação vigente no Brasil que trata sobre a matéria do superendividamento? A relação entre os tomadores de créditos pessoais e os concessionários é de consumo?

Com a finalidade de aprofundar as temáticas acima citadas, dividiu-se o presente trabalho, após os objetivos e a metodologia, em três seções no campo dos resultados, da seguinte forma: a primeira apresenta os aspectos do Superendividamento, tais como suas classificações, o processo de tomada de créditos e do agravamento da vulne-

rabilidade dos idosos; a segunda, trata das formas de contratação de empréstimos e a terceira, trata da legislação aplicável à proteção dos idosos analfabetos.

Por fim, por meio de revisão bibliográfica, foram traçadas as considerações finais do presente estudo que se propõe a contribuir com o tema apontado para que se busque a diminuição do superendividamento dos idosos analfabetos a fim de melhorar a qualidade de vida dessas pessoas.

2. RESULTADOS E DISCUSSÃO

2.2 Do Superendividamento

A concessão de crédito possibilita aos consumidores em geral a antecipação de um projeto que seria realizável à longo prazo. De acordo com Basso (2020), a democratização do acesso ao crédito permitiu o desenvolvimento econômico com mais dinheiro circulando no mercado e de modo particular os idosos, passaram a ter a possibilidade de acesso a produtos e serviços até então inacessíveis.

Por sua vez, Neto (2021, p. 484), afirma que o acesso ao crédito possibilita o aumento do mercado consumidor, principalmente nas classes sociais antes menosprezadas e desprestigiadas, que agora estão inseridas na dinâmica da aquisição de bens e serviços. Neste contexto, percebe-se que com o avanço da economia, possibilitou-se a contratação de empréstimos comerciais à consumidores que ainda não tinham acesso a essas linhas de crédito, o que se tornou opção para realização de sonhos ou solução de problemas específicos.

No entanto, para Basso (2020, p. 40), este fenômeno transformou-se em uma das principais causas do superendividamento, principalmente do consumidor idoso, que passou a ser atraído pelo fácil e

rápido acesso ao crédito com a modalidade de empréstimo consignado e, logo em seguida, por meio de empréstimos pessoais com débito em conta do valor mensal da parcela.

Segundo Neto (2021, p. 216), o superendividamento pode ser definido como a incapacidade da pessoa física, de boa-fé, de quitar as dívidas contraídas, ou seja, é a situação fática que o valor recebido mensalmente não abre espaço para o pagamento de compromissos financeiros realizados previamente. No mesmo sentido, Miragem (2016, p. 440), conceitua o superendividamento como uma incapacidade do consumidor de pagar suas dívidas exigíveis, em decorrência do descontrole financeiro, face ao abuso de crédito ou mesmo decorrente de situações imprevistas em sua vida social.

O acesso indiscriminado aos bens de consumo e serviços desencadeados pelo sistema capitalista e estimulados pelo comércio globalizado e incentivos publicitários, vem levando a uma situação de desespero os consumidores mais precipitados (FILOMENO, 2016).

Segundo Lipovetsky (2020, p. 178, apud VIEIRA, 2022, p. 24):

Uma sedução que não resulta mais nem do político, nem do sagrado, nem da ideologia, mas de uma oferta concreta, multiforme sempre cambiante, que se dirige ao indivíduo privado e a seus prazeres: a sedução político-ideológica foi substituída por uma sedução privatizada e experiencial centrada no primado da relação consigo mesmo. Uma força atrativa sustentada não pelo imaginário de um futuro melhor da humanidade, mas pelas promessas de gozos imediatos dos indivíduos. Essa sedução extrapolítico-ideológica nada tem de vertiginosa, mas é constante, cotidiana, descentrada, tocando todos os gostos, todos os apetites, todas as dimensões da vida material e distrativa. Foi por esse caminho que o reinado encantador da mercadoria conseguiu mudar o mundo e os homens muito mais que as ideocracias demiúgicas.

Atualmente, o consumo tomou proporções superiores a simples carência de aquisição de certos produtos, deixando de ser necessidade de acesso aos bens, passando a ser um desejo de

felicidade. Além disso, países que não oferecem educação pública de boa qualidade e assistência médica acabam por onerar o orçamento das pessoas físicas com essas despesas. (BERTONCELLO, 2015).

Neste sentido, percebe-se que a vontade do consumidor se encontra cada vez mais mitigada, uma vez que, além do déficit informacional característico de sua vulnerabilidade frente aos fornecedores, suas escolhas são muitas vezes manipuladas pelos agentes do mercado.

Desse modo, entende-se que a pessoa física endividada é aquela que possui um comprometimento de renda elevado, muitas vezes acima do valor do recebimento mensal, não sendo possível quitar os débitos adquiridos sem que isso não prejudique o seu próprio sustento e o de sua família.

2.1.1 Classificação do Superendividamento.

A doutrina classifica o superendividamento em duas espécies: ativo e passivo. De acordo com Chagas e Santana (2018, p. 7), o superendividamento ativo refere-se ao consumidor que se endivida de forma voluntária, atraído pelas estratégias de marketing de empresas fornecedoras de crédito, aquele que contrai dívidas além da sua capacidade patrimonial, além das possibilidades que sua renda suporta.

Para Bertoncello (2015), situações de perda de controle do consumidor diante da facilidade de crédito, acumulando um volume de dívidas superior à sua renda, surge como a primeira situação a ensejar preocupação na sociedade de consumo.

Desse modo, o superendividamento ativo divide-se ainda em consciente e inconsciente. Considera-se ativo consciente o consumidor que contrai dívidas sabendo que não poderá quitá-las, ou seja, pratica

o ato com má-fé, tendo consciência de que o credor não poderá lhe cobrar posteriormente. (CHAGAS e SANTANA, 2018, p. 7).

Ainda de acordo com Chagas e Santana (2018, p. 7), o superendividamento ativo inconsciente se dá em razão de falta de cautela do consumidor com os seus gastos. Segundo Lima (2014, p. 34, apud CHAGAS e SANTANA, 2018, P. 7), refere-se a consumidores que não souberam calcular os efeitos da dívida contraída em seu orçamento, seja porque tiveram acesso ao crédito de forma irresponsável, seja porque não foram devidamente informados dos encargos da prestação. Neste sentido, percebe-se que não há má-fé por parte do tomador do crédito neste caso, mas falta de discernimento se o mesmo poderá arcar com os débitos contraídos.

Além disso, conforme Schmidt Neto (2009, apud CHAGAS e SANTANA, 2018, p. 8), há ainda superendividamento passivo, em que a pessoa se endivida em consequência de fatores externos, tais como o divórcio, a perda de emprego, doença, morte na família, redução do salário, entre outras situações que levam o indivíduo a sofrer uma redução significativa em sua renda, o conduzindo a grandes dificuldades financeiras.

2.1.2 Tomadores de crédito idosos analfabetos

O processo de envelhecimento é condição natural em que todos estão sujeitos a vivenciá-lo. De acordo com Andrade et al. (2004, apud SILVA et al, 2015, p. 34), o avanço da idade reduz progressivamente a capacidade funcional, resultando em perda da autonomia e independência que pode, por questões econômicas ou de saúde, comprometer significativamente a condição de vida dos idosos.

Assim eles tornam-se frágeis, uma vez que possuem alto risco para eventos clínicos adversos, resultante de declínio cumulativo dos

sistemas fisiológicos causando vulnerabilidade a condições adversas, por desordem na homeostase em situações de exposição às perturbações, tais como variações de temperaturas ambientais e alterações na condição de saúde (BRASIL, 2007, apud SILVA et al, 2015, p. 34).

Neste sentido, percebe-se que com o passar do tempo a capacidade de compreensão do idoso é diminuída decorrente da debilidade em que o corpo e o cérebro sofrem, sendo a falta de discernimento lúcido para a tomada de decisões o principal fator que o torna vulnerável. O princípio da vulnerabilidade do consumidor possui amparo legal no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990).

Para Bernardes, Rosa e Félix (2016), fatores tais como idade avançada ou reduzida, situação de enfermidade e outros mais que importem fragilização e vulnerabilidade do consumidor em nível maior que o comum na exposição ao produto ou serviço oferecido pelo fornecedor ocasionam um grau intensificado de inferioridade na relação de consumo e, assim, configuram um tipo de vulnerabilidade mais grave, ao que se convencionou chamar hipervulnerabilidade.

De acordo com Chagas e Santana (2018, p. 11), o idoso passou a assumir papel relevante no âmbito familiar, vez que surge como um chefe de família e que nesta fase da vida necessita de comprar remédio, pagar tratamentos médicos, profissionais de saúde para lhe dar amparo, entre outras coisas como lazer e atividade física.

Segundo Basso (2020, p. 27), o consumidor é vulnerável, pois não possui conhecimentos fáticos, científicos ou econômicos sobre os produtos ou serviços disponibilizados no mercado, não detendo outras informações específicas acerca das mercadorias além daquelas disponibilizadas pelo agente de produção, estando, assim, dependente de uma conduta de boa-fé dos fornecedores em repassar informações

verdadeiras. Neste sentido, entende-se que qualquer classe de consumidor, ou melhor, tomador de crédito, é parte vulnerável em uma relação jurídica de contratação de empréstimo, merecendo tratamento diferenciado com a finalidade de aplicar o princípio da igualdade.

Basso (2020, p. 28) explica que:

Apesar de já existir a presunção legal de que os consumidores são a parte vulnerável da relação jurídica de consumo, há também a categoria de pessoas que são hipervulneráveis, pois apresentam nível de fraqueza agravado, como é o caso dos consumidores idosos, crianças, portadores de necessidades especiais, enfermos, analfabetos, entre outros. A hipervulnerabilidade encontra respaldo no respeito à diferença ao sujeito que faz parte de uma minoria, que também deve ser acolhida em suas singularidades.

Nessa situação, a classe de idosos é vista como potencial grupo consumerista que impulsiona lucratividade para o mercado consumidor, uma vez que diante de sua hipervulnerabilidade justificada por sua idade avançada e debilidade se apresenta como adquirentes de produtos e serviços, sendo assim incentivados a se tornarem tomadores de crédito.

Miragem (2016), afirma que a facilitação do crédito agravou a vulnerabilidade do consumidor enquanto tomador de crédito, pois a obtenção de recursos financeiros o torna submisso a condições negociais extremamente onerosas. Neste sentido, os idosos são atraídos para contratação do crédito, entretanto não possui planejamento adequado para arcar com o endividamento.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a classe dos idosos pertence a um grupo da população hipervulnerável de consumidores que possuem discernimento menor do que as pessoas em geral. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), discutiu no REsp 1.358.057 ação civil pública na qual o Ministério Público Federal (MPF) buscava a anulação de contrato de cartão de crédito sênior oferecido por um

banco. Segundo o MPF, o cartão – direcionado a aposentados e pensionistas – permitia o débito automático do valor mínimo da fatura, de forma que o saldo remanescente, se não fosse pago no vencimento, ficava sujeito a encargos que chegavam a 11% ao mês. (BRASIL, 2021).

O relator do recurso especial interposto pelo banco, o ministro Moura Ribeiro entendeu não ser possível presumir, de forma geral e abstrata, que todos os idosos sejam intelectualmente débeis e, por isso, vítimas fáceis da estratégia de contratação da instituição financeira, sendo necessária a análise em processo individual e não em ação coletiva. (BRASIL, 2021).

2.1.3 O agravamento da vulnerabilidade do idoso por ser analfabeto.

Para o tomador de crédito analfabeto, a vulnerabilidade se torna ainda mais agravada, uma vez que são pessoas que não possuem compreensão da linguagem escrita. De acordo com o PNAD, 2012, este grupo de pessoas analfabetas, com 15 anos ou mais de idade, somavam 13,2 milhões no Brasil, sendo a maioria residente no nordeste do país. Por sua vez, dados do censo de 2010 indicavam que, enquanto a taxa de analfabetismo no Brasil era de 8,7% da população maior de 15 anos, nos estados do Nordeste esta realidade é ainda mais grave, com 17,4% da população analfabeta (MIRAGEM, 2016, p. 137).

Além dos indivíduos que não possuem conhecimento sobre linguagem escrita, segundo Miragem (2016, p. 137), há uma segunda categoria de pessoas, denominada analfabetos funcionais, que embora tenham formalmente a habilidade de se comunicar por escrito com o uso do alfabeto, bem como para leitura de textos e a assinatura do próprio nome, não tem capacidade para compreender as ideias explicitadas no texto, tampouco formar juízo crítico sobre estas ideias. Neste sentido, os analfabetos funcionais possuem a mesma vulnerabi-

lidade agravada no âmbito das relações jurídicas, haja vista não terem condições de compreenderem seus direitos e obrigações nos contratos firmados.

A Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), dispõe sobre alguns instrumentos de proteção para os indivíduos não alfabetizados. Vejamos:

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. [...] § 2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo. [...] Art. 595. No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas. Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular. (...) § 2º Serão quatro as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever. Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias. (BRASIL, 2002).

Já nas relações de consumo, o art. 31, da Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990) prevê que a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

No mesmo sentido, o art. 39, IV, a Lei nº 8.078/1990 veda a prática abusiva para o contratante idoso e analfabeto:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; (BRASIL, 1990).

Por esta razão, ao ser reconhecida a vulnerabilidade do consumidor idoso e analfabeto, o fornecedor deverá reforçar o esclarecimento dos direitos e obrigações no momento da contratação, sob o vício de anulação do negócio jurídico, tendo em vista o vício de consentimento.

2.2 Contratação dos empréstimos pessoais.

A indução ao crédito veio através da publicidade que atingiu diversas camadas sociais fazendo com que o indivíduo se despertasse para o consumo com a utilização desenfreada de empréstimos com pagamentos em longas parcelas a fim de que seus desejos pudessem ser concretizados.

Basso (2020, p. 40), afirma que o fornecimento de crédito ao consumidor idoso tornou-se um mercado em franca expansão após o advento da Lei nº 10.820/03, que permitiu a concessão de crédito com o adimplemento das parcelas a partir de descontos diretamente no benefício previdenciário. Neste sentido, a população idosa teve oportunidade de contrair empréstimos até então inacessíveis a essa classe, o que impulsionou consideravelmente o mercado de consumo, fazendo com que esses indivíduos pudessem adquirir produtos e serviços de forma imediata para pagamentos a longo prazo. (BRASIL, 2003).

É incontestável que o acesso ao crédito contribui para desenvolvimento do mercado, gerando emprego e renda e aumentando a arrecadação do Estado através dos tributos. Efing, Polewka e Oyague (2020, p. 391) esclarecem que:

A redução das taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras e o aumento do número de transações de crédito foram um fenômeno positivo e necessário para a mobilidade social no Brasil, afinal, muitas famílias passaram a ter acesso a bens capazes de alavancar sua qualidade de vida, ou mesmo a bens necessários a um mínimo de bem-estar.

Embora o acesso ao crédito tenha tido impacto positivo para o mercado brasileiro, houve também os efeitos negativos que foi a ocorrência do superendividamento daquelas pessoas que não conseguiram controlar suas dívidas devido ao fato de descontrolar o orçamento, se endividando acima de sua capacidade financeira.

Desse modo, Neto e Bezen (2020), entendem que o indivíduo com a finalidade de assumir uma posição de vida melhor, conforto e status social e pessoal, passa a consumir por consumir, não percebendo que a prática desse ato de consumo foge ao seu controle, fazendo com que não possa adimplir com suas obrigações, vindo a incidir no estado de insolvência de suas dívidas.

Por sua vez, devido a sua hipervulnerabilidade, os idosos passaram a ser vítimas das campanhas publicitárias que incentivam a contratação de empréstimos e contribuem para o superendividamento dessa camada da população. Além disso, o baixo valor de recebimento de aposentadoria e o alto custo de sobrevivência com medicamentos e tratamentos de saúde também estimularam os idosos a contrair empréstimos.

Neste sentido, Graeff (2020, p. 66, apud BASSO, 2020, p. 43) observa que:

[...] os idosos tornaram-se um dos principais públicos-alvo da oferta de produtos e serviços” exercendo função relevante na economia. Com efeito, hoje são recorrentes as campanhas publicitárias voltadas a esse segmento populacional, que, em grande parte, é formado por aposentados ou pensionistas, ou seja, pessoas com alguma renda fixa (mesmo que muitas vezes modesta) e tempo livre para consumir.

Dessa forma, percebe-se que diante da ânsia do mercado capitalista, os idosos são vistos apenas como alvo para desenvolvimento do comércio, fazendo com que bancos e financeiras incentivem

o crédito esquecendo-se de que seus clientes são pessoas dotadas de dignidade e direitos.

Nunes (2020), observa que a concessão de crédito, atualmente, representa 54,2% do Produto Interno Bruto, patamar que atingiu em dezembro/2020, sendo considerado o maior dos últimos 10 anos, o que se justifica diante do reflexo em cadeia dos empréstimos que já vinham sendo realizados pelos brasileiros assim como em razão do surgimento da pandemia de covid-19.

Ademais, a análise de crédito realizada pelas instituições financeiras é feita de modo superficial, levando-se em consideração apenas a renda recebida pelo tomador do crédito, desprezando-se fatores relevantes tais como idade, gastos com medicamentos ou tratamentos de saúde, quantidade de dependentes e outras dívidas vencidas e vincendas já contraídas. Nunes (2020) afirma que no caso, por exemplo, dos empréstimos consignados, cuja Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021 (BRASIL, 2021), aumentou a margem de comprometimento de renda para 40% do montante recebido mensalmente, como limite de concessão de crédito, não considera o percentual de comprometimento da renda com outros compromissos anteriormente assumidos.

2.2.1 Empréstimo pessoal x empréstimo consignado.

No crédito comercial existem os contratos bancários e os contratos de crédito. De acordo com Basso (2020, p. 48), o contrato bancário é firmado entre o banco ou instituição financeira e o cliente, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, e engloba operações econômicas diretas ou indiretas, entre as quais está a outorga de crédito. Ainda de acordo com Basso (2020, p. 48), o contrato de crédito, intermedia a soma em dinheiro entregue pela instituição financeira ao consumidor, para que este lhe devolva o valor acrescido de juros

e demais encargos, dentro de um determinado período de tempo pré estabelecido.

Os contratos de crédito consignado foram introduzidos no Brasil pela Lei nº 10.820/2003, que permitiu o pagamento mediante desconto direto na remuneração de empregados celetistas, aposentados e pensionistas, possibilitando o acesso de muitos consumidores no mercado, com taxas de juros mais reduzidas do que as demais modalidades, além de ser legalmente previstas (BASSO, 2020, p. 48).

O crédito consignado é uma modalidade de empréstimo frequentemente realizada nas instituições financeiras, pois além de ser um crédito com um menor risco de inadimplência, uma vez que suas parcelas são descontadas diretamente da fonte de recebimento, sendo a garantia do empréstimo, é mais acessível ao tomador do crédito devido a não influência de restrições nos cadastros impeditivos ao crédito. Efig, Polewka e Oyague (2020, p. 391) afirmam que:

Desde a introdução do crédito consignado no Brasil, em 2004, por exemplo, as contratações desta modalidade somente aumentam. Com risco nulo de inadimplência, sem necessidade de consulta aos bancos de dados de inadimplentes (como por exemplo Serasa e SPC), juros mais baixos do que os cobrados em outras modalidades e excelente negócio para os bancos, o empréstimo consignado em folha para trabalhadores públicos e privados na ativa, aposentados e pensionistas bate sucessivos recordes no Brasil.

Os tomadores do crédito consignado devem autorizar a empresa que possui convênio com a instituição financeira a debitarem as parcelas do crédito contraído diretamente na folha de pagamento. No caso dos benefícios de aposentadoria, nos termos do art. 6º, da Lei 10.820/2003, prevê que os descontos devem ser solicitados pelo tomador do crédito e autorizado pelo INSS. Vejamos:

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar

o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS. §1º Para os fins do caput, fica o INSS autorizado a dispor, em ato próprio, sobre: I - as formalidades para habilitação das instituições e sociedades referidas no art. 1º; II - os benefícios elegíveis, em função de sua natureza e forma de pagamento; III - as rotinas a serem observadas para a prestação aos titulares de benefícios em manutenção e às instituições consignatárias das informações necessárias à consecução do disposto nesta Lei; IV - os prazos para o início dos descontos autorizados e para o repasse das prestações às instituições consignatárias; V - os encargos a serem cobrados para remuneração dos serviços de operacionalização das consignações, inclusive o ressarcimento dos custos operacionais; e VI - as demais normas que se fizerem necessárias. (BRASIL, 2003).

Por sua vez, o empréstimo pessoal é um tipo de financiamento no qual não há garantia de bens, sendo um contrato firmado entre instituição financeira e consumidor pessoa física, em que são aplicadas as leis consumeristas. Diferente do empréstimo consignado que permite o desconto da parcela diretamente na folha de pagamento ou do benefício previdenciário do tomador, o empréstimo pessoal é adimplido através de desconto na conta corrente do devedor.

O empréstimo pessoal é regido pelas regras do Banco Central do Brasil, não possuindo limite para desconto na conta corrente do tomador do crédito. Taddei (2020), entende que os contratos de empréstimo pessoal se encontram regidos pelas normas de proteção e defesa do consumidor, inclusive porque a aderência a esses empréstimos por meio de contratos de adesão denota a situação de vulnerabilidade do consumidor. Neste sentido, as normas gerais de proteção contratual estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor serão aplicadas aos contratos de empréstimo pessoal,

tais como a oferta, a publicidade, a informação acerca das cláusulas contratuais, a nulidade de cláusulas abusivas e a interpretação das cláusulas mais benéficas aos consumidores.

Apesar de possuir taxa de juros mais elevada, o empréstimo pessoal é uma linha de crédito muito atrativa aos consumidores, haja vista a agilidade na contratação, não possuir destinação específica e nem maiores exigências para a aquisição. Para contratar o empréstimo pessoal basta que o contratante seja absolutamente capaz e possua CPF válido. Além disso, muitas instituições financeiras liberam o crédito mesmo o cliente possuindo restrições em cadastros restritivos como Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e SERASA.

Para Basso (2020, p. 54), o empréstimo pessoal possui como desvantagem as taxas de juros significativas, que margeiam entre 3% a 27% ao mês, por isso deve ser utilizado visando pagá-lo em poucos meses, pois quanto maior o prazo de quitação, mais alto será o valor final. Além dos juros, também incide sobre o valor total do empréstimo a cobrança de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) que, no empréstimo pessoal, corresponde a 0,38%, além de uma alíquota diária limitada em 3% ao ano (RODOBENS, 2020, apud BASSO, 2020, p. 54).

Portanto, por serem consumidores hipervulneráveis, os idosos são os clientes mais fáceis de serem convencidos a adquirir o crédito, podendo não serem esclarecidos sobre as informações necessárias relacionadas aos juros da operação, acreditando que estão contratando os juros mais baixos do mercado, sem ter consciência das consequências que este negócio pode acarretar.

Neste sentido, percebe-se que a concessão de crédito fácil sem critérios de comprometimento de renda torna-se um dos principais fatores que acarretam o endividamento pessoal. Por esta razão, em virtude da falta de dinheiro no momento da compra, os idosos recorrem

à facilidade do crédito, sem se preocupar com a taxa de juros, seja pela falta de educação financeira, ou seja, pela omissão de informações no momento da contratação. Por sua vez, muitas instituições financeiras se aproveitam da situação, não alertando sobre os riscos do negócio jurídico e não prestando as informações básicas e relevantes sobre as taxas de juros e o período de tempo para pagamento do empréstimo.

2.3 Legislação aplicada à proteção do idoso analfabeto nas contratações de empréstimos pessoais.

2.3.1 O estatuto do idoso e a Constituição Federal de 1988.

A Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), tem como objetivo assegurar os direitos dos idosos, abordando questões familiares, de saúde, discriminação e violência contra este grupo da população, garantindo princípios e direitos fundamentais à vida humana, principalmente à garantia da dignidade humana, princípio também presente na Constituição Federal.

O Estatuto do Idoso define que o consumidor idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos que utilize produto ou serviço na condição de destinatário final. Por sua vez, a proteção do idoso é consectária de mandamento constitucional, na expressão do art. 230:

Art. 230 A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, 1988).

Percebe-se que o Estatuto do Idoso dispõe sobre diretrizes de tutela jurídica sob o paradigma da proteção integral, reconhecendo a vulnerabilidade do idoso em aspectos patrimoniais e existenciais. De acordo com Martinez (2005, p. 13):

Os idosos, vítimas de desrespeito por parte dos que os cercam, têm na Lei nº10.741/2003 um conjunto de medidas estatais para resguardá-los, providências de variada ordem que visam a resgatar-se o respeito e, principalmente, a viabilizar-lhe o exercício da cidadania. Por isso, são-lhes assegurados ou declarados novos significativos direitos. Toda a sociedade é convocada para reconhecer e a reaculturar-se, passando a tributar a reverência devida àqueles que fazem por merecer a consideração humana, familiar e social.

Neste sentido, entende-se que não somente o patrimônio do idoso deve ser protegido, mas sobretudo as condições de manutenção de bem-estar, inclusão social e dignidade humana devem ser efetivadas (VIEIRA, 2022). Entretanto, apesar das normas descritas no Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), os idosos ainda são alvos de práticas abusivas no mercado de consumo, sofrendo com abordagens inapropriadas e até mesmo ardilosas por parte dos fornecedores para contratação de empréstimos.

Por sua vez, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece valores consolidados na dignidade da pessoa humana, o que protege os consumidores brasileiros em virtude do reconhecimento da sua vulnerabilidade no mercado de consumo. (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece valores consolidados na dignidade da pessoa humana, o que protege os consumidores brasileiros em virtude do reconhecimento da sua vulnerabilidade no mercado de consumo. (BRASIL, 1988).

Desse modo, fica evidente que há alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988, que protegem os indivíduos a uma existência digna, priorizando a solidariedade social. Vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

de discriminação. Art. 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: (BRASIL, 1988).

Além disso, a Constituição Federal de 1988, reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e a necessidade de sua proteção, ao estabelecer a defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica, determinando a criação do Código de Defesa do Consumidor:

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: [...] V - defesa do consumidor. (BRASIL, 1988)

3.2.2 Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor é uma legislação brasileira de ordem pública e interesse social, com natureza principiológica, em que possui como uma das finalidades atender as necessidades dos consumidores, respeitando sua dignidade e tratando o superendividamento, conforme dispõe o art. 4º:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a

viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021) X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.(Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021) (BRASIL, 1990).

Dessa forma, percebe-se que todos os consumidores são vulneráveis, sendo que alguns grupos se destacam por uma vulnerabilidade ainda maior do que os demais. Nesta categoria, incluem-se os idosos, as crianças, os analfabetos e os deficientes, considerados hipervulneráveis, o que merecem uma atenção especial do sistema consumerista.

Entretanto, observa-se que o problema maior não é devido ao fato do consumidor estar endividado, mas o seu compromisso financeiro estar acima de sua capacidade de arcar com seus débitos.

Vale destacar outro princípio orientador do Código de Defesa do Consumidor que é o da boa-fé objetiva. Vieira (2022, p. 77), afirma que a boa-fé consiste num padrão ético de comportamento que estabelece dever de conduta baseado na confiança e na lealdade entre as partes, para consecução do interesse comum, qual seja, adimplemento do contrato em atendimento às legítimas expectativas de ambas.

De fato, a boa-fé objetiva deve ser exercida por ambas as partes nas relações jurídicas, uma vez que consumidores e fornecedores devem pautar suas atitudes nos parâmetros éticos consolidados socialmente, observando o estabelecido na legislação consumerista e na promoção dos valores constitucionais de solidariedade e justiça social.

Diante disso, Vieira (2022, p. 77), entende que somente o consumidor superendividado de boa-fé seria merecedor de tutela protetiva especial, assim como o fornecedor de má-fé seria responsabilizado pela sua conduta, na medida da sua contribuição para o estado de insolvência do consumidor, parte vulnerável da relação.

Ocorre que muitos consumidores são levados a situação de superendividamento devido ao fato da prática de má-fé de alguns fornecedores, o que leva a necessidade de normas específicas para que esta situação seja evitada, imputando responsabilidade aos fornecedores que atuam no mercado consumerista de forma irresponsável.

2.3.3 Lei do Superendividamento.

A Lei n. 14.181/2021, a Lei do Superendividamento (BRASIL, 2021), foi sancionada em julho de 2021, alterando o Código de Defesa do Consumidor para aperfeiçoar o tratamento do crédito no Brasil e trazer novas regras que buscam prevenir e tratar o superendividamento, protegendo os consumidores da perda momentânea da capacidade financeira de pagar suas dívidas.

Neste sentido, a Lei do Superendividamento engloba quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada, não se aplicando ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam

oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor (BRASIL, 2021).

Além disso, a Lei 14.181/2021 trata sobre a prevenção do superendividamento por meio de maior transparência na contratação de crédito, determinando que bancos e instituições financeiras não poderão ocultar os reais riscos da contratação de um empréstimo, sendo obrigados a informar os custos totais do crédito contratado, bem como taxas de juros, tarifas, encargos sobre atraso e outras despesas (BRASIL, 2021).

Por sua vez, o art. 54-C, da Lei do Superendividamento, proíbe expressamente qualquer tipo de assédio ou pressão sobre consumidores, como sorteio de prêmios, entre outros, principalmente para pessoas idosas e analfabetas. Vejamos:

Art. 54-C É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: I - (VETADO); II - indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; V - condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais. Parágrafo único. (VETADO). (BRASIL, 2021).

Neste sentido, percebe-se que o fornecedor de crédito não poderá mais deixar de realizar uma análise criteriosa quando da concessão de crédito ao consumidor, se responsabilizando pelos casos de realização de contratos em desrespeito à legislação consumerista.

A Lei do Superendividamento foi um grande avanço nos mecanismos de proteção consumerista, uma vez que garante ao consumidor repactuação de dívidas e negociação coletiva de débitos com os credores, abrindo adicionalmente a possibilidade de conciliação coletiva entre as partes, preservando o mínimo existencial. Vejamos:

Art. 104-A A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas. (BRASIL, 2021).

Diante do exposto, observa-se que houve importantes modificações com a implementação da Lei do Superendividamento, visando a resgatar a dignidade de pessoas que foram atingidas pelo mercado de consumo, por ignorância, imprudência ou incontinência de gastos, permitindo-lhes uma segunda chance, além de auxiliar os credores a resgatar uma parcela do crédito que já consideravam perdido.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Com a democratização do acesso ao crédito, os idosos passaram a ser inseridos no mercado de consumo, adquirindo produtos e serviços até então inacessíveis, o que contribuiu para o desenvolvimento do capitalismo e da economia.

Entretanto, diante da facilidade nas concessões do crédito, a população idosa vem se deparando com situações de superendividamento, principalmente em contratações de empréstimos pessoais que possuem a forma de pagamento mensal em débito em conta, uma vez

que não há estipulação máxima de percentual de comprometimento de renda.

Neste sentido, percebeu-se que dentre as razões que motivam os idosos analfabetos a procurarem por empréstimos pessoais estão: ausência de educação financeira adequada, vulnerabilidade dos consumidores, o idoso ser o único provedor da família, publicidades atrativas, incentivos ao consumo, falta de informações necessárias alusivas aos contratos, além de gastos com medicamentos e tratamentos de saúde.

Por sua vez, a análise de crédito realizada pelas instituições financeiras é feita de modo superficial, levando-se em consideração apenas a renda recebida pelo tomador do crédito, desprezando-se fatores relevantes tais como idade e compromissos com outras despesas.

Além disso, entendeu-se que o empréstimo pessoal é um tipo de financiamento no qual não há garantia de bens, sendo um contrato firmado entre instituição financeira e consumidor pessoa física, aplicando-se as leis consumeristas, regido pelas regras do Banco Central do Brasil e não possuindo limite para desconto na conta corrente do tomador do crédito. Dessa forma, os contratos de empréstimo pessoal são subordinados às normas de proteção e defesa do consumidor, inclusive porque a aderência a esses empréstimos por meio de contratos de adesão denota a situação de vulnerabilidade do consumidor, sendo amparados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, observou-se que existem no ordenamento jurídico brasileiro, algumas legislações que tratam sobre o superendividamento das pessoas idosas, dentre as quais se destacam: a Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), que assegura os direitos dos idosos; a Constituição Federal do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) que estabelece

valores consolidados na dignidade da pessoa humana e protege os consumidores brasileiros em virtude do reconhecimento da sua vulnerabilidade no mercado de consumo; o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL,1990), que garante a proteção do consumidor nas relações consumeristas e a Lei n. 14.181/2021, a Lei do Superendividamento, (BRASIL, 2021), que dispõe sobre a prevenção e tratamento do superendividamento, amparando os consumidores da perda momentânea da capacidade financeira de pagar suas dívidas.

Portanto, apesar da legislação específica de que trata sobre a matéria, torna-se relevante a intervenção estatal no sentido de oferecer programas de incentivo à educação financeira, a fim de possibilitar o público vulnerável a ter discernimento sobre os riscos de compromissos com dívidas contraídas a longo prazo, bem como campanhas de esclarecimentos sobre publicidades abusivas presentes no mercado de consumo.

4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Empréstimos e Financiamentos**. 2022. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/tiposemprestimo>. Acesso em: 16 mai. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 1-42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>.. Acesso em: 12 nov. 2022.

BASSO, Martina Beschorner. **A hipervulnerabilidade dos idosos nas relações de consumo: análise do empréstimo consignado e pessoal e o superendividamento**. 2020. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado

do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: <https://bibliodigital.uni-jui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/6838>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BERNARDES, Luana Ferreira; ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; FÉLIX, Vinícius Cesar. **O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna**. Revista Jurídica da Presidência, vol. 116, p. 533-558, Out-Jan, 2016/2017. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial- casos concretos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003**. Estatuto do Idoso. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.820.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021.** Dispõe sobre o acréscimo de 5% (cinco por cento) ao percentual máximo para a contratação de operações de crédito com desconto automático em folha de pagamento até 31 de dezembro de 2021; e altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14131.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021.** Lei do Superendividamento. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.358.057-PR (2012/0262057-3) **O fenômeno do superendividamento e seu reflexo na jurisprudência. 2021.** Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data do julgamento: 22/05/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202620573&dt_publicacao=25/06/2018. Acesso em: 12 nov. 2022.

CHAGAS, Rebecca Lorena de Sousa; SANTANNA, Héctor Valverde. **O crédito consignado e o superendividamento do consumidor idoso.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 16, n. 2, 2018. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/391. Acesso em: 16 mai. 2022.

EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. **A crise econômica brasileira e o superendividamento da população.** Revista de Direito do Consumidor, p. 387-434, 2018. Dis-

ponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/497>. Acesso em: 12 nov. 2022.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**, 6 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**, 4 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 1992.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MINAYO, Maria Cecília. Pesquisa Social. **Teoria, método e criatividade**. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor**, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, Luiz Mesquita de Almeida. **Análise Econômica do Direito Aplicada ao Estudo do Superendividamento**. In: COSTA, Jonny Araujo da, et al.: Superendividamento e defesa do consumidor. São Paulo: Perse, 2021.p. 8 – 54.

NETO, Mario Furlaneto; BEZEN, Gabriela Cristina. **O direito fundamental de proteção ao consumidor em tempos de globalização e o fenômeno do superendividamento**. Revista Quaestio Iuris, vol. 10, nº 04, p. 2824-2843, Rio de Janeiro. 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.25782>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25782/21925>. Acesso em: 12 nov. 2022.

NUNES, Luana Esteche. **Superendividamento: análise da possibilidade de responsabilização civil da fornecedora pela concessão indis-**

criminada de crédito. In: COSTA, Jonny Araujo da, et al.: Superendividamento e defesa do consumidor. São Paulo: Perse, 2021.p. 86 - 127.

SILVA, Patrícia Azevedo da, et al. **Aspectos relevantes da farmacoterapia do idoso e os fármacos inadequados.** Revista InterScientia, v. 3, n. 1, p. 31-47, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/interscientia/article/view/95>. Acesso em: 12 nov. 2022.

TADDEI, Anna; QUEIROZ, Sheyla Cristina Ferreira dos Santos. **Os contratos de empréstimo pessoal e o direito do consumidor.** 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=781bb09f7e59ced9>. Acesso em: 12 nov. 2022.

VIEIRA, Lara Fernandes. **A dignidade do consumidor superendividado: estudo à luz da lei do superendividamento.** 2022. 261 f.: Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/66642>. Acesso em: 12 nov. 2022.

CAPÍTULO II

EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25% NAS APOSENTADORIAS POSTERIOR A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO: UMA DISCUSSÃO À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

EXTENSION OF THE ADDITIONAL 25% IN RETIREMENTS AFTER THE BENEFIT IS GRANTED: A DISCUSSION IN THE LIGHT OF THE FEDERAL SUPREME COURT (STF)

Rúbia Alves de Araújo

Anastácia Borges Bento

Helmo Robério Ferreira de Meneses¹

Francisco Ivo Gomes de Lavor²

Bismarck Oliveira Borges³

Antônio Leandro Florentino Brito⁴

Wiliana Alsinete da Silva⁵

José Cezário de Almeida⁶

Thiago Luís de Oliveira Albuquerque⁷

¹ <https://orcid.org/0000-0001-9326-8548>

² <https://orcid.org/0000-0001-8219-802X>

³ <https://orcid.org/0009-0001-1826-9716>

⁴ <https://orcid.org/0009-0004-6966-2894>

⁵ <https://orcid.org/0000-0002-5433-6648>

⁶ <https://orcid.org/0000-0001-8409-1242>

⁷ <https://orcid.org/0009-0009-8268-9131>

RESUMO

O presente trabalho trata da possibilidade de extensão do adicional de 25% a todas as espécies de aposentadorias como forma de promover justiça social e garantir uma vida com mais dignidade a quem se encontra acometido doenças degenerativas e incapacitantes. Tem como objetivo demonstrar, por meio de uma análise principiológica que a ausência de previsão legal em relação ao tema aqui proposto fere direitos fundamentais dos segurados que necessitam de acompanhamento de terceiros para realização de suas atividades básicas diárias. Para tanto, por meio de estudos teóricos e emprego de material bibliográfico e jurisprudencial constatou-se limitações de direitos em razão da não concessão do adicional aos aposentados que adquiriram doença incapacitante após a aposentadoria e, por consequência, encontram-se em situação de vulnerabilidade. Tal instituto está amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como na garantia dos direitos sociais, conforme previsto, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O tema foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de recurso extraordinário nº 1.221.446/RJ (Tema 1095), que entendeu não ser possível a concessão da extensão do adicional por ausência de previsão legal. Diante dessa problemática, surge a necessidade de corrigir essa injustiça decorrente da ausência de lei para estender o adicional de 25% a todos os aposentados que necessitem do auxílio permanente de terceiros.

Palavras-chave: adicional de 25%; aposentadorias; doenças degenerativas; auxílio de terceiros.

ABSTRACT

The present work deals with the possibility of extending the additional 25% to all types of pensions as a way of promoting social justice and guaranteeing a life with more dignity to those who are affected by degenerative and disabling diseases. It aims to demonstrate, through a principled analysis, that the absence of legal provision in relation to the theme proposed here violates the fundamental rights of policyholders who need third-party follow-up to carry out their basic daily activities. To this end, through theoretical studies and the use of bibliographic and jurisprudential material, limitations of rights were found due to the nongranteeing of the additional to retirees who acquired a disabling disease after retirement and, consequently, are in a vulnerable situation. This institute is supported by the principles of human dignity and isonomy, as well as the guarantee of social rights, as provided for in arts. 1st, III, 5th, caput, and 6th, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The matter was considered by the Federal Supreme Court (STF) through extraordinary appeal nº 1.221.446/RJ (Topic 1095), which understood that it was not possible the granting of the extension of the additional due to the lack of legal provision. Faced with this problem, there is a need to correct this injustice resulting from the absence of a law to extend the additional 25% to all retirees who need permanent assistance from third parties.

Keywords: additional 25%; pensions; degenerative diseases; third-party assistance.

1. INTRODUÇÃO

A previdência social juntamente com a assistência social e os direitos a saúde integram o sistema da seguridade social que

aglutinam ações integradas entre o poder público e a sociedade para garantia de direitos humanos relativos aos campos acima apresentados, *in verbis* a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme art. 194 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

No que tange o direito à saúde, o art. 196 da CRFB/88 informa que trata-se de um direito que alcança a todos os que dela necessitam, independente de contribuição e visa à redução do risco de doença e de outros agravos, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto a assistência social, situada no art. 203 da CRFB/88, será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, destinada àqueles que vivem em situação de vulnerabilidade sócio-econômica. Tem caráter residual, só sendo devida àqueles que não fazem jus a qualquer benefício previdenciário.

Por fim, a previdência social, localizada no art. 201 da CRFB/88, esclarece tratar-se de um sistema organizado sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, com a observância de critérios que garantam equilíbrio financeiro e atuarial.

A legislação brasileira, por meio da Lei 8.213/91, normatiza a previdência social quanto aos planos de benefícios, em suma, dispõe sobre as prestações cobertas pela previdência, cabendo nos afixar a discussão central da pesquisa, qual seja, o texto do art. 45 da referida lei, onde prevê que somente o aposentado por incapacidade permanente que necessite de auxílio de terceiros para realização de atividades básicas diárias, tem direito ao acréscimo de 25% (vinte e

cinco por cento) em seu benefício para auxiliá-lo em custos extras que decorram dessa dependência.

Ademais, segurados vinculados ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) que se aposentaram em decorrência de outras aposentadorias que não a decorrente de aposentadoria por incapacidade permanente, tais como aposentadoria programada, aposentadoria especial e aposentadoria por idade do trabalhador rural, ao contraírem doenças degenerativas crônicas após o advento da aposentadoria e que passem a necessitar permanentemente da ajuda de terceiros para realização de atividades básicas, não têm direito ao acréscimo de 25% no seu benefício.

Todavia, as doenças progressivas e degenerativas podem afetar a locomoção, a memória e outras habilidades cognitivas, bem como afetar comportamentos que inabilitam o ser humano a realizar atividades cotidianas, tendo em vista a perda de suas funções vitais, reduzindo substancialmente a possibilidade de participar do meio social em que está inserido e aumentando a necessidade de cuidados especiais que demandem acréscimo de gastos não programados.

Verifica-se que o legislador optou por dar tratamento diferenciado aos segurados, utilizando-se como marco delimitador para a concessão do adicional de 25% a condição de ser titular de doença incapacitante anterior a aposentadoria.

Em relação ao tema, os tribunais superiores divergem. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu no sentido de conceder o adicional a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria. Já o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2021 decidiu o tema em sede de repercussão geral, no sentido de que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente por lei pode ser criado ou ampliado benefícios e vantagens previden-

ciárias. Por não haver previsão legal, não estendeu aos demais beneficiários que recebem aposentadoria da previdência (BRASIL, 2021).

Por se tratar de tema de repercussão geral já decidido pelo STF, tornando-se obrigatória sua aplicação em todo o judiciário, vedada a extensão do auxílio para todas as espécies de aposentadorias, restringindo-se a ser objeto de nova discussão no legislativo, com o advento de lei própria que minimize a injustiça tocante ao tema aqui proposto.

Diante do exposto, por meio do presente estudo buscou-se compreender o seguinte: Em que medida a extensão do adicional de 25% aos portadores de doenças degenerativas garantem o mínimo necessário à vida? E até que ponto essa exclusão fere princípios basilares contidos no ordenamento jurídico, tais como isonomia, dignidade, proteção, solidariedade?

Resta demonstrada que a ausência de previsão legal quanto ao tema aqui exposto afeta os segurados portadores de doenças progressivas e degenerativas que os levaram à incapacidade de realizar quaisquer atividades sem o auxílio de terceiro.

Com a finalidade de aprofundar as temáticas acima citadas, dividiu-se o presente trabalho, após os objetivos e a metodologia, em seis seções no campo dos resultados, da seguinte forma: a primeira apresenta uma breve evolução histórica da seguridade social no Brasil; a segunda trata da inclusão na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do capítulo que instituiu a seguridade social, com a assistência, saúde e previdência; a terceira trata dos tipos de aposentadorias existentes no ordenamento jurídico, bem como os requisitos para a sua concessão.

Na sequência, foram apresentados os princípios que embasam o presente trabalho, tais como isonomia, dignidade da pessoa humana e solidariedade social; na seção cinco, foram elencadas as principais

doenças degenerativas e os impactos gerados na vida do indivíduo e, para concluir, no tópico seis, foi feita uma abordagem à luz da Decisão do Supremo Tribunal Federal quanto a necessidade de positivação no direito brasileiro do adicional de 25% nas aposentadorias a quem necessita de auxílio permanente de terceiros.

Por fim, por meio de revisão bibliográfica, procedeu-se, no último capítulo à conclusão do presente trabalho monográfico, buscando demonstrar a necessidade de uma legislação sobre o tema, como uma forma de dar um tratamento equânime a todos os aposentados que necessitam de auxílio de terceiros, buscando, assim, efetivar a isonomia que tanto fundamenta o ordenamento jurídico brasileiro.

2. RESULTADOS E DISCUSSÃO

2.1 Breve histórico da Seguridade Social no Brasil

No Brasil, a proteção social inicialmente era privada e voluntária e, posteriormente, passou a ser organizada pelo Estado por meio de entidades autárquicas amparando trabalhadores de determinadas categorias profissionais.

Nas Constituições de 1824 e 1891 e em algumas leis esparsas, já se identificavam normas que tratavam sobre seguridade social. Com o advento do Decreto Legislativo nº 4.862, de 24/1/1923 (Lei Eloy Chaves), tem-se o marco normativo da Seguridade Social, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários. (CASTRO e LAZZARI, 2018, p. 67).

A partir de então, foram criados institutos de aposentadoria e pensão por categorias profissionais dos Marítimos, em 1933; dos Comerciantes e dos Bancários, ambos em 1934; dos Industriários, em

1936; dos Servidores do Estado e dos Empregados em Transportes de Carga, estes em 1938. (CASTRO e LAZZARI, 2018, p. 68).

Na Constituição de 1934, art. 121, §1º, h, foi estabelecida pela primeira vez a forma tripartite de custeio, baseada em contribuições dos trabalhadores, dos empregadores e do Poder Público. Já a Constituição de 1946 empregou pela primeira vez a expressão previdência social, buscando sistematizar as normas de âmbito social e instituiu a obrigação do empregador de manter seguro de acidentes de trabalho. (CASTRO e LAZZARI, 2018, p. 69).

Ainda de acordo com Castro e Lazzari (2018, p. 69 - 70), em 1960 foi criado o Ministério do Trabalho e Previdência Social e promulgada a Lei nº 3.807, denominada Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, contudo, referida lei não unificou os organismos existentes, mas criou normas uniformes para o amparo a segurados e dependentes dos vários Institutos existentes. Em 1965, pela Emenda Constitucional nº 11, foi estabelecido o princípio da precedência da fonte de custeio em relação à criação ou majoração de benefícios.

Por fim, a CRFB/1988 estabeleceu no art. 194 o atual sistema de seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social, o qual já passou por várias reformas, introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/03, 47/05, 70/2012, 88/2015 e 103/2019.

2.2 Da Seguridade Social

A expressão seguridade social foi adotada a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a inclusão do capítulo dedicado à Seguridade Social, nos art. 194 a 204, no título que trata da ordem social.

Seus fundamentos são encontrados entre aqueles que inspiram a própria República: os princípios da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do valor social do trabalho. (BRASIL, 1988).

De acordo com o artigo 194 da Constituição Federal/88, seguridade social é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência e visa garantir o direito bem-estar, amparo e justiça social a todos cidadãos. Assim sendo, passa-se a entender cada instituto que forma a seguridade social.

2.2.1 Da Assistência Social

A assistência social encontra fundamento nos arts. 203 e 204, da CRFB/88, bem como na Lei n. 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e será prestada a quem dela necessitar. Entre os objetivos da assistência social expressos no art. 203 da CF/1988, existe a previsão da concessão de benefício pecuniário no valor de 1(um) salário mínimo ao idoso ou pessoa com deficiência, desde que estes comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Dessa forma, é possível que a assistência social conceda benefícios pecuniários no intuito de atender as necessidades básicas das pessoas necessitadas e organiza-se por meio de proteção social básica e especial.

Conforme definição do art. 6º-A, I e II, da Lei 8.742/93, a proteção social básica é ofertada pelos Centros de Referência de Assistência Social (Cras) e é formada pelo conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social que visa a prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e

comunitários. Já a proteção social especial, é ofertada pelos Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas) é composta de um conjunto de serviços, programas e projetos que tem por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos. (BRASIL, 1993).

2.2.2 Da Saúde

No que tange ao tema saúde, seus fundamentos constam nos arts. 196 a 200, da CRFB/88 e na Lei nº 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde (SUS), é integrado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e das fundações mantidas pelo Poder Público, atuando de forma descentralizada, hierarquizada e regionalizada, podendo a iniciativa privada dele participar de forma complementar.

As ações a cargo dos integrantes do SUS, constantes do art. 200, da CRFB/88, trazem benefícios a serem auferidos por toda a população, independentemente de contribuição

2.2.3 Da Previdência Social

De acordo com Castro e Lazzari (2018, p. 58), a previdência social é o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento.

Os fundamentos constitucionais estão nos arts. 201 a 202 da CRFB/88, e nas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, que instituem respecti-

vamente os planos de custeio e de benefícios, bem como o Decreto n. 3.048/99, que introduz o regulamento da previdência social.

O objetivo da previdência social entre outros previstos no art, 201, da CRFB/88, é a proteção do segurado nos casos de eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada.

A previdência social, diferentemente da assistência e da saúde, é organizada sob a forma de regime geral, é de filiação obrigatória e tem caráter contributivo, conforme estabelece o art. 201 da CRFB/88.

Assim, todos os segurados obrigatórios, que exercem atividade econômica, independentemente do nível de renda que possuam, tem o dever de contribuir para a previdência social e, assim ficará assegurado o direito a cobertura nos casos dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento.

2.3 Tipos de Aposentadoria.

O termo aposentadoria refere-se ao afastamento remunerado da atividade laborativa do trabalhador após cumprir com uma série de requisitos estabelecidos em lei e no Regulamento da Previdência Social, Decreto nº 3.048/99.

No Brasil, há 4 (quatro) formas de aposentadoria, a saber:

I – Aposentadoria por Incapacidade permanente;

II – Aposentadoria programada;

III – Aposentadoria por Idade rural; e

IV – Aposentadorias Especiais.

Assim está estabelecido no art. 25, do Decreto 3.048/99:

Art. 25. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por incapacidade permanente; (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020). b) aposentadoria programada; (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020). c) aposentadoria por idade do trabalhador rural; (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020). d) aposentadoria especial; (BRASIL, 1999)

Passa-se a uma análise dos requisitos exigidos para cada tipo de aposentadoria.

2.3.1 Aposentadoria Programada

Essa aposentadoria é a mais comum, sendo devida a todos os segurados, desde que cumprida à carência exigida pela lei, que completarem cumulativamente a idade mínima de 65 anos de idade e 20 anos de contribuição para homens e 62 anos de idade e 15 anos de contribuição para mulheres, conforme previsão o artigo 51, do Decreto 3.048/99.

Ainda de acordo com o Decreto 3.049/99, art. 54, para a categoria de professor, uma vez comprovado tempo de efetivo exercício na função de magistério na educação infantil, ensino fundamental e médio, haverá redução em cinco anos na idade para ambos os sexos, desde que comprove 25 anos de contribuição na efetiva função de magistério.

2.3.2 Aposentadoria por idade do trabalhador rural

A aposentadoria por idade do trabalhador é um benefício devido ao cidadão que completar cinquenta e cinco anos de idade, se mulher, e sessenta anos de idade, se homem e que comprovem o efetivo labor na atividade, ainda que de forma descontínua.

Assim prevê o artigo 56, do Decreto 3.048/99:

Art. 56. A aposentadoria por idade do trabalhador rural, uma vez cumprido o período de carência exigido, será devida aos segurados a que se referem a alínea “a” do inciso I, a alínea “j” do inciso V e os incisos VI e VII do caput do art. 9º e aos segurados garimpeiros que trabalhem, comprovadamente, em regime de economia familiar, conforme definido no § 5º do art. 9º, quando completarem cinquenta e cinco anos de idade, se mulher, e sessenta anos de idade, se homem. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020). § 1º Para fins do disposto no caput, o segurado a que se refere o inciso VII do caput do art. 9º comprovará o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício ou, conforme o caso, ao mês em que tiver cumprido o requisito etário, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computados os períodos pelos quais o segurado especial tenha recebido os rendimentos a que se referem os incisos III ao VIII do § 8º do art. 9º. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020). (BRASIL, 1999)

2.3.3 Aposentadoria Especial

Assim dispõe o art. 64 do Decreto 3.048/99:

Art. 64 A aposentadoria especial, uma vez cumprido o período de carência exigido, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este último somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que comprove o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, quinze, vinte ou vinte e cinco anos, e que cumprir os seguintes requisitos: I - cinquenta e cinco anos de idade, quando se tratar de atividade especial de quinze anos de contribuição; (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020) II - cinquenta e oito anos de idade, quando se tratar de atividade especial de vinte anos de contribuição; ou (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020) III - sessenta anos de idade, quando se tratar de atividade especial de vinte e cinco anos de contribuição. (BRASIL, 1999)

Essa aposentadoria é devida ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade

física, durante 15, 20 ou 25 anos de contribuição, a depender do agente nocivo a que o trabalhador foi exposto.

2.3.4 Aposentadoria por incapacidade permanente

A concessão dessa aposentadoria, prevista no art. 43, do Decreto 3.049/99, é devida ao contribuinte que for considerado incapaz para o exercício do trabalho em consequência de doença ou acidente, de maneira total e permanente e insuscetível de reabilitação, ficando o pagamento condicionado ao afastamento de todas as atividades laborativas.

A condição de inválido será auferida por meio de perícia médica no INSS, sendo obrigatória sua realização periódica, sob pena de suspensão do benefício, exceto quanto aos segurados maiores de 60 (sessenta) anos

Vale destacar que, aos segurados aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente de outra pessoa, a lei garante um aumento de 25% (vinte e cinco por cento) no valor recebido mensalmente.

Vejamos o que diz art. 45 da referida Lei 8.213/91:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo: a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal; b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado; c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão. (BRASIL, 1991)

Observa-se que o adicional de 25% independe de uma contribuição específica. Basta a prova da necessidade do auxílio permanente de terceiro e que o beneficiário comprove que não consegue realizar as atividades básicas da vida diária.

Conforme a alínea c) do art. 45 acima transcrito, percebe-se que referido adicional concedido àqueles que necessitam de auxílio permanente de terceiros para a execução de tarefas básicas diárias não se incorpora a benefícios posteriores concedidos a seus dependentes.

2.4 Princípios Aplicáveis ao Direito Previdenciário

Miguel Reale (2002, p. 60) em sua obra *Filosofia do Direito* conceitua princípios da seguinte forma:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Portanto, os princípios indicam uma linha de diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não resolvidos. (RORIGUES, 2002, p.49).

2.4.1 Princípio da Isonomia

Começou a ser conceituado por Aristóteles com suas noções de justiça. Aristóteles acreditava que a igualdade e a justiça só seriam alcançadas em sua totalidade quando os individuais iguais fossem tratados igualmente, na medida da desigualdade de cada um.

O princípio da isonomia presente em nossa Carta Magna, assegurado como direito fundamental é um dos mais importantes em um Estado Democrático e está refletido em todos os campos da ciência jurídica. Não significa que referido princípio pretende acabar com

todas as desigualdades existentes entre as pessoas, “pois a igualdade absoluta é um conceito abstrato que se distancia da verdadeira igualdade.” (CAMPANELLI, pág. 27, 2006, grifo nosso). Objetiva detectar eventuais diferenças havidas nas mesmas características e conceder tratamentos diferenciados de modo geral e impessoal.

Isto porque é injusto tratar de modo desigual pessoas que possuem as mesmas características, ao passo que é justo conceder tratamento diferenciado a pessoas que são diferentes em relação a estas mesmas características.

O princípio da igualdade, em concordância com os arts. 3º, inc. III, 5º, caput e incs. I e XIII, 7º, incs. XXX a XXXII, 14, caput, 37, incs. I e II, 226, § 5º, e 227, § 6º, da CRFB/1988, corresponde à inadmissibilidade de diferenciações arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de discriminação ou privilégio.

Para Moraes (2014, p.102),

(...) há uma divisão entre princípio da igualdade na lei e princípio da igualdade perante a lei, na medida em que aquela define que a produção das regras jurídicas não pode consubstanciar desigualdades não autorizadas pela ordem constitucional, destinada precipuamente aos órgãos legislativos, ao passo que esta determina que a aplicação das regras jurídicas deve ser realizada em consonância com o estatuído pelas mesmas, ainda que resulte em desigualdades, dirigida principalmente aos órgãos judiciais, reunidas sob a elocução iguais perante a lei.

Em suma, este princípio constitucional determina o tratamento igual aos iguais, e desigual, os desiguais, na medida de suas desigualdades. No caso, a igualdade só será assegurada, caso os desiguais (aposentados, que necessitam de auxílio permanente de terceiro) sejam tratados de forma desigual. Tal exemplo demonstra bem a importância da isonomia. É esse princípio que ajuda a aproximar o Direito da ideia de Justiça que a sociedade cultiva, em vez de ser um mero conjunto de normas.

2.4.1 Princípios da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, III, traz como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, demonstrando a sua importância e que resulta na obrigação do Estado em garantir um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhes a subsistência. O princípio da dignidade da pessoa humana também está inserido no contexto constitucional da Seguridade Social e da Ordem Social, e pode ser considerado como fonte de todos os demais princípios (SPLICIDO, 2012, p.74).

Assim, justifica-se a extensão do adicional de 25% com base no inciso III do art. 1º e no caput do art. 5º da Constituição, que assim estabelecem:

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

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(...). (BRASIL, 1988)

Assim, o direito ao acréscimo de 25% no valor do benefício deve ser estendido àqueles que, comprovadamente, necessite de assistência permanente para os atos da vida diária. Trata-se de uma condição do segurado que deve ser levada em consideração como forma de garantir um mínimo existencial.

Desta maneira, percebe-se que, dentre outros fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana se relaciona ao valor supremo moral e ético, levando consigo todos os direitos fundamentais inerentes ao homem. Os objetivos do Estado brasileiro são enunciados no artigo 3º da Carta Magna de 1988, *in verbis*:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II- garantir o desenvolvimento nacional;
- III- erradicar a pobreza e a marginalização e realizar as desigualdades sociais e regionais;
- IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
(BRASIL, 1988)

O princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como referência em outros dispositivos e não apenas na indicação dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro. Assim, dispõe o art. 170, CRFB/1988, por exemplo:

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 (...) (BRASIL, 1988)

A essas normas do nosso ordenamento jurídico, faz-se, pois, conveniente destacar a definição de princípios aduzida por Barroso (2010, p. 206):

(...) Ao contrário das regras, portanto, princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade(...).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem como característica primordial assegurar um mínimo de respeito à pessoa humana, pelo simples fato de ser pessoa humana, uma vez que, por natureza, todos são dotados de igual dignidade e têm direito a levar uma vida digna.

O efeito que se pretende com referido princípio consiste, essencialmente, em que as pessoas tenham uma vida digna. Dessa forma, os princípios possuem um conteúdo básico, composto pelo mínimo existencial e pelo conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais o indivíduo se encontraria numa situação de indignidade (BARCELLOS, 2002, p.304-305).

Por fim, tratar de dignidade da pessoa humana é uma maneira de buscar adequar a realidade e modernização da sociedade em conjunto com a evolução e as atuais tendências do ser humano, não existindo razão de aplicar a lei pela lei, mas interpretando-a de modo a garantir o mínimo de dignidade.

2.4.3 Princípio da Solidariedade

O princípio da solidariedade social é responsável pela manutenção de um padrão de vida digno para cada trabalhador, necessário à manutenção da condição humana (BALERA, 1987, p. 517).

Ao buscar compreender, de forma conjunta, as normas que decorrem do Plano de Custeio da Seguridade Social (Lei nº 8.212/91), do Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.049/99), da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), verifica-se a presença do princípio da solidariedade social como princípio basilar da seguridade social e dos três subsistemas que dela decorrem, saúde, previdência e assistência social.

O ser humano é um ser que vive em sociedade e não pode bastar-se a si mesmo. No aspecto econômico o homem precisa de seus semelhantes para satisfazer as suas necessidades de conservação e aperfeiçoamento, já que não tem possibilidade de produzir tudo o que precisa consumir, nem de consumir tudo o que tem capacidade

de produzir. Esta situação é agravada quando o ser humano está impedido de trabalhar por incapacidade ao trabalho, fato que reduz ou anula sua possibilidade econômica de consumo (SIMÕES, 1967, p.15).

De se destacar que esse princípio da solidariedade está intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de combater as desigualdades e promover uma justiça social que respeite os direitos sociais.

Como consequência do princípio da solidariedade, derivam os objetivos da seguridade social prevista no art. 194 da CRFB/1988, assim posto:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. (BRASIL,1988).

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em desatenção a este princípio, adotou como regra a prática da não-concessão do benefício àqueles que em situação análoga aos beneficiários de aposentadoria por incapacidade permanente com o adicional de 25% fazendo uma análise literal da lei.

Não são raros os casos de excluídos socialmente que, apesar de totalmente dependentes da solidariedade social, têm seus pedidos de benefícios negados simplesmente por não conseguirem atender a todos os requisitos exigidos na lei ou pelas questionáveis normas internas condutoras do instituto. (PONTES, 2006, p. 14).

Assim, faz-se necessário alinhar a esfera administrativa com a realidade social a que estão submetidos os segurados que se encontram em situação de vulnerabilidade que necessitam de auxílio de terceiro para uma sobrevivência com o mínimo necessário.

2.5 Principais Doenças Degenerativas

Neste tópico far-se-á uma breve explanação sobre as mais graves doenças degenerativas e seus principais impactos na vida do indivíduo e, assim, demonstrar o quanto é necessária à concessão do adicional àqueles que já contribuíram pelo tempo estabelecido em lei, que implementaram todos os requisitos para o recebimento do benefício de aposentadoria e, por infortúnio, se veem acometidos de doença incapacitante que os impossibilita realizar as tarefas básicas do dia-a-dia e não terem o mesmo direito ao acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) aos aposentados por incapacidade permanente.

Entre as principais doenças degenerativas destacam-se: doença de Alzheimer (DA), doença de Parkinson, Esclerose Múltipla (EM), Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) e glaucoma.

2.5.1 Doença de Alzheimer

A Doença de Alzheimer (DA) constitui-se em uma desordem degenerativa severa do cérebro, caracterizada pela perda progressiva de memória e da cognição, e à medida que evolui, provoca perdas significativas das competências para o desenvolvimento das atividades

básicas e instrumentais da vida diária, comprometendo a qualidade de vida do idoso doente e de sua família cuidadora. (SAYEG, 2012).

Diante disso, surge a necessidade de um cuidador permanente para a pessoa portadora de tal doença. Em alguns casos são profissionais informais e em outros são pessoas da própria família.

A fase avançada do Alzheimer se caracteriza principalmente pelo início da dependência de cuidados e pela inatividade física do idoso acometido por essa doença. Nessa fase, os distúrbios de memória são muito sérios, a ponto de o idoso não conseguir comunicar-se e não reconhecer os seus parentes, amigos e objetos familiares. Além disso, enfrenta dificuldades para entender o que está acontecendo ao seu redor, para caminhar, tomar banho, comer sozinho, sendo que, muitas vezes conta com ajuda de terceiros para deglutir os alimentos, devendo ser triturados e liquefeitos e posteriormente em outra fase faz-se necessário utilização de sonda alimentar.(BRASIL, 2011).

Pessoas acometidas de DA, em sua fase terminal, poderão apresentar ainda incontinência urinária e fecal e em grande parte permanecem presos a uma cadeira de rodas ou cama. (SAYEG, 2012).

2.5.2 Mal de Parkinson

A doença de Parkinson é uma doença degenerativa e lentamente progressiva de áreas específicas do sistema nervoso central (cérebro e medula espinhal). É caracterizada por tremores mesmo quando os músculos estão em repouso (tremor de repouso), aumento no tônus muscular (rigidez), lentidão dos movimentos voluntários e dificuldade de manter o equilíbrio (instabilidade postural). Em muitas pessoas, o pensamento torna-se comprometido ou desenvolve-se demência (USIGLI, 2016).

A doença de Parkinson é a segunda doença degenerativa mais comum do sistema nervoso central após a doença de Alzheimer, afetando cerca de 1 em 250 pessoas com 40 anos de idade ou mais, de 1 em 100 pessoas com 65 anos de idade ou mais e de 1 em 10 pessoas com 80 anos de idade ou mais. (USIGLI e ESPAY, 2016).

2.5.3 Esclerose Múltipla

A Esclerose Múltipla (EM) é uma doença neurológica, crônica e autoimune – ou seja, as células de defesa do organismo atacam o próprio sistema nervoso central, provocando lesões cerebrais, oculares e medulares. Embora a causa da doença ainda seja desconhecida, a EM tem sido foco de muitos estudos no mundo todo, o que têm possibilitado uma constante e significativa evolução na qualidade de vida dos pacientes (ABEM, 2016).

Ainda de acordo com a ABEM (2016), a Esclerose Múltipla não tem cura e pode se manifestar por diversos sintomas. Entre outras manifestações, afeta a disfunção cognitiva, na qual aparecem dificuldades para manter a atenção, alterações na fluência verbal, transtornos visuais como visão embaçada ou visão dupla, transtornos emocionais, com sintomas depressivos e transtorno bipolar, diminuição da capacidade de processamento de informações e problemas na memória, entre outros problemas que levam o portador da doença a necessitar de ajuda de terceiros de forma permanente.

2.5.4 Esclerose Lateral Amiotrófica

A Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) é uma doença neurodegenerativa que afeta o sistema nervoso de forma degenerativa e progressiva e acarreta paralisia motora irreversível, com tempo médio de sobrevivência compreendido entre três a cinco anos após o início

dos primeiros sintomas. Também conhecida como doença do neurônio motor ou doença de Lou Gehrig, tem a fraqueza muscular como uma marca inicial, ocorrendo em aproximadamente 60% dos pacientes. Com o tempo, as pessoas com a doença perdem progressivamente a capacidade funcional e de cuidar de si mesmas. Somente cerca de 25% (vinte e cinco por cento) dos pacientes sobrevivem por mais de cinco anos depois do diagnóstico (BRASIL, 2018).

As mãos e os pés podem ser afetados primeiro, causando dificuldades em se levantar, andar ou usar as mãos para as atividades diárias como se vestir, lavar e abotoar roupas. A fraqueza e a paralisia podem continuar a se espalhar para os músculos do tronco, chegando a afetar a fala, a deglutição, a mastigação e a respiração (BANDEIRA, et al., 2010).

A ELA é uma das principais doenças neurodegenerativas ao lado das doenças de Parkinson e Alzheimer. A idade é o fator mais importante para a sua ocorrência, sendo mais prevalente nos pacientes entre 55 e 75 anos de idade (BANDEIRA, et al., 2010).

2.5.5 Glaucoma

O glaucoma é a maior causa de cegueira irreversível no mundo e estima-se que o número de pessoas com glaucoma em todo o mundo aumentará para 111,8 milhões até 2040. O glaucoma é uma doença ocular, inicialmente assintomática, que causa dano ao nervo óptico que, posteriormente, provoca a perda irreversível do campo visual e possui como maior fator de risco o aumento da pressão intraocular (AZEVEDO, et al, 2019).

Percebe-se como os indivíduos são afetados por tais doenças progressivas e degenerativas, levando-os à incapacidade de realizar qualquer atividade sem o auxílio de terceiro.

Nesse sentido, é imprescindível a concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) nas aposentadorias, independentemente se a incapacidade tenha ocorrido após a sua concessão, mesmo que não seja àquela decorrente de invalidez. Tal auxílio ajudará na manutenção do mínimo necessário aos cuidados básicos para esse momento da vida.

2.6 Ausência de legislação. Necessidade de positivação do direito à extensão do adicional de 25% nas demais aposentadorias.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar recurso extraordinário com repercussão geral (Tema 1095), decidiu pela negativa da extensão do adicional de 25% a titulares de outras espécies de aposentadoria, sob o fundamento de ausência de previsão legal.

Assim está previsto no art. 195, § 5º, da CRFB/88:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...) § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. (BRASIL, 1988)

Até 2021, 769 processos estavam suspensos aguardando a decisão do o Supremo Tribunal Federal. Em junho de 2021 foi julgada a matéria em sede de repercussão geral, com a fixação da seguinte tese:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria (BRASIL, 2021).

A previsão legislativa sobre a incidência do acréscimo de 25% aos aposentados por invalidez está elencada no artigo 45 do Decreto

3.048/99 e também no artigo 45 da Lei de Benefícios da Previdência Social:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão. (BRASIL, 1991).

A restrição do adicional as demais espécies de aposentadorias não decorre de alguma razão intrínseca que o vincule por qualquer fundamento jurídico apenas a espécie de aposentadoria por incapacidade.

Assim, qualquer aposentado, seja detentor de aposentadoria programada, por idade do trabalhador rural ou aposentadoria especial, em algum momento de sua vida, poderá passar pelas mesmas restrições que justificam a concessão do referido adicional aos aposentados por incapacidade permanente. São segurados que sofrem de cegueira total, perda de dedos, paralisia de membros superiores ou inferiores e outras situações listadas no Anexo I do Regulamento da Previdência Social e que atualmente apenas ensejam a concessão do adicional aos aposentados por incapacidade permanente.

O Decreto 3.048/99 em seu art. 45, determina a observância de seu Anexo I, que versa sobre as condições nas quais o aposentado por incapacidade permanente passa a ter o direito ao acréscimo de 25%.

ANEXO I -RELAÇÃO DAS SITUAÇÕES EM QUE O APOSENTADO POR INVALIDEZ TERÁ DIREITO À MAJORAÇÃO DE VINTE E CINCO POR CENTO PREVISTA NO ART. 45 DESTE REGULAMENTO.

- 1 - cegueira total;

- 2 - perda de nove dedos das mãos ou superior a este;
- 3 - paralisia dos dois membros superiores ou inferiores;
- 4 - perda dos membros inferiores, acima dos pés, ainda que a prótese seja possível;
- 5 - perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível;
- 6 - perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível;
- 7 - alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social;
- 8 - doença que exija permanência contínua no leito;
- 9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária. (BRASIL, 1999).

A ausência de legislação no tocante a concessão do adicional de 25 % aos aposentados que adquiriram doenças que os incapacitam de realizar os atos básicos da vida diária, deixa à margem os segurados que já recebem aposentadorias diversa da aposentadoria por incapacidade.

O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com status de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, tem o seguinte propósito:

Artigo 1 - promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. (BRASIL, 2009).

Tomando ainda por base a referida Convenção Internacional em seu art. 28, 2, e) a proteção da pessoa com deficiência, abrange, inclusive, a seara previdenciária, *in verbis*:

Artigo 28 (...)

2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem

discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

(...)

e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria. (BRASIL, 2009)

A dignidade da pessoa humana e a isonomia são princípios que tem maior aplicação na atualidade como forma de trazer justiça a quem dela necessita.

Pensando nesse viés, em 2018 foi apresentado na Câmara dos Deputados Projeto de Lei 10.772/18, que acrescenta à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a extensão a todas as aposentadorias o acréscimo de 25% no valor da aposentadoria do segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O tratamento desigual a que está exposto os segurados aposentados que após o advento da aposentadoria foram acometidos de doenças degenerativas capazes de causar inabilitação para quaisquer atividades básicas do dia a dia, só legítima a desigualdade e se põe em confronto direto com os princípios que promovem a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a solidariedade, entre outros que se irradiam pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em sede de repercussão geral o STF decidiu o Tema por meio do Recurso extraordinário nº 1.221.446/RJ, no sentido de não conceder a extensão do adicional aos demais segurados aposentados em período anterior a doença, fundamentandose na ausência de lei para concessão do referido adicional de 25% a todos aposentados que necessitem do auxílio permanente de terceiros e isso está de encontro com os direitos

e princípios constitucionais, conforme previsão do caput do art. 5º e no art. 194.

Todos os aposentados, independentemente do tipo de aposentadoria, ao serem acometidos de doenças que os tornem incapazes de viver sem o auxílio de terceiro devem ter garantido o direito ao adicional de 25% em sua benefício pois, assim como os titulares de aposentadoria por incapacidade permanente, enfrentam custos extras destinados a tratamento médico e com cuidadores em tempo integral.

O que se busca com a temática, é demonstrar que a omissão do legislativo causa impactos severos na vida do segurado e não resguarda a efetiva proteção social que tanto se apregoa nesse atual cenário social.

Vive-se hoje sob a égide do neoconstitucionalismo, o que coloca a Constituição no topo da pirâmide normativa, fazendo uma interpretação das normas jurídicas sob o viés dos Direitos Fundamentais, com valorização dos direitos humanos presentes nas Cartas Políticas de cunho democrático. Desta forma, observa-se que a lei seca não traz justiça, sendo necessária a sua interpretação em conjunto com os princípios que garantam um mínimo de dignidade a quem já contribuiu para o RGPS e simplesmente fica desamparado quando mais necessita.

Importa destacar, que desde 2018, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 10.772/2018, que busca acrescentar dispositivo à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para estender a todas as aposentadorias o acréscimo de 25% no valor da aposentadoria do segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa, uma vez que a legislação atual faz essa exclusão que tanto prejudica e desampara o aposentado enfermo.

É preciso corrigir o quanto antes essa injustiça decorrente da ausência de previsão legal de concessão do adicional de 25% a todos aposentados que necessitem do auxílio permanente de terceiros. A não concessão do benefício ofende os princípios da isonomia e da solidariedade, que têm sede constitucional.

Os aposentados por idade, por tempo de contribuição ou titulares de aposentadoria especial são merecedores do adicional de 25% em caso de necessidade de auxílio permanente de terceiros, pois, assim como os titulares de aposentadoria por incapacidade permanente, enfrentam custos extras com tratamento médico e com cuidadores, sem os quais não teriam como sobreviver.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABCMED, 2015. **Conhecendo melhor as doenças degenerativas.** Disponível em: <https://www.abc.med.br/p/sinais.-sintomas-e-doencas/756377/conhecendo-melhoras-doencas-degenerativas.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

ABA – Associação Brasileira de Alzheimer– **Doença de Alzheimer.** 2011. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/doenca-de-alzheimer-3/>. Acesso em 20 out. 2022.

ABEM – Associação Brasileira de Esclerose Múltipla – **O que e esclerose múltipla 2016.** Disponível em: <https://abem.org.br>. Acesso em 20 ago. 2022.

AZEVEDO, Layane M.; ALMEIDA, João D. S. de ; PAIVA, Anselmo C. de; JUNIOR, Geraldo B. **Diagnóstico de Glaucoma em Imagens de Fundo de Olho Usando Índices Taxonômicos.** 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, 2019 .

p. 43- 48. <https://sol.sbc.org.br/index.php/ercas/article/view/9033>. Acesso em: 23 set. 2022

BALERA, Wagner. **Princípios Norteadores do Direito Previdenciário**. Revista da Previdência Social.São Paulo: LTr, nº 82, 1987

BANDEIRA, F. M.; QUADROS, N. N. C. DE L.; DE ALMEIDA, K. J. Q.; CALDEIRA, R. DE M. **Avaliação da qualidade de vida de pacientes portadores de Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) em Brasília**. Revista Neurociências, v. 18, n. 2, p. 133- 138, 31 mar. 2001. Disponível em <https://periodicos.unifesp.br/index.php/neurociencias/article/view/8479>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2ª. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei N.º 8.080/1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 23 out 2022.

BRASIL. **Lei N° 8.213, de 24 de julho de 1991**.Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. DOU de 25.7.1991, republicado 11.4.1996 e republicado em 14.8.1998. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei N.º 8.742/1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostaslegislativas/2183409>. Acesso em: 23 out 2022.

BRASIL. **Decreto N.º 3.048 de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto N.º 6.949 de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei N.º 10.771-A, de 2018**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2183409>. Acesso em: 23 ago.2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.221.446. Rio de Janeiro/RJ**. Tema 1095 - Constitucionalidade da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, aos segurados do Regime Geral de Previdência Social que comprovarem a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria. Min. Luiz Fux, em 04/08/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5731800&numeroProcesso=1221446&classeProcesso=RE&numeroTema=1095>. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (Brasil). **Recurso Repetitivo: Tema 982**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Dj: 22/08/2018. Disponível em JusBrasil: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 set. 2022.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. **Podere s instrutórios do juiz e a isonomia processual**. Rede Virtual de Bibliotecas. Disponível

em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2006;000751742>. Acesso em: 15 set. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 21. ed. rev. e atual. Rio e Janeiro: Editora Forense, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**, 6 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

MINAYO, Maria Cecília. **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2014.

PONTES, Alan Oliveira. **O princípio da solidariedade social na interpretação do direito da seguridade social**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. DOI:10.11606/D.2.2006.tde-19052010-110621. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-19052010-110621/publico/Alan_Oliveira_Pontes.pdf. Acesso em: 31 ago. 2022.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRUGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2002.

SIMÕES, Aguinaldo. **Princípios de Segurança Social: Previdência Social e Assistência Social**. São Paulo: Saraiva. 1967.

SAYEG, N. **Doença de Alzheimer**. RBM -Revista Brasileira de Medicina, v. 69, n. 12, p. 97-109, 2012. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil666313>. Acesso em: 31 ago. 2022

SPLICIDO, Christiane. **A validade do princípio da dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo**. DOI 10.12957/dep.2012.3052. Disponível em: <https://www.eublicacoes.uerj.br>. Acesso em: 15 set. 2022

USIGLI, Hector A. Gonzalez, MD, **HE UMAE Centro Médico Nacional de Occidente**; ESPAY Alberto, MD, University of Cincinnati - Última revisão/ alteração completa set 2016. Disponível em <https://>

www.msdmanuals.com/pt/casa/dist%C3%BArbios-cerebrais-da-medula-espinal-e-dos-nervos/doen%C3%A7as-do-movimento/doen%C3%A7a-de-parkinson-dp. Acesso em: 03 ago. 2022.

CAPÍTULO III

JUDIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL NO BRASIL

JUDIALIZATION OF HEALTH: ROLE OF THE JUDICIARY IN THE SUPPLY OF HIGH-COST MEDICINES AS AN IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL AND SOCIAL RIGHT IN BRAZIL

Lana Barbosa de Melo

Samuel Ilo Fernandes de Amorim¹

Helmo Robério Ferreira de Menezes²

Francisco Ivo Gomes de Lavor³

Bismarck Oliveira Borges⁴

Glauber Iure Cardoso de Menezes
Silva⁵

José Ivo Ferreira de Souza⁶

José Cezário de Almeida⁷

Thiago Luís de Oliveira
Albuquerque⁸

1 <https://orcid.org/0000-0002-3900-6309>

2 <https://orcid.org/0000-0001-9326-8548>

3 <https://orcid.org/0000-0001-8219-802X>

4 <https://orcid.org/0009-0001-1826-9716>

5 <https://orcid.org/0000-0002-8483-4488>

6 <https://orcid.org/0000-0001-8570-5525>

7 <https://orcid.org/0000-0001-8409-1242>

8 <https://orcid.org/0009-0009-8268-9131>

RESUMO

O modelo gratuito de alguns medicamentos está incluído no Sistema Único de Saúde (SUS), mas atualmente esse acesso não se constitui efetivamente dentro do SUS, e há barreiras para o fornecimento, pois não existe especificação da lista de prescrições para o médico correspondente. Assim, em determinadas circunstâncias, é necessário recorrer à judicialização da saúde, que constitui uma via de ação judicial através da qual os indivíduos que necessitem de serviços médicos, seja por indicações médicas ou doenças. Diante disso, o respectivo trabalho pretendeu mostrar a atuação do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos de alto custo como efetivação do direito fundamental e social. A metodologia escolhida foi a pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória, uma vez que analisou a literatura já publicada em forma de livros, revistas jurídicas on-line, jurisprudências dos Tribunais, publicações de artigos científicos on-line nas plataformas digitais google acadêmico e scielo. Demonstrou-se que o direito à saúde vem se consolidando ao longo das constituições federais brasileiras, alcançando seu expoente no ano 1988, como direito fundamental e social, devendo ser efetivado por meio de políticas públicas. O não cumprimento dessa garantia pelo Estado faz com que o cidadão recorra ao poder judiciário para atender suas necessidades de saúde, o que obrigou os tribunais, principalmente o STF e o STJ, formarem jurisprudências no sentido de uniformizar as decisões, haja vista a crescente demanda de processos nessa seara, principalmente para fornecimento de medicamentos e de alto custo, gerando espaços para discussão entre o judiciário e os órgãos públicos no âmbito econômico, social e legal. Portanto, a judicialização da saúde encontrada nesse estudo requer uma reflexão sobre os processos demandados na perspectiva de suprir as necessidades de

saúde individuais e/ou coletivas da população, uma vez que se trata de um dever estatal e direito do cidadão.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Efetividade. Medicamentos de alto custo.

ABSTRACT

The free model of some medications is included in the Unified Health System (SUS), but currently this access is not effectively constituted within the SUS, and there are barriers to supply, as there is no specification of the list of prescriptions for the corresponding physician. Thus, in certain circumstances, it is necessary to resort to the judicialization of health, which constitutes a path of legal action through which individuals in need of medical services, whether due to medical indications or illness. In view of this, the respective work intended to show the action of the Judiciary in the supply of high-cost medications as the effectiveness of the fundamental and social right. The chosen methodology was the bibliographic, qualitative and exploratory research, since it analyzed the literature already published in the form of books, online legal journals, jurisprudence of the Courts, publications of online scientific articles in the digital platforms google academic and scielo. It was shown that the right to health has been consolidated throughout the Brazilian federal constitutions, reaching its exponent in 1988, as a fundamental and social right, and should be made effective through public policies. This has forced the courts, especially the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), to create jurisprudence in order to standardize decisions, given the growing demand for lawsuits in this area, especially for the supply of medicines and high-cost drugs, creating spaces for discussion between the judiciary and public agencies in the economic, social and legal

spheres. Therefore, the judicialization of health found in this study requires a reflection on the processes demanded in order to meet the individual and/or collective health needs of the population, since it is a state duty and a citizen's right.

Key words: Judicialization of health. Effectiveness. High-cost drugs.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CRFB), em seu artigo 196, expressa de forma cristalina a saúde como um direito fundamental e social como meio de garantir o mínimo necessário para promover ao indivíduo uma vida digna. Sendo assim, é dever do Estado prover condições mediante políticas públicas para a disponibilização de assistência à saúde aos seus usuários. Aduz o caput do referido artigo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, Art. 196).

O modelo de gratuidade de determinados medicamentos é incorporado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, porém, na atualidade não se constitui efetivamente esse acesso em seu âmbito, pois a lista do SUS não corresponde especificamente a lista de prescrição dos médicos (OLIVEIRA, 2015). Desse modo, em casos específicos é preciso recorrer ao judiciário, uma vez que constitui uma via das ações judiciais por meio da qual o indivíduo que necessita de um serviço de saúde, seja por indicação médica ou enfermidade, promove ação em face do Sistema Único de Saúde (SUS), solicitando a garantia do seu direito constitucional à saúde que está em mora, ou lhe fora negado anteriormente pela indisponibilidade (CARLINI, 2021).

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir de um Fórum Nacional de Saúde realizado no ano de 2009, os fatores que mais motivam essa judicialização são o desabastecimento de medicamentos nos serviços públicos de saúde e a falta de especialistas para acompanhamento de casos específicos após observância de 2,5 milhões de processos entre os anos de 2015 a 2020. Assim, tem-se aumentado o número de cidadãos que precisam recorrer à prestação jurisdicional, implicando que o Estado cumpra o preceito constitucional (MÃNICA, 2016).

É certo que, na maioria das vezes, a omissão do Estado tem justificativa na reserva do possível que está ligada a teoria de que não pode ser submetido a efetivar direitos que causem esforços financeiros desproporcionais com o que realmente pode arcar, pois causaria impacto negativo ao orçamento público, comprometendo as demais políticas públicas.

Desse modo, o órgão federal competente pela organização e elaboração das políticas públicas é o Ministério da Saúde, mas a responsabilidade para a efetivação dos planos é de todos os entes, União, Estados, Distrito Federal e Municípios (PAULA; BITTA, 2017). Ao ser solicitado o medicamento ou tratamento ao órgão competente local e esgotadas as tentativas, essa competência desloca-se ao poder judiciário por iniciativa de quem está solicitando os cuidados. Esse deslocamento se dá pelo dever do poder judiciário de garantir a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, no caso direito a saúde eficiente.

Por todo o exposto, esse estudo edifica-se a partir da seguinte problemática: Como se dá a atuação do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos de alto custo como efetivação do direito fundamental e social? Partindo dessa premissa, será averiguado como a judicialização da saúde é tratada à luz do Supremo Tribunal Federal

(STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nessa direção, tendo em vista os recorrentes debates acerca das ações judiciais relacionadas a saúde e conseqüentemente sobre o uso dessa estratégia para o provimento de serviços da saúde, o referido trabalho tem como objetivo mostrar atuação do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos de alto custo como efetivação do direito fundamental e social.

Haja vista o conhecimento sobre a temática, ela se mostra de suma importância na área da saúde e do judiciário, tendo em vista o aumento significativo das demandas judiciais nessa seara. Portanto, a relevância deste trabalho consiste em clarear tanto para sociedade quanto para os operadores do direito como os medicamentos de alto custo são ofertados para a sociedade com o propósito da efetivação do direito fundamental e social.

2. RESULTADOS E DISCUSSÃO

2.1 Breve Efetivação do direito a saúde na Constituição Federal de 1988

Antes de adentrar nas questões que norteiam o direito a saúde na constituição de 1988, é importante conhecer o histórico dessa garantia constitucional, avaliando as constituições anteriores. Ao longo do tempo houve oito constituições, onde apenas quatro foram elaboradas de maneira democrática, sendo elas dos anos de 1891,1934,1946 e 1988 (BERGONZ, 2015).

Nestas constituições o direito a saúde foi abordado de maneira diferente, a constituição de 1891 trouxe uma relação de direitos e garantias, como a propriedade, liberdade e segurança, onde a saúde não foi incluída. Já a constituição de 1934 foi a primeira a fazer menção

ao direito à saúde, que em seu artigo 10, inciso II, previa a competência concorrente entre a União e Estados em relação à saúde e à assistência pública (BERGONZ, 2015).

Em seguida a constituição de 1946, trouxe em seu art. 5º a competência da União para legislar sobre as normas gerais da defesa de proteção à saúde. De acordo com JusBrasil (2022) “Art. 5º - Compete à União: [...] XV - legislar sobre: b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário”.

De acordo com Bergonz (2015), a constituição de 1967 apesar de não prever o direito a saúde, trouxe os dispositivos da constituição de 1946, e acrescentou a competência da União para legislar sobre plano nacional de saúde. Já a constituição de 1988, buscou proteger em seu texto os direitos sociais no rol de garantias fundamentais em seu art. 6º. Assim, nota-se que uma das modificações na CRFB/88 foi a elevação do direito à saúde dentro dos direitos fundamentais, confirme a previsão dos art. 6º e 196 a 200.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, Constituição (planalto.gov.br). 1988).

O direito a saúde na constituição de 1988 visa o bem-estar e a justiça social, reconhecendo este direito, como dever do estado.

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

Sendo assim, a carta magna de 1988 trouxe uma estrutura organizacional que tem como objetivo a saúde coletiva baseada nos princípios da cobertura universal através do Sistema Único de Saúde

(SUS), instituído e regulamentado pela lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990), cujo escopo consiste em atingir os ideais da dignidade humana como um direito de todas as pessoas e uma obrigação do Estado (OLIVEIRA, 2021).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 busca claramente beneficiar todos os cidadãos de forma igualitária em sua consagração do direito à saúde como um direito social para o enfrentamento das desigualdades de forma justa, além de assegurar fiscalização, controle, regulação e o exercício do poder de diversas formas (que podem ser diretas ou indiretas) por meio de órgãos públicos ou privados para atingir o maior número de pessoas (OLIVEIRA, 2021).

Além dos dispositivos constitucionais vigentes, o direito à saúde também é regulamentado pela lei nº 8.080/90, conhecida lei orgânica da saúde, em conjunto com a lei nº 8.142/90. Essas leis regulamentam o art. 196 e seguintes da Constituição Federal e, em seu enunciado, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (BRASIL, 1990)

Nessa seara, é válido destacar o art. 5º, da Lei nº 8080/90, que dispõe sobre os objetivos do Sistema Único de Saúde:

São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (BRASIL, 8080/90).

Continuando a análise da Lei Orgânica da Saúde, destacam-se os Princípios e Diretrizes do SUS, especificamente citados no art. 7º, da Lei 8080/90.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; [...] (BRASIL. L8080 (planalto.gov.br). 2022).

Assim, vê-se que o SUS representa um direito social assegurado pela Carta Magna, a fim de garantir à população o acesso à saúde, contribuindo para sua qualidade de vida. Vê-se, portanto, que o Estado é o principal meio garantidor para a efetividade desse direito, mediado, principalmente por meio de políticas públicas, na forma de normas programáticas, estabelecendo suas responsabilidades e compromissos com seus tutelados (MORAIS; MARTINS, 2022).

Portanto, a saúde é um direito fundamental de responsabilidade do Estado, conquista que vem ganhando proporção ao longo do tempo na concepção do direito. De acordo com André (2018), a saúde é um dos maiores bens sociais e individuais, sua ideia envolve a percepção não somente de ausência de doença, mas um complexo bem-estar físico, mental, social, espiritual.

A administração pública não pode ser omissa no cumprimento de suas atribuições constitucionais. O artigo 23 da nossa Carta Magna confere aos governos federal, estadual, distrital e municipal a responsabilidade compartilhada pela saúde. O artigo 24, por sua vez, trata da competência para legislar para proteger a saúde, outorgando-a ao Estado, aos Estados e ao Distrito Federal, lembrando que, embora o artigo acima não faça menção aos municípios, eles também têm essa competência. Este artigo estabelece a sua competência para legislar

sobre assuntos de interesse local, nos termos do artigo 30, I. Escusado será dizer que a implementação da maioria dos serviços de saúde ocorre a nível municipal (MORAIS; MARTINS, 2022). Juridicamente, é dever do Estado proporcionar serviços de saúde para garantir os princípios de dignidade humana, assim como menciona a Constituição Federal, Art. 196. Assim, uma vez que esse direito não seja cumprido, é dever do Poder Judiciário a incumbência para instituir a sua concretização perante apreciação

O Judiciário vem para fiscalizar e impor ao Poder Executivo, o cumprimento na norma constitucional prevista no artigo 196 da CF/88, garantindo que esse direito não venha a ser apenas uma promessa constitucional, sob pena de restar a este poder agir para que a haja o cumprimento do dever delegado aos entes federados pela Carta Magna (MARTINS; SILVA, 2021, p. 16).

Portanto, objetivando a concretização da proposição constitucional de prestação do serviço de saúde, o Poder Judiciário pode determinar que os órgãos públicos forneçam de forma gratuita os medicamentos a população. Ações como essa, visam diminuir a desigualdade e assim garantir que os cidadãos tenham acesso aos seus direitos de forma universal. “A possibilidade de o Poder Judiciário intervir, e garantir a efetiva prestação da saúde, são prisma da implantação da cidadania, pois prioriza o direito do cidadão que possui extrema necessidade de recursos na saúde” (CERQUEIRA, 2016, p. 15). Por isso é importante que a sociedade esteja informada e convicta de seus direitos para que possam buscá-los perante a justiça.

Além desses fatores, a exigibilidade jurídica do direito, seu reconhecimento no nível individual e a ampla possibilidade de controle judicial culminaram em um fenômeno conhecido como “judicialização da saúde”, o que significa que os debates são substituídos das áreas administrativas pela saúde para o judiciário (TOMÁS, 2022).

Diante disso:

A crescente intervenção judicial nessa área, em decorrência da judicialização de demandas de saúde - o que se dá, nas mais das vezes, por meio de ações individuais - agrega a esse cenário mais um fator de complexidade. Isso porque esse controle judicial tem repercussões que ecoam na atividade do Poder Legislativo, do Poder Executivo, dos órgãos e entidades responsáveis por prestar serviços de saúde e, como não poderia deixar de ser, no cotidiano da população brasileira, que depende das ações e serviços disponibilizados pelo SUS (TOMÁS, 2022, p. 34).

Portanto, a pesquisa sobre o direito à saúde no contexto brasileiro não se limita a indagar sobre a natureza fundamental desse direito já consagrado na constituição, pois sua natureza interdisciplinar exige olhar para frente, buscando elementos em ramos do direito como: Constitucional, Administrativo, Financeiro e Tributário, incluindo também conhecimentos em áreas não relacionadas à ciência jurídica, como a Medicina e a Administração Pública (TOMÁS, 2022).

2.2 A judicialização da saúde no Brasil e as teses do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF)

2.2.1 A judicialização da saúde e poder judiciário no Brasil

Uma releitura da dicotomia entre direitos fundamentais individuais e coletivos sob a ótica da dignidade humana é absolutamente necessária para enfrentar o tema. Os aplicadores do direito em geral, e o judiciário em particular, precisam adotar uma nova postura que não possa se perder de vista no processo de efetivação dos direitos fundamentais. É necessário abandonar a imagem de favorecimento de dogmas e métodos formais. Dessa forma, é possível enquadrar a compreensão do direito social à saúde como critério fundamental para a análise da judicialização e seu impacto como ferramenta de promoção social (LOBO, 2018).

A dignidade humana constitui o preceito fundamental de todo o ordenamento jurídico. Este princípio irradia outros princípios, pois somente através dele podem ser realizados os direitos fundamentais do indivíduo. Este é um princípio que não se limita a afirmações ou suposições filosóficas. Como preceito norteador de um ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana possui dupla natureza, pois deve ser considerada como pressuposto normativo, dada a forma como é utilizada para ditar que outras normas devem ser formuladas e aplicadas, e, como princípio, nenhuma norma pode prejudicá-lo (LOBO, 2018).

A dignidade humana reflete um conceito ambíguo e ainda em construção, assim como os próprios direitos humanos. Nesse contexto, é importante esclarecer que a própria dignidade humana não é uma construção inata da proposição do direito natural, pois é o valor jurídico objeto da construção hermenêutica de um país democrático de direito. As reivindicações legais feitas pelo texto constitucional brasileiro de 1988 legitimam uma interpretação ampla e sistemática dos direitos fundamentais que visam a inclusão, a igualdade e a ampla proteção jurídica dos seres humanos, individual e coletivamente (LOBO, 2018).

O poder judiciário é considerado o guardião das leis com função jurisdicional e, na esfera da saúde, pode atuar para que haja a efetividade dessa garantia fundamental (COMPARATO, 2016), bem como interferir nas políticas públicas, buscando defender a justiça e os seus cumprimentos para se ver garantido os dispostos em nosso ordenamento (CAMPOS et al., 2019). Nesse sentido, o termo “judicialização da saúde” refere-se à necessidade de encaminhar ao judiciário as demandas relacionadas à saúde, para proteger os direitos individuais e coletivos e analisar as políticas públicas como resultado da melhoria dos processos democráticos e da redefinição das relações de poder (LUCENA, 2022).

Na judicialização da saúde, é mais comum buscar apoio judicial para obter medicamentos de alto valor, na maioria das vezes porque o SUS não fornece esses medicamentos. A busca pela judicialização se baseia na necessidade urgente de enfrentar as dificuldades que um indivíduo sofre com a doença que tem, e geralmente há um tempo definido para o paciente iniciar o tratamento, na verdade uma luta contínua. Lute contra o tempo, pule a medicação todos os dias e tenha menos chances de melhorar sua qualidade de vida (AMORIM, 2021).

A ausência ou inexistência de uma política específica do SUS cria o acesso a esses medicamentos por meio de medidas judiciais. Em 2009, o Ministério da Saúde respondeu a 1.780 ações judiciais solicitando medicamentos, dos quais R\$ 83,1 milhões foram gastos. De acordo com o Ministério da Saúde, quase todas as ações exigem cuidados contínuos para pacientes com doenças crônicas, graves ou raras, dependentes de tratamento médico de longo prazo. Comprou mais de 1.100 medicamentos diferentes através dos tribunais (AQUINO; NOVARETTI, 2015).

O que se observa nos últimos anos é que o judiciário tem atuado de forma mais sistemática e coordenada, criando estratégias de solução de conflitos nas demandas judiciais em saúde. Estudos demonstram que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem atuado no sentido de desenvolver a política de justiça sanitária, permeada por estratégias de vão desde a criação do Fórum Nacional de Justiça Sanitária até recomendações e declarações sobre como os juízes devem decidir sobre as demandas em saúde que lhes são colocadas (LOPES; CAMPOS, 2018; BOROTA; LIPPI, 2020).

Para Lucena (2022) o movimento da judicialização da saúde no Brasil se intensificou nas últimas décadas, com o crescimento da jurisprudência e a intervenção do judiciário na administração da saúde,

especialmente no setor farmacêutico. Os processos judiciais contra a administração pública começaram na década de 1990 e visavam principalmente as pessoas afetadas pela epidemia de HIV/AIDS para garantir que recebessem a assistência necessária. Esses trabalhos se baseiam no direito constitucional à saúde, que inclui a obrigação do Estado de prestar assistência à saúde integral, universal e gratuita, de acordo com os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), uma responsabilidade compartilhada dos governos federal, estados e municípios.

A judicialização reflete que o judiciário está tomando decisões sobre questões relevantes com implicações políticas e sociais, mas quem deve tomar essas deliberações é o poder executivo e/ou a Assembleia Legislativa. Embora intuitivamente, a judicialização acaba transferindo os poderes legislativo e executivo para juízes e tribunais, mudando a linguagem, o engajamento social e o debate (BOROTA; LIPPI, 2020).

Esse fenômeno judicial emerge quando os indivíduos tomam a iniciativa de recorrer ao judiciário para garantir o direito aos meios, recursos, tecnologias e equipamentos de saúde que garantam sua qualidade de vida digna, uma que vez não encontram o suporte que precisam nas instituições e órgãos responsáveis, haja vista suas limitações e ingerências administrativas e orçamentárias (VITORINO, 2020).

2.2.2 A judicialização da saúde à luz do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

As teses e decisões a seguirem foram elaboradas com base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não consistindo em repositórios oficiais das jurisprudências deste tribunal, os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 19/03/2021. Ainda

nesse viés, também será analisada as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), em recursos extraordinários

Abaixo encontram-se as principais jurisprudências consolidadas do STF no período de 2009 a 2020 na forma de recursos extraordinários (QUADRO 1). Os principais recursos se deram na forma de Recursos Extraordinários, sendo eles: RE 581488/2015, RE 657718/2019, RE 855178/2009 e RE 566471/2020, onde os três primeiros foram decididos por colegiado, resultando em acórdão e o último ocorreu em decisão monocrática pelo Ministro Marco Aurélio.

Sendo assim, tais recursos versaram sobre a necessidade de unir os entes federativos para definir práticas e ações de saúde pública, buscar a equidade no atendimento do SUS e sua acessibilidade universal, desobrigar o estado e o judiciário de fornecer medicamentos experimentais que não possuem registro na ANVISA e por fim, dispensar o Estado de fornecer medicamento de alto custo solicitados judicialmente que não estiverem na lista do SUS

QUADRO 1 - Teses do Supremo Tribunal Federal (STF), BRASIL, 2009-2020

Recurso Extraordinário	Decisão	Análise Geral
RE nº 855178/2009.	Há responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de	Essa decisão é ajustada pelo STF e contém algumas complexidades em sua aplicação. Na decisão tomada
	prestar assistência à saúde. Decisão na STA nº 175, de 2009	em 2009, foi prevista a necessidade de “unir os entes federativos para definir na prática um modelo de cooperação e coordenação de ações conjuntas”, o que de fato já existe de acordo com o disposto no Decreto nº 7.5087 de 2011. Contratos para conselhos de administração nacionais, estaduais e regionais e organizações de ação de saúde pública.
RE nº 581488/2019	É vedado tratamento diferenciado a título de acomodação hospitalar ou escolha de médico no SUS.	Nos termos do artigo 196 da Constituição, em nome do princípio da igualdade de atendimento, não pode ser feita distinção entre conforto e escolha do médico no SUS. A equidade no atendimento é um princípio do SUS e sua acessibilidade universal. Foi

		dispensado justamente porque não poderia haver tratamento desigual no SUS.
RE n° 657718/2018	O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais	A decisão dispensa maiores comentários, pois o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a obrigação do Estado de fornecer medicamentos experimentais, por violar a regra específica de que somente é permitida a circulação de medicamentos registrados no órgão competente, ou seja, que não sejam experimentais. Os medicamentos experimentais contam com várias
		etapas de pesquisa e devem ser registrados na Anvisa nos termos da Lei nº Lei nº 6.3609, de 1976, e da Lei nº 9.78210, de 1999, após comprovação de sua eficácia e segurança.
RE n° 657718/2020	A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial	Como regra geral, a decisão não impede completamente o fornecimento de medicamentos não registrados ao criar uma exceção. Mas a regra geral é que apenas

		<p>medicamentos registrados na Anvisa podem ser disponibilizados aos requerentes por decisão judicial. O próprio STF assim já havia decidido no julgamento (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 550111, de 2016) que suspendeu a eficácia da Lei nº 13.26912, de 2016, que obrigava o Estado a fornecer a fosfoetanolamina, por não ser admissível a circulação livre no País e o fornecimento pelo SUS de medicamentos sem registro na Anvisa, como medida de segurança sanitária, por força do disposto na Lei nº 6.360, de 1976, artigo 12.</p>
<p>RE nº566471/2020</p>	<p>O Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo pleiteados judicialmente quando não constarem das relações</p>	<p>O RE 5664716, cuja decisão foi proferida em 11 de março de 2020, determinou que o estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente quando não estiverem</p>

	oficiais de medicamentos do SUS	na lista do SUS do Programa de Dispensação de Medicamentos Especiais. Circunstâncias excepcionais serão definidas na formulação da tese de impacto geral. Como regra geral, justifica-se perfeitamente a não concessão, pois respeita a lista oficial de medicamentos do SUS, conforme previsto na Portaria e na Portaria nº 7.5087 de 2011.
--	---------------------------------	--

Fonte: SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. Saúde em Debate, v. 45, p. 807-818, 2021.

Importante observar como os ministros vêm interpretando as demandas judiciais no tocante a maneira que o Estado deve agir em relação às demandas da saúde levada ao judiciário.

É válido dizer que quando o cidadão recorre à justiça para obter o fornecimento de um medicamento de alto custo, ou mesmo se o medicamento não constar do convênio do SUS, os entes federativos são obrigados a dispor de recursos para custear o tratamento com base em decisões judiciais. Porém, o poder público possui diversas discussões sobre limitações de recursos, mínimos de existência e aderência à reserva de possibilidades resultaram no estabelecimento de critérios na maioria das decisões para que os juízes chegassem à decisão (AMORIM, 2021).

Tendo em vista a análise geral dos assuntos retratados nos Recursos Extraordinários, restou decidido que os Entes Federativos têm responsabilidade solidária em prestar assistência à saúde, e que no âmbito de acomodação hospitalar ou escolha de médico do SUS é vedado o tratamento diferenciado. Na toada das decisões relacionadas

a medicamentos, vê-se que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais ou de alto custo que não constarem nas relações oficiais do SUS, e que a ausência de registro na Anvisa impede o fornecimento de medicamento por decisão judicial (MENDONÇA, 2015).

Não há, porém, dúvidas quanto à ordem constitucional: em linhas gerais, os legisladores constitucionais atribuíram ao Estado a responsabilidade de zelar pela saúde pública e, nesse amplo contexto, os entes federativos são solidariamente responsáveis pelas propostas e custos previstos. Tudo o que é necessário para esse fim, desde tratamento e hospitalização até atendimento, tratamento, fornecimento e medicamentos para emergências de conflitos (CADIP, 2022).

Outro aspecto que precisa ser ressaltado é que a judicialização da saúde sempre foi pessoal, ampliando o alcance da macrojustiça e do cuidado coletivo em benefício do indivíduo. Isso agrava os problemas estruturais do SUS, como o subfinanciamento. Manter medicamentos caros fora do SUS garante que os recursos sejam retirados dos orçamentos da saúde, impactando os serviços de saúde coletivos ou equânimes (SANTOS, 2021).

Com isso, o poder público deverá conceder medicamentos de alto valor, desde que comprovada a necessidade e adequação do paciente ao tratamento correspondente. Portanto, é impossível que o Estado abra mão mesmo que atenda às necessidades de saúde de apenas uma pessoa (MENDONÇA, 2015).

Observando-se as decisões proferidas na seara do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as teses ora julgadas e descritas abaixo, se deram na forma de recurso especiais publicados no período de 2013 a 2021 (QUADRO 2). As teses aqui resumidas foram elaboradas

mediante pesquisa na base de jurisprudência do STJ, não consistindo em repositórios oficiais da jurisprudência deste Tribunal.

Essas teses legitimam o Ministério Público para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamento contra os entes federativos, mesmo que se trate de benefício individual, pois se trata de direito indisponível conforme a lei n. 8.625/1993; a possibilidade de submeter ao rito dos Juizados Especiais Federais causas que envolvam fornecimento de medicamento e atribuir às decisões proferidas em ação civil pública relativas a medicamentos o efeito *erga omnes*.

QUADRO 2 - Teses do Superior Tribunal de Justiça (STJ), BRASIL, 2013-2021

Tese	Julgamento
O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos,	Julgados: AgInt no REsp 1647125/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 20/05/2019; AgInt no AREsp 1170199/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 10/10/2018; AgInt no RE no
mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). (Tese julgada sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015 TEMA 766)	AgInt nos EREsp 1588315/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 26/09/2018; REsp 1681690/SP (recurso repetitivo), Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 03/05/2018; REsp 1682836/SP (recurso repetitivo), Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 624) (Vide Pesquisa Pronta) (Vide Repetitivos Organizados por Assunto) (Vide Repercussão Geral - Tema 262) (Vide Repetitivos - Tema (766)

<p>É possível submeter ao rito dos Juizados Especiais Federais as causas que envolvem fornecimento de medicamentos/tratamento médico, cujo valor seja de até 60 salários mínimos, ajuizadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública em favor de pessoa determinada.</p>	<p>Julgados: RMS 64517/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020; AgInt no REsp 1353165/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 04/03/2020; AgRg no AREsp 374299/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2016, DJe 21/11/2016; AgRg no REsp 1469836/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015; AgRg no REsp 1214479/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 06/11/2013; RMS 064538/MT (decisão monocrática), Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2020, publicado em 28/10/2020. (Vide Jurisprudência em Teses N. 89 - TEMA 5)</p>
--	---

<p>É cabível a atribuição de efeitos erga omnes à decisão de procedência proferida em ação civil pública relativa ao fornecimento de medicamentos, incumbindo a cada titular do direito o ônus de comprovar o seu enquadramento na hipótese prevista pela sentença.</p>	<p>Julgados: AgInt no REsp 1569132/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2019, DJe 13/09/2019; AgInt no REsp 1658199/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 26/02/2019; AgInt no REsp 1713274/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018; AgInt no REsp 1549608/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017; AgInt no REsp 1560253/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017; AgRg no AREsp 825163/SC, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 16/08/2016. (Vide Pesquisa Pronta)</p>
---	---

<p>O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 686)</p>	<p>Julgados: AgInt no CC 173185/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021; AgInt no AgRg no AREsp 692804/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018; AgRg no REsp 1574121/PI, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 09/03/2016; REsp 1203244/SC (recurso repetitivo), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014; AgRg no AREsp 13328/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 26/10/2011; AgRg no AREsp 40027/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 26/10/2011. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 539) (Vide Repetitivos Organizados por Assunto) (Vide Repercussão Geral - Tema 793) (Vide Repetitivos - Tema 686)</p>
--	--

<p>A responsabilidade dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nas ações que buscam o fornecimento de medicamentos, é solidária, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou separadamente.</p>	<p>Julgados: AgInt. no CC 174544/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCAÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/03/2021, DJE 23/03/21; AgInt. no CC 172502/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIM, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 02/03/2021, DJE 08/03/2021; AgInt. no CC 173185/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 02/03/2021, DJE 05/03/2021; AgInt. No REsp. 1606349/PI, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJE 18/12/2020; AgInt. No RE. No AgInt. No REsp. 1043168/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/11/2020, DJE 19/11/2020; cc 172817/SC, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2020, DJE. 15/09/2020. (Vide Pesquisa Pronta) (Vide Repercussão Geral – Tema 793)</p>
<p>Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 84)</p>	<p>Julgados: AgInt no REsp 1551920/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2020, Dje 24/09/2020; REsp 1823521/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, Dje 29/10/2019; AgInt no AREsp 1201800/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCAÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2018, Dje 13/08/2018; AgRg no AgRg no AREsp 498758/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, Dje 26/08/2014; AgRg no RMS 44502/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJE 25/06/2014; REsp 1069810/RS (recurso repetitivo), Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO,</p>

	<p>PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 532) (Vide Repetitivos Organizados por Assunto) (Vide Repetitivos -Tema 84).</p>
<p>É possível conceder a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para obrigá-la ao fornecimento de medicamento.</p>	<p>Julgados: AgRg no REsp 1291883/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013; AgRg no Ag 1299000/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 10/02/2012; REsp 852084/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 312; REsp 703901/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2005, DJ 20/03/2006 p. 243; Ag 1259406/MT (decisão monocrática), Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4º REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2014, publicado em 17/10/2014; REsp 1454378/PB (decisão monocrática), Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/08/2014, publicado em 03/09/2014.</p>

<p>Possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 98). VIDE art. 461, § 4º, do CPC/1973 correspondente ao art. 537 do CPC/2015</p>	<p>Julgados: AgInt no AREsp 1409836/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2020, DJe 17/11/2020; AREsp 1579684/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 18/05/2020; AgInt no REsp 1707833/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 07/12/2018; AgInt no AREsp 298029/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 30/08/2018, DJe 04/09/2018; AgInt no AREsp 1235512/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 27/08/2018; REsp 1474665/RS (recurso repetitivo), Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 606) (Vide Pesquisa Pronta) (Vide Repetitivos Organizados por Assunto)(Vide Repetitivos Organizados por Assunto) (Vide Repetitivos - Tema 98)</p>
---	---

<p>O valor da multa cominatória imposta em razão do descumprimento da obrigação de fornecer tratamento e medicamentos adequados ao portador de doença grave deve ser revertido em favor do credor independentemente do recebimento de perdas e danos VIDE art. 461, § 4º, do CPC/1973 correspondente ao art. 537 do CPC/2015.</p>	<p>Julgados: AgInt no AREsp 1663064/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 30/11/2020, DJe 02/12/2020; AgInt no REsp 1171875/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 05/09/2019; AREsp 1663064/SP (decisão monocrática), Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2020, publicado em 12/08/2020; AREsp 1481080/DF (decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2019, publicado em 20/08/2019.</p>
<p>É possível o reconhecimento do direito de sucessores ao recebimento de multa diária imposta em demandas cujo objetivo é a efetivação do direito à saúde, pois referido valor não se reveste da mesma natureza personalíssima que possui a pretensão principal, tratando-se de crédito patrimonial, portanto, transmissível aos herdeiros. VIDE art. 461, § 4º, do CPC/1973 correspondente ao art. 537 do</p>	<p>Julgados: AgInt no REsp 1761086/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 25/11/2020; AgInt no AREsp 1139084/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019; REsp 1722666/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 08/06/2018; REsp 1906319/MG (decisão monocrática), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2020, publicado em 18/02/2021; REsp 1912594/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro OG</p>

<p>O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 686)</p>	<p>Julgados: AgInt no CC 173185/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021; AgInt no AgRg no AREsp 692804/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018; AgRg no REsp 1574121/PI, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 09/03/2016; REsp 1203244/SC (recurso repetitivo), Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014; AgRg no AREsp 13328/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 26/10/2011; AgRg no AREsp 40027/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 26/10/2011. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 539) (Vide Repetitivos Organizados por Assunto) (Vide Repercussão Geral - Tema 793) (Vide Repetitivos - Tema 686)</p>
--	--

Fonte: STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/download/11591/11715>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

A partir de uma leitura desses julgados, é mister ressaltar a preocupação desse tribunal em fixar entendimentos e teses para resolução de possíveis dissídios levados ao judiciário. A partir disso, firma-se a possibilidade de submeter as causas que tratam de fornecimento de medicamento/tratamento cujo valor seja de até 60 salários mínimos, no rito dos Juizados Especiais Federais. É possível a imposição de multa diária a ente público, para compelir o forne-

cimento de medicamento a pessoa desprovida de recurso financeiro, assim como a concessão da antecipação dos efeitos da tutela contra a fazenda pública (STJ, 2022).

Logo, a intervenção do poder judiciário é de fundamental necessidade para que os indivíduos tenham pleno acesso à saúde, principalmente ao fornecimento de medicamentos, pois, muitas vezes o Estado enfrenta limites e adversidades na efetivação desse direito fundamental. Para Vieira e Benevides (2016), o princípio da integralidade na saúde ainda não é realidade, onde ocorrem as barreiras informais tecidas pelo Estado, entre elas a fragilidade do vínculo entre os profissionais da saúde e os seus usuários no tocante a adesão ao tratamento.

Com poucos recursos e alta demanda, o fornecimento de medicamentos, principalmente medicamentos de alto custo, tornou-se um dos principais pontos de discórdia para fazer perguntas e exigir respostas aos poderes públicos, e a tarefa de solucionar situações de conflito recai sobre os poderes (CADIP, JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO. https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp_CADIP_Jud_S_a%C3%BAde_2ed_2022-06-01.pdf. 2022).

A ineficiência dos poderes públicos no cumprimento de seus mandatos relacionados ao direito à saúde soma-se à maior dificuldade de acesso a medicamentos de alto custo. Diante disso, o Judiciário ainda precisa atuar para garantir esse direito em três situações diferentes, como defende Lobo.

I na inércia do Poder Legislativo em regulamentar questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa); II. No descumprimento pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa) e; III. no caso em que a regulamentação do direito à saúde (de)

limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa) (LOBO, 2018, p. 54).

Da mesma forma, percebe-se que a dispensação de medicamentos fora da lista do SUS (RENAME) resulta em aumento significativo dos custos, porém, é necessário encontrar critérios claros e legais para orientar sua oferta. Para os medicamentos que constam da lista oficial, o judiciário deve apenas obrigar o poder público a fornecer o medicamento, mas nos casos em que a lista não fornece o medicamento, o direito também é garantido, devendo o tribunal verificar se o requerente fez requisitos para preservar possíveis (SANTOS, 2021).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que o direito à saúde é tratado de forma diferenciada ao longo dos anos, haja visto desde a constituição de 1891 que não incluiu a saúde no rol de direitos e garantias, seguida pela carta de 1934 que foi a primeira a fazer menção ao referido direito, até a constituição de 1988 que busca proteger à saúde como um direito social e fundamental por meio de uma estrutura organizacional que objetiva o bem-estar social individual e coletivo.

No tocante à atuação do poder judiciário na esfera da saúde, seu papel emerge a partir da necessidade de atender as demandas da população indeferidas na esfera administrativa, visando proteger os direitos individuais e coletivos garantidos na constituição.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reagiram frente à essas demandas e formularam diversos julgados no âmbito da saúde permitindo compreender o funcionamento da efetivação desse direito. Sendo assim, as teses do STF convergiram para a responsabilidade solidaria dos entes federativos

em prestar assistência à saúde como meio de definir práticas e ações de saúde pública, buscar a equidade e sua universalização na atenção prestada pelo SUS, desobrigar órgãos estaduais e judiciários do fornecimento de medicamentos experimentais não registrados na ANVISA e, por fim, isentar o estado de fornecer medicamentos de alto preço exigidos pelo tribunal que não constem da lista do SUS.

Na seara do STJ, houve uma atenção maior para as causas de medicamento de alto custo que são levadas ao judiciário, seus efeitos e como o Estado pode agir diante delas. Logo, decidiu-se que o Ministério Público exija tratamento médico ou fornecimento de medicamentos de entes federados, uma vez que este é um direito previsto na Lei n. 8.625/1993; a possibilidade de ajuizar processos envolvendo fornecimento de medicamentos/tratamentos no valor de até 60 salários mínimos; imposição de multas diárias a entidades públicas, obrigatoriedade de entrega de medicamentos a quem não disponha de recursos financeiros e concessão de antecipação do impacto da tutela nas finanças públicas.

Assim, o poder judiciário está sendo cada vez mais acionado pela população na busca por melhores condições de saúde, tendo em vista não encontrarem soluções nos serviços de saúde. Ademais, não há uma análise criteriosa da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, limitando-se a prover as ações sem considerar os possíveis impactos sociais econômicos que a judicialização pode causar. Portanto, a judicialização da saúde encontrada nesse estudo requer uma reflexão sobre os processos demandados na perspectiva de suprir as necessidades de saúde individuais e/ou coletivas da população, uma vez que se trata de um dever estatal e direito do cidadão.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Poliana Torres. Medicamentos de alto custo e a judicialização da saúde: vertentes da necessidade de acesso a medicamentos para os portadores da atrofia muscular espinhal. **Repositório de Trabalhos de Conclusão de Curso**, 2021.

ANDRÉ, Andréa D. Alessandro. **A responsabilidade do estado no fornecimento de medicamentos e a intervenção do poder judiciário**. 2018

AQUINO, Simone; NOVARETTI, Marcia Cristina Zago. Medicamentos de alto custo: compreendendo o gerenciamento e falhas de dispensação em cinco estados brasileiros. **Administração Pública e Gestão Social**, v. 7, n. 3, p. 138-147, 2015.

BOROTA de Oliveira, Luis Gustavo; LIPPI, Maria Clara. Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil. **Revista Derecho del Estado**, n. 45, p. 245-274, 2020.

BRASIL, **MINISTERIO DA SAÚDE**. Disponível em https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em 19 de outubro de 2022.

BRASIL, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de setembro de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Disponível em: Constituição ([planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)). 1988. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

BRASIL. Disponível em: L8080 ([planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)). Acesso em 03 de dezembro de 2022.

BRASIL. Disponível em: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename

– Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em 04 de dezembro de 2022.

CADIP. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

PELO PODER PÚBLICO. Disponível em https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp_CADIP_Jud_Sa%C3%BAde_2ed_2022-06-01.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2022.

CAMPOS, Lara Machado de Carvalho et al. **Interferência do poder judiciário nas políticas públicas para efetivação do direito fundamental à saúde**. 2019.

CERQUEIRA, Amanda Dantas de. **A intervenção do Poder Judiciário nas demandas individuais de fornecimento de medicamentos e o impacto no acesso coletivo à saúde**. 2016.

LOBO, Marcella Arruda. B.S. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário**. 2018.

LOPES, Fabiana Diniz; CAMPOS Mello, Tatiana Ribeiro. A judicialização e seu papel na efetivação do direito à saúde pública. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**, v. 7, n. 3, p. 275-286, 2018.

LUCENA, Davidson Gregório de. **Judicialização na saúde pública brasileira: uma revisão integrativa**. 2022.

MARTINS, Helio Wiliam Cimini; SILVA, Sabrina Moraes. **RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E A INTERVENÇÃO**

JUDICIAL. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 4, 2021.

MENDONÇA, Suzana Maria Fernandes. **Medicamentos de alto custo: a judicialização e o papel do Estado.** 2015.

MORAIS, Máurisson Magno; MARTINS, Georgines Rodrigues. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: a excessiva intervenção jurisdicional na garantia do Direito à saúde.** Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, v. 1, n. 4, 2022.

OLIVEIRA, Anuciação, Edmilson et al. Medicamentos de alto custo no brasil: uma análise sobre a judicialização da saúde pública. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE**, v. 5, n. 3, p. 241-241, 2019.

OLIVEIRA, Marcelle, P.S. **A efetividade do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.** 2021.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes et al. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **Saúde em Debate**, v. 39, p. 525-535, 2015.

SANTOS, Rafaela Rafaela Barbosa. **A judicialização do direito à saúde: o fornecimento do medicamento de alto custo Brentuximab e a atuação do poder judiciário em Guanambi-BA.** 2021.

STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/download/11591/11715>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

TOMÁS, Júlia. **O direito à saúde no pós-positivismo: uma interlocução entre as premissas teóricas e sua práxis.** Editora Dialética, 2022.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. **Nota técnica**, v. 28, p. 9, 2016.

Helmo Robério Ferreira de Meneses e outros

VITORINO, Caroline Paes. **Judicialização da Saúde no Brasil: Limites e Consequências da Intervenção do Judiciário.** 2020.

CAPÍTULO IV

AS TECNOLOGIAS VIRTUAIS NAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS: ESTUDO DE CASO

VIRTUAL TECHNOLOGIES IN CRIMINAL HEARINGS: CASE STUDY

Samuel Lopes de Araújo

Samuel Ilo Fernandes de Amorim¹

Helmo Robério Ferreira de Meneses²

Antônio Leandro Florentino Brito³

Wiliana Alsinete da Silva⁴

Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva⁵

José Ivo Ferreira de Souza⁶

José Cezário de Almeida⁷

Thiago Luís de Oliveira Albuquerque⁸

1 <https://orcid.org/0000-0002-3900-6309>

2 <https://orcid.org/0000-0001-9326-8548>

3 <https://orcid.org/0009-0004-6966-2894>

4 <https://orcid.org/0000-0002-5433-6648>

5 <https://orcid.org/0000-0002-8483-4488>

6 <https://orcid.org/0000-0001-8570-5525>

7 <https://orcid.org/0000-0001-8409-1242>

8 <https://orcid.org/0009-0009-8268-9131>

RESUMO

O acesso à justiça é um direito previsto na nossa Constituição Federal de 1988, sendo dever do Estado garantir este direito. Contudo, a pandemia do novo Coronavírus trouxe intensas consequências em todo o mundo. Diversos setores da economia precisaram se adaptar por causa do isolamento e, enquanto isso, muitas pessoas tiveram que definir como seriam direcionadas as suas iniciativas de sobrevivência, visto o momento difícil que afetou toda a sociedade. Em razão da pandemia, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editou a Resolução n. 329, de 30 de julho de 2020 que regulamentou e estabeleceu “critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020. Nesse sentido, o presente trabalho buscou analisar reflexos da prática das audiências virtuais criminais na cidade de Iguatu – Ceará. A pesquisa foi um estudo exploratório, descritivo com abordagem qualitativa e quantitativa. Para a coleta de dados, foi utilizado um formulário, composto por perguntas estruturadas e semiestruturadas, respondidos por 01 juiz, 01 promotor, 02 membros da defensoria pública e 04 advogados, totalizando 08 respondentes. Os dados foram obtidos via google formulários. Os resultados mostraram que as audiências virtuais são um instrumento que possui lugar e função garantida no desenvolver dos atos processuais nos tempos de hoje, pois, na visão dos juristas entrevistados permite: economia ao judiciário, celeridade, aumento de produtividade e aumento no número de processos. Contudo, é notório dizer que durante este Estado de emergência pandêmica as audiências virtuais trouxeram potencialidades e fragilidades. Porém, por outro lado, os indivíduos que não disponham dos recursos tecnológicos necessários para participar de tais atos podem estar sendo excluídos,

já que se constatou que a realidade econômica de diversas famílias não condiz com os mecanismos utilizados pelo Poder Judiciário. Além disso, os juristas analisados relataram problemas com a internet, como sendo a principal dificuldade. São inegáveis os esforços do Tribunal de Justiça na busca por legitimar os princípios processuais garantistas aproximados à realidade daqueles que recorrem à justiça a fim de não terem suas pretensões frustradas. Todavia, vê-se a necessidade de estudos futuros capazes de demonstrar a efetividade de audiências virtuais na justiça criminal como forma de promover maior celeridade aos processos.

Palavras-Chave: Audiências Virtuais. Direito. Acesso à Justiça. Tecnologia da Informação.

ABSTRACT

Access to justice is a right provided for in our Federal Constitution of 1988, and it is the duty of the State to guarantee this right. However, the pandemic of the new Coronavirus has brought intense consequences around the world. Several sectors of the economy had to adapt due to isolation and, meanwhile, many people had to define how their survival initiatives would be directed, given the difficult time that affected the whole of society. Due to the pandemic, the National Council of Justice - CNJ, edited Resolution n. 329, of July 30, 2020, which regulated and established "criteria for holding hearings and other procedural acts by videoconference, in criminal proceedings and criminal execution, during the state of public calamity, recognized by Federal Decree No. 06/2020. In this sense, the present work sought to analyze the benefits and difficulties of the Judiciary in virtual hearings in the city of Iguatu - Ceará. The research was an exploratory, descriptive study with a qualitative approach. For data collection, a form (ANNEX 1) was used, consisting of closed and open questions,

related to the research objective, which were answered by 01 judge, 01 prosecutor, 02 members of the public defender's office and 04 lawyers, totaling 08 respondents. The data were obtained through the application of a questionnaire via Whatsapp phone, via Google forms. For the selection of respondents, the selection criterion of accessibility that the researcher has with the research field was taken into account. The results showed that virtual hearings are an instrument that has a guaranteed place and function in the development of procedural acts in today's times, since, in the view of the jurists interviewed, it allows: savings for the judiciary, speed, increased productivity and an increase in the number of processes. However, it is notorious to say that during this pandemic state of emergency, virtual audiences had both positive and negative effects. However, on the other hand, individuals who do not have the necessary technological resources to participate in such acts may be being excluded, since it was found that the economic reality of several families does not match the mechanisms used by the Judiciary. In addition, the jurists analyzed reported problems with the internet as being the main difficulty. The study carried out is of relevant importance for the entire Brazilian society, contemplating and being useful to all its citizens, who enjoy the fundamental right of access to Justice in its fullest form, not limited to capacity and postulatory possibility.

Keywords: Virtual Audiences. Right. Access to justice. Information Technology.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia do novo Coronavírus trouxe intensas consequências em todo o mundo. Diversos setores da economia precisaram se adaptar por causa do isolamento e, enquanto isso, muitas pessoas tiveram que definir como seriam direcionadas as suas iniciativas de

sobrevivência, visto o momento difícil que afetou toda a sociedade (DIVERNO; PASSADOR; DI MARCO, 2020).

Nesse sentido, diversos setores aderiram ao home office (trabalho em casa), fazendo com que os colaboradores cumprissem com suas funções no regime de teletrabalho. Dentre esses setores, o âmbito judiciário precisou se adaptar rapidamente, uma vez que as atividades jurisdicionais não poderiam parar, sob pena de violar e comprometer os diversos direitos garantidos à população (KOPPE, 2021).

O acesso à justiça é um direito previsto na nossa Constituição Federal de 1988, sendo dever do Estado garantir este direito (BRASIL, 1988). Os direitos sociais, como o acesso à justiça, estão diretamente ligados com o direito de igualdade e é o que possibilita melhores condições aos mais fracos (COSTIN, 2021).

Vale destacar que o acesso à justiça enquanto dimensão processual, ou seja, o direito formal ao acesso à justiça, constitucionalmente consagrado pelo direito de ação, apesar de ser um direito material, está diretamente conexo aos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, não basta apenas a possibilidade de pleitear uma ação judicial, mas sim a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e justa (COSTIN, 2021).

Diante de tal contexto, a garantia de acesso à justiça, em especial, se transmutou grandemente para utilização da tecnologia como instrumento de conexão entre as partes conflitantes. Os impactos da evolução tecnológica na atuação jurisdicional e no processo judicial propriamente dito não são recentes (TEIXEIRA, 2021). No que tange ao uso de audiências por videoconferências, a sua origem se deu no Projeto de Lei 1.233, de 17 de junho de 1999, com propostas de alterações de dispositivos no Código de Processo Penal - CPP, possi-

bilitando a realização de interrogatórios e audiências à distância, por meios telemáticos (BRASIL, 1999).

A Lei n. 10.259 de 2001 denominada de Lei dos Juizados Especiais Federais, previu reuniões virtuais para as turmas de uniformização de jurisprudência. Algumas leis estaduais já previram também a implantação de videoconferências para interrogatórios e audiências de presos a distância, buscando sempre a celeridade processual (BRASIL, 2001). A Lei 11.419 de 2006, chamada de Lei do Processo Eletrônico, abriu espaço para o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicações de atos e transmissão de peças processuais (BRASIL, 2006). E igualmente a Lei 11.690 de 2008, que alterou o CPP trouxe a previsão da adoção da videoconferência (BRASIL, 2008). E logo em seguida, a Lei n. 11.900 de 2009 (BRASIL, 2009).

Isso mostra que o espaço para o uso das audiências por videoconferências já vinha sendo construído há muito tempo, sob a égide da Constituição de 1988. Com a pandemia, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), objetivando o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro, emitiu atos normativos a serem seguidos pelos tribunais, dentre estes se destacam as diretrizes prevendo a realização do teletrabalho e, conseqüentemente, a realização das audiências de maneira virtual (COSTA; COSTA, 2021). Ressalta-se que estas são meios de proporcionar, dentro de um sistema jurídico garantista, a razoável duração do processo, princípio consagrado na Constituição Federal de 1988.

Neste ínterim, destacam-se a Resolução n. 329, de 30 de julho de 2020 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que regulamentou e estabeleceu "critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo

Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia por Covid-19(C-NJ, 2020; TEIXEIRA, 2021).

Contudo, ainda é possível identificar diversos fatores que impedem a inserção da tecnologia plena na esfera processual identificada e, nessa perspectiva, as questões que envolvem a resistência construída ao redor da capacidade tecnológica de realizar atividades a distância que são, “teoricamente” unicamente presenciais, torna-se um parâmetro fundamental para a observação dos índices de produção e produtividade dos Tribunais. Ainda nesse âmbito, o aspecto arcaico baseado em algumas relações históricas, torna-se um fator decisivo para a articulação existente entre as atividades exercida pelos Magistrados e também pelas testemunhas, acusados etc.

É pertinente para a comunidade jurídica local, profissional e acadêmica ter conhecimento básico de como se encontram as práticas processuais em meio as tecnologias virtuais, sobretudo, revelando-se que existe essa necessidade premente de adequação ao modus do tempo atual, levantando questionamentos acerca do aprimoramento do acesso à justiça.

A necessidade de compreender o ônus e o bônus da Justiça Criminal nas audiências virtuais é de suma importância no contexto jurídico, sobretudo no município de Iguatu – CE, que atualmente conta com o trabalho de quatro varas em sua comarca; entender as dificuldades enfrentadas pelo Estado (juízes, promotores, defensores públicos), pelos advogados particulares e pelas partes vinculadas aos processos (autor e réu), no que tange ao acesso à informação, bem como as formas de realização das audiências por videoconferência e as dificuldades dos envolvidos, tendo em vista a questão socioeconômica de parte considerável destes, é imprescindível que haja uma análise desses fatores para estabelecer parâmetros, seja para constatar a

eficácia ou para encontrar formas de agregar ao judiciário (TEIXEIRA, 2021).

2. REFERÊNCIAL TEÓRICO

2.1 DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça e a lentidão nas resoluções de processos judiciais no cenário jurídico nacional tem sido palco de grandes debates nos últimos anos, visto que, por razões como essa, emerge a necessidade da desburocratização nos procedimentos do sistema processual, tornando assim, mais simples o acesso à justiça e a efetivação das decisões. Uma vez que os cidadãos buscam por soluções céleres e efetivas a respeito de seus conflitos, o que gera uma descrença quanto à efetividade do aparelho judicial do país como um instrumento eficaz.

A grande missão do processo atual é trazer resultados com significativa segurança. O verdadeiro progresso da teoria processual não diz mais respeito à evolução de si mesmo, senão da sua íntima ligação com a prestação da Justiça. Não existe mais que se falar em evolução da teoria processual sem que haja resultados para os litigantes (RODRIGUES, LAMY, 2018).

A desburocratização não visa a amputação de elementos do Estado, não é uma política de relativização jurisdicional, mas enseja apenas readequar os elementos que se mostram ultrapassados e ampliar os mecanismos que apresentam sucesso neste processo. É um olhar que garanta por meio da administração pública, a eficácia do propósito único do Estado, que é servir o seu usuário, seja ele um cidadão comum, uma empresa pequena, média ou grande, ou até pautas mais gerais que requerem orientação para satisfação da sociedade civil. Apesar das leis que garantem a celeridade processual,

existem entraves que impossibilitam essa agilidade, em muitos casos, principalmente quando se remete a legislação que regula a administração pública em geral, que desfavorece essa eficiência.

Segundo Hoffman (2005), é inaceitável que uma sociedade tão moderna, capaz de se comunicar de forma tão rápida com pessoas e outros lugares do mundo, seja portadora de altas tecnologias, e seja tão burocrática e lenta em relação aos seus processos judiciais, os quais possuem, em sua maioria, uma lei estabelecendo a duração razoável do andamento do processo, entretanto, na prática extrapola o tempo do que se considera justo.

Segundo os princípios de Cappelletti e Garty (1988) a expressão “acesso à justiça” define duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema deve ser igualmente acessível a todos e o sistema deve reproduzir efeitos individuais e socialmente justos. Nesse patamar, ao longo deste trabalho, verificou-se que existe também a igualdade no acesso à justiça para aqueles que possuem condições menos favoráveis, dando o direito à justiça gratuita, que é a isenção dos custos do processo e assistência jurídica integral gratuita, serviços estes oferecidos pela Defensoria Pública aos que comprovadamente não possuem recursos.

O princípio do acesso à justiça conhecido também como princípio da inafastabilidade da jurisdição, determina que a parte não pode ser afastada da jurisdição, ela tem o direito de ação, podendo ir até o judiciário para que ele aprecie o seu caso, como foi afirmado por Moraes (2003), ao definir que o fato da Constituição Federal reconhecer a todas as pessoas o direito a obter a tutela judicial efetiva por parte dos juízes ou Tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos não as desobriga ao cumprimento às condições da ação e dos pressupostos processuais legalmente estabelecidos.

Já segundo o princípio do direito à proteção judicial efetiva, a lide deve ser julgada à luz do princípio do devido processo legal e da garantia da ampla defesa e do contraditório. Ele se traduz no direito de ação em sentido amplo, além de a parte ir até o judiciário, de entrar com ação, ele tem o direito de receber uma resposta, ou seja, dar uma solução para o requerimento da parte.

2.2 DA INSERÇÃO DO MODO REMOTO NO ÂMBITO JURÍDICO

A crise no âmbito da saúde causada pelas consequências da pandemia do Covid-19 trouxe, em outros tantos sentidos, uma série de novas outras crises que envolvem diferentes matrizes em quase todos os setores da vida diária. No que se diz questão as esferas de trabalho, sejam estas públicas ou privadas, o determinado problema atingiu os sistemas de Justiça em escala alarmante. Nesse sentido e analisando esse tópico a nível global, Guimarães e Parchen (2020) relatam que a grande maioria dos países teve, como solução inicial, adiar suas atividades rotineiras em detrimento de procurar soluções tecnológicas adaptáveis com a justificativa de não paralisar o processo de casos urgentes.

O tempo das evoluções tecnológicas que se desenvolve na sociedade e há anos tem criado oportunidades de acesso a informações de forma mais veloz e assertiva através da internet torna o cidadão mais próximo das instâncias jurídicas. Para Magrani (2018), a internet, no tempo contemporâneo, é muito mais do que simplesmente um canal de entrega de e-mails eletrônicos ou de visualização de produtos em lojas on-line, para o autor, o acesso à internet é peça fundamental para a busca de conhecimento e uma ótima ferramenta no âmbito da automação de tarefas extenuantes.

Nessa conjuntura, as críticas associadas às diferenças existentes ao processo brasileiro no que se refere as atividades jurídicas realizadas de forma remota são de imprescindível relevância para este estudo. Dentre elas, a verificação de alguns pontos chave que tratam, em sua maioria, acerca da implantação do sistema eletrônico em quase todos os Estados da Federação. No que se refere as audiências judiciais, também se ressalta que o uso das ferramentas relativas a videoconferências para esse fim já está institucionalizado pelo Código de Processo Penal desde o ano de 2008.

É importante frisar que esse fenômeno, ainda que não seja relativamente novo, está sendo experimentado massivamente sem muito tempo efetivo de adaptação e que os problemas operacionais decorrentes desse fato podem levar a certa resistência em sua utilização.

Para esse ponto, o que há em comum às duas situações revelam desigualdades desmedidas no âmbito relacionado ao acesso aos equipamentos necessários e, numa situação ainda mais preocupante, se as audiências virtuais são suficientemente assertivas para garantir que o processo continue peremptório.

Dessa forma, a “nova presencialidade” dada através das videoconferências para as audiências judiciais leva a uma nova modalidade de perguntas, como, por exemplo: como os responsáveis pela Justiça brasileira estão percebendo a eficácia dessas ferramentas no ato de ouvir as testemunhas? Existem mudanças significativas no comportamento das pessoas ouvidas uma vez que elas não no ambiente forense, mas sim em suas próprias residências? Se identificada a mudança de comportamento, essas interferem do contraditório, da imediatidade e da oralidade?

Para esse tópico, é necessário adicionar outro elemento na equação que está sendo criada, compreendendo que, se por um lado já existia determinada urgência e exigência de celeridade nos processos judiciais, a exigência do isolamento coletivo deve ser avaliada unicamente quanto a este fato, uma vez que há indivíduos em situação carcerária e outros que seguem sofrendo violências cotidianas incrementadas pelo convívio doméstico forçado.

2.3 A UTILIZAÇÃO DAS VIDEOCONFERÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

Esse tópico se dedica a relatar sobre a criação e utilização dos processos tecnológicos dentro do processo penal brasileiro, tendo o enfoque principal as questões relativas as videoconferências.

Aqui, se entende que no período dos últimos trinta anos, com a introdução dos computadores e da internet a diversos setores de trabalho, modificando a utilização de alguns métodos e criando outros segmentos de trabalho, o processo jurídico também recebeu uma influência decisiva na adaptação de novos modelos, tanto na forma de peticionar e registrar os respectivos objetos tanto quanto para a criação de novas leis.

Com a justificativa de entender de forma mais didática o processo que se dava naquela no início da integração tecnológica, é possível comparar o modelo da época com àquele que se dá no presente momento e que foi citado anteriormente, isto é, com determinada resistência e problemas decorrentes ao primeiro uso. Nesse ponto é interessante ressaltar que boa parte da tecnologia utilizada naquela época cabia somente ao armazenamento de poucos arquivos institucionais como, ao exemplo, registro dos atos processuais.

Existem inúmeros argumentos que podem corroborar com aquilo que fora dito no parágrafo anterior, dentre eles, se pode citar primeiro interrogatório online escrito que aconteceu no dia 26 de abril de 1996 pelo Juiz estadual da 26ª Vara Criminal de São Paulo, Luiz Flávio Gomes. A metodologia utilizada pelo Juiz possui bastante similaridade à comunicação que se dá em aplicativos de mensagens de texto da atualidade. É possível acompanhar o mesmo através da seguinte citação de Nunes (1996, p. 10):

Aconteceu às 11h30 da manhã de sexta-feira: o Juiz Luiz Flávio Gomes, da 26ª Vara Criminal de São Paulo, interrogou Telmo Jovano da Costa, que respondeu da Casa de Detenção do Carandiru. No presídio, o réu, acompanhado de seu advogado, ouvia as perguntas que lhe eram lidas pelo digitador e respondia. No Fórum, o juiz ditava as perguntas na presença do promotor público. Pelo sistema concretizado, o juiz não vê o rosto (nem expressões corporais) de quem está sendo interrogado.

A existência da crítica, nesse caso específico, é trabalhada sobre a impossibilidade de delegar aos advogados a administração do ato conduzido, tendo que escolher estar presencialmente ao lado do juiz ou do acusado. Essa condição, nos moldes vistos, estaria ferindo a imediatidade, a oralidade e até mesmo a ampla defesa.

Dessa forma, é possível entender, sim, que o primeiro interrogatório online como um marco da integração tecnológica no processo penal brasileiro, mas este ainda não apresenta elementos suficientes para caracterizá-lo como uma videoconferência pois, como observado na determinada citação, não existiu a presença de áudio e vídeo.

Aqui, já é possível entender a internet como ferramenta essencial para gestão jurídica e/ou corporativa e, juntamente com o barateamento dos equipamentos de áudio e vídeo no mercado, o sistema de utilização desses instrumentos já estaria, ao nível técnico, organizado dentro dos tribunais.

Para esse fim, é possível utilizar de outros tópicos e regulamentações em lei que ressaltam as afirmações e particularidades específicas existentes dentro desse processo. Esses tópicos buscam revelar a caracterização deste processo a partir de condições pré-definidas para, logo depois, observá-las e analisá-las de forma crítica. Dessa forma, se pode tomar como um indicador de adaptação a tecnológica relativo ao ano em questão.

Para exemplificar, alguns Estados da Federação começaram a legislar a respeito da utilização de novas tecnologias alguns anos depois do determinado fato. Esses são os exemplos de São Paulo com a Lei Estadual nº 11.819/2005, a Paraíba com a Lei Estadual nº 7.177/2002 e o Rio de Janeiro com a Lei Estadual nº 4.554/2005.

Nesse momento e com a soma dos elementos de áudio, vídeo e regulamentação jurídica, os argumentos antes embasados em cima do elemento da inconstitucionalidade acabam por se tornar, de forma bastante simples, vazios. É importante ressaltar que essas medidas não são somente nacionais, mas acompanham um ritmo tecnológico mundial quanto à integração dos processos penais.

Nesse caso e analisando o modelo de videoconferência utilizado nos dias de hoje, os elementos de áudio e vídeo são transmitidos em tempo real, mantendo um diálogo que equivale em quase todas as medidas à presença física dos envolvidos. Se a logística da operação é boa, isto é, conta com uma boa conexão e equipamentos preparados para esse tipo de atividade, a conversa pode ser facilmente equiparada a uma conversa presencial e, dessa forma, não há mais como argumentar que os princípios da imediatidade ou oralidade estão sendo violados visto àquilo apontado nos parágrafos anteriores.

Através de uma segunda observação sobre a relação existente entre o modelo online citado e as videoconferências presente no

processo penal brasileiro é possível, ainda, encontrar inúmeras formas associadas a solução de problemas. Uma delas, colocada como bastante tradicional, acontecia indiretamente por conta da presença do advogado que não poderia acompanhar o certame de forma íntegra, tendo que escolher ficar presencialmente ao lado do acusado ou do juiz.

Essa instância, em sua totalidade, também acaba por ser resolvida através do § 5º do art. 185 do Código de Processo Penal, onde torna-se muito clara a exigência de dois advogados para que o ato seja validado complementando ainda que estes podem se comunicar através de um canal privado. Para Aras (2002. p. 116):

Presença virtual do acusado, em videoconferência, é uma presença real. O juiz o ouve e o vê, e vice-versa. A inquirição é direta e a interação, recíproca. No vetor temporal, o acusado e o seu julgador estão juntos, presentes na mesma unidade de tempo. A diferença entre ambos é meramente espacial. Mas a tecnologia supera tal deslocamento, fazendo com que os efeitos e a finalidade das duas espécies de comparecimento judicial sejam plenamente equiparados. Nada se perde. “Estar presente” a um ato é assisti-lo no tempo presente, que é o tempo atual, do momento em que se fala. Então, o réu que comparece eletronicamente a uma audiência judicial, realmente a presença. Em suma, está presente a ela. A ideia subjacente ao verbo “presenciar” tem conotação temporal, e não espacial. Logo, é inteiramente possível estar presente a uma solenidade, sem ir ao local onde ela se realiza. Basta que se assista ao ato no momento atual, com possibilidade de interação

A preocupação com as questões sanitárias envolvidas na pandemia do COVID-19 fez com que o isolamento social passasse a ser fomentada como regra, aumentando ainda mais a utilização de tecnologias de comunicação nos mais diversos setores do mercado de trabalho. Como já citado, o âmbito jurídico não foi exceção e a Justiça Criminal acabou por promover um incentivo em massa dessas mesmas tecnologias, principalmente das videoconferências. A justificativa, que também acaba por virar uma necessidade, era evitar ao máximo

possível a transmissão do vírus por contato físico e/ou aglomeração de pessoas num mesmo ambiente.

A outra via, que é aquela que trabalha sobre a latente necessidade de que as instituições deveriam seguir prestando jurisdição, principalmente nos casos mais urgentes fez com que o Conselho Nacional de Justiça modificasse uma série de Portarias e Resoluções bem como a publicação de novas Recomendações ao uso de videoconferências. Ao exemplo, podem ser citadas as Portarias nº 53, nº 58 e nº 62 do CNJ bem como as Resoluções nº 62, nº 313 e nº 329 do mesmo órgão.

Nessa instância, é possível salientar a preocupação dos Tribunais frente as dificuldades enfrentadas pela sociedade brasileira naquele momento, pontuando assertivamente sobre a pandemia do COVID e também de suas configurações primárias junto a funcionalidade do mercado de trabalho.

Aqui, é verossímil a postura entre as ações brasileiras para contingência de propagação do vírus frente a de outros países. É possível dizer, inclusive, que a eliminação/diminuição de atividades presenciais e as medidas regulamentadas em lei para que essas acontecessem de forma institucional foram, de uma forma básica, eficazes.

Este pensamento, por sua vez, é configurado junto a garantia dos princípios constitucionais em suas respectivas organizações, que, por sua vez, tem como resultado a progressiva eliminação de inconstitucionalidades e visando a latente necessidade de se assegurar a participação do réu na integralidade da audiência ou ato processual, inclusive com canal privativo para comunicação entre a defesa e o réu, preso ou solto, previamente e durante a audiência.

Aqui é importante ressaltar também o detalhamento que tem como justificativa integra as garantias do réu migrante ou visitante,

com menções feitas nas Resoluções citadas à assistência consular e presença de tradutor ou intérprete. Dessa forma, entende-se que tudo aquilo que se garante aos réus no plano físico seja igualmente assegurado no plano virtual, como condição principal de validade dos processos realizados.

No que tange as questões técnicas, o CNJ preocupa-se em firmar como garantia do acusado, a necessidade de se prevenir problemas de informação e da conexão. No caso, havendo a existência de problemas técnicos não superados por eventual contato da serventia dos profissionais, por telefone ou que resolva os casos de queda de sinal durante a escuta, o Juiz deverá ouvir as ambas as partes envolvidas no processo e avaliar a continuidade ou seu adiamento. Nesse ponto se estabelece como regra jurídica que não poderão ser interpretadas em prejuízo das partes eventuais falhas de conexão de internet ou dos equipamentos de áudio e vídeo durante as audiências.

Nessa parte do entendimento, ainda que sejam extremamente positivas em outros âmbitos, o CNJ segue vedando a utilização da videoconferência para as audiências com caráter de custódia, inclusive ampliando essa orientação para os depoimentos de crianças, adolescentes e mulheres vítimas ou testemunhas de violência, uma vez não sendo possível assegurar um processo íntegro e livre de interferências por conta do isolamento doméstico.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

3.1 Tipo de Pesquisa

Trata-se de um estudo de caso com abordagem qualitativa e quantitativa, ancorado em uma pesquisa exploratória, descritiva e bibliográfica. Para Gil (2011), respectivamente, as pesquisas explorató-

ria e descritiva buscam levantar informações sobre um determinado objeto, delimitando assim um campo de trabalho e descrever as características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações de variáveis através de alguns instrumentos de coletas de dados.

Já a pesquisa qualitativa, é o tipo de pesquisa que mais consegue penetrar nos fenômenos sociais, e se caracteriza segundo Richardson (2011, p. 90), “como uma tentativa de uma compreensão detalhada dos significados e características situacionais apresentadas pelos entrevistados”, como: sentimentos, valores, atitudes, comportamentos e percepções.

Segundo Malhotra et al., (2006, p. 66) é preciso efetuar pesquisas qualitativas para que se possa compreender o problema, pois este tipo de pesquisa apresenta uma forma não-estruturada, que permite interpretar a subjetividade do sujeito, que tem uma relação com a realidade.

Segundo Lakatos e Marconi (2009) utiliza-se a pesquisa de estudo de caso com o propósito de buscar informações e conhecimentos a respeito de um problema, para o qual se busca uma resposta, ou de uma hipótese, que se queira comprovar, ou descobrir novos fenômenos ou as relações entre eles.

3.2 Localização da área de estudo

O estudo foi realizado no município de Iguatu - CE, que fica localizada na Região Centro-Sul do Estado do Ceará, configura-se como o principal polo econômico da região. Sua população segundo o IBGE (2022) é estimada em 103.633 habitantes.

Abaixo destaca-se a figura 1, com a localização do município de Iguatu - CE.

Figura 1: Localização do Município de Iguatu - CE.



No município de Iguatu - CE, atualmente conta com o trabalho de quatro varas em sua comarca.

3.3 Procedimento de coleta de dados

Para a aplicação dos formulários, foi feito o contato com os participantes, explicando os objetivos do estudo e convidando-os a participarem.

Para a coleta de dados, foi utilizado um formulário (ANEXO 1) composto por perguntas estruturadas e semiestruturadas, respondidas por 01 juiz, 01 promotor, 02 membros da defensoria pública e 04 advogados, totalizando 08 respondentes. Os dados, foram obtidos através de aplicação de formulário, através via Google formulários. Para as a seleção dos entrevistados, foi levado em con-

sideração o critério a acessibilidade que o pesquisador possui com o campo de pesquisa. O entrevistador teve cautela durante aplicação dos formulários para que não ocorresse a invasão de privacidade. Além disso, foi mantido o anonimato dos entrevistados.

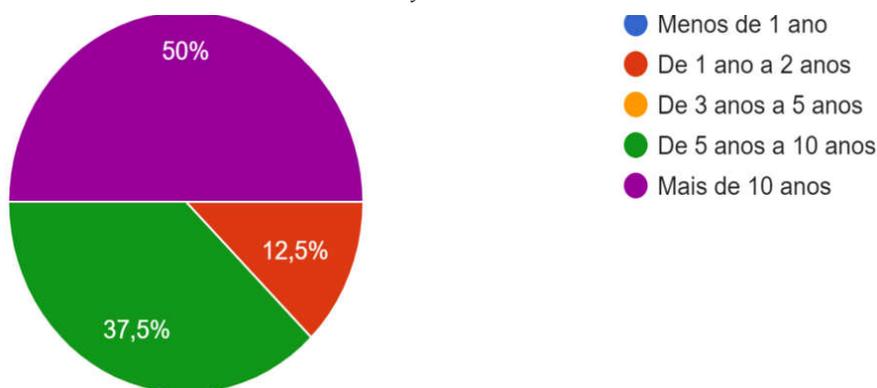
3.4 Análise de dados

Os dados coletados foram armazenados e manipulados em planilhas eletrônicas do *software Excel (Microsoft Office®)*, o que permitiu um maior controle e domínio do conjunto de dados. Para as análises quantitativa, utilizou-se respectivamente a estatística descritiva e a análise de conteúdo de Bardin, a fim de interpretar os significados das falas dos sujeitos, a partir de uma pré-análise, codificação e categorizações. Em seguida, os resultados encontrados foram demonstrados através de gráficos e tabelas para um melhor entendimento.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O primeiro quesito avaliado foi o tempo de atuação no judiciário destacado no gráfico 1 abaixo:

Gráfico 1: Distribuição dos Praticantes em relação ao tempo de atuação no Judiciário



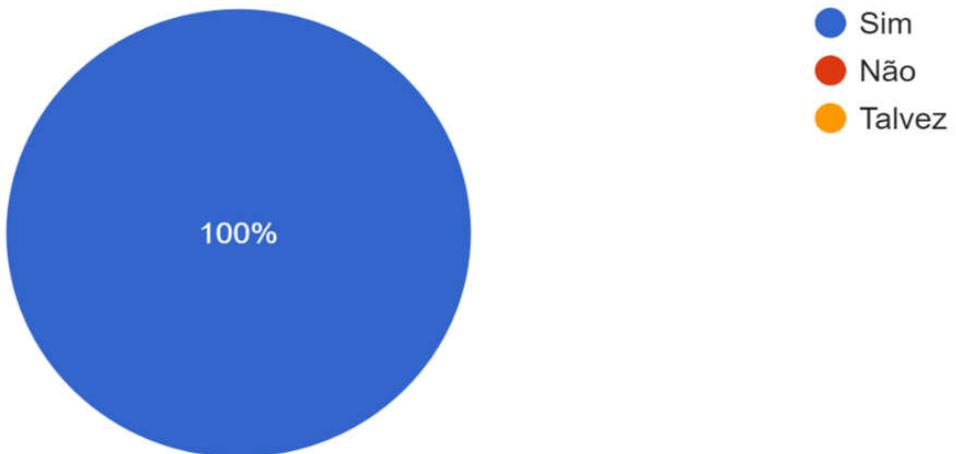
Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

Os resultados mostram que se trata de um grupo com bastante experiência, onde 50% atuam há mais de 10 anos, 37,5% de 5 a 10 anos e apenas 12,5% de 1 a 2 anos. Em suma, o tempo de atuação pode ser traduzida como a trajetória de um indivíduo no seu mercado de trabalho. Algumas vivências e experiências só serão aprendidas no decorrer dos anos com a prática profissional.

Nesse sentido, o grupo analisado se trata de profissionais com uma alta bagagem de conhecimento, adquirida ao longo da suas experiências profissionais no judiciário.

No gráfico 2 é destacado o auxílio das tecnologias da informação nos processos judiciais:

Gráfico 2: Distribuição dos Praticantes em relação se as tecnologias da informação têm auxiliado os processos judiciais



Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

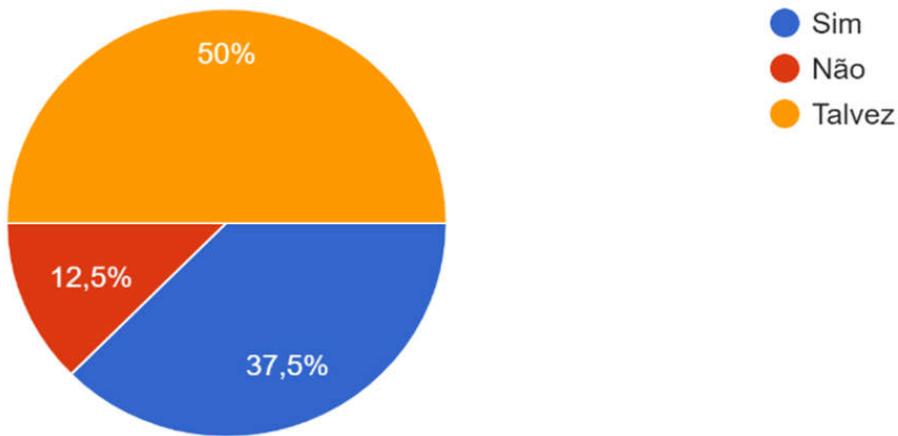
Todos os participantes do estudo assinalaram sim, ou seja, as tecnologias da informação têm auxiliado os processos judiciais. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, desde o início da sua história (EC n. 45 de 2004), apostou na promoção das tecnologias da informação, visualizando ser esse um dos instrumentos principais para o enfrentamento do volume grande de demandas que chegam anualmente

ao Judiciário. Em 2013, o CNJ aprovou a Resolução de n. 185, que trouxe o PJe como sistema nacional de processamento de informações e de prática de atos processuais. Nesse sistema, estão estabelecidos os parâmetros para a implementação e o funcionamento do PJe. Atualmente, o sistema alcança mais de 80% dos tribunais brasileiros (CNJ, 2020).

Vale mencionar que o desenvolvimento da tecnologia, em que se tornou popular o uso da internet, trouxe inúmeras modificações nas relações pessoais e comerciais ao redor do mundo, de modo que o seu impacto também foi sentido na área jurídica, como se evidencia pela digitalização dos processos judiciais (lei 11.419/06) com possibilidade de prática de atos processuais de forma virtual (audiências e sessões de julgamento), pelos sistemas de consulta processual, de pesquisa avançada de jurisprudência, pelo surgimento dos programas de gestão de processos, de contratos e de biblioteca digital (como o Sophia utilizado pelo TJRJ), e de outras plataformas desenvolvidas pelas empresas de soluções tecnológicas, como as startups denominadas legaltech (termo inglês que conjuga direito e tecnologia), e recentemente a utilização das ferramentas de inteligência artificial para automatização das tarefas simples, rotineiras e repetitivas, como forma de agilizar os expedientes forenses, da administração pública e dos escritórios de advocacia, conferindo maior celeridade e eficiência aos processos (CARNEIRO, 2021).

No gráfico 3 relata se houve aumento no número de processos:

Gráfico 3: Distribuição dos Praticantes em relação se com as audiências virtuais houve aumento no número de processos



Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

A maioria 50% acredita que talvez, 37,5% acredita que sim e apenas 12,5% assinalou não. Segundo dados do CNJ (2022), o ano de 2022 terminou com cerca de 62 milhões de ações judiciais que estão em andamento, que é a diferença dos 77 milhões de processos em tramitação e os 15,3 milhões 19,8%, sobrestados ou arquivos provisórios, aguardando a devida definição jurídica. Com exceção da justiça Eleitoral, houve uma elevação do acervo processual em todos os segmentos da Justiça no ano de 2021 em relação a 2020. Já na Justiça Estadual, o crescimento foi cerca de 1 milhão de processos o que correspondeu a 1,7% enquanto na Justiça Federal, foi de 881,7 mil processos que correspondeu a 9,5%.

De maneira inédita, o relatório da Justiça em Números do CNJ apresenta que em 2022 a informatização dos tribunais trouxe uma agilidade maior. Os processos eletrônicos em 2021, representaram um pouco mais de 80% das ações em tramitação e quase 90% dos casos baixados. DA totalidade dos 90 órgãos do Judiciário, 44 integralmente aderiram ao Juízo 100% Digital, abrangendo 67,7% das serventias judiciais (CNJ, 2022).

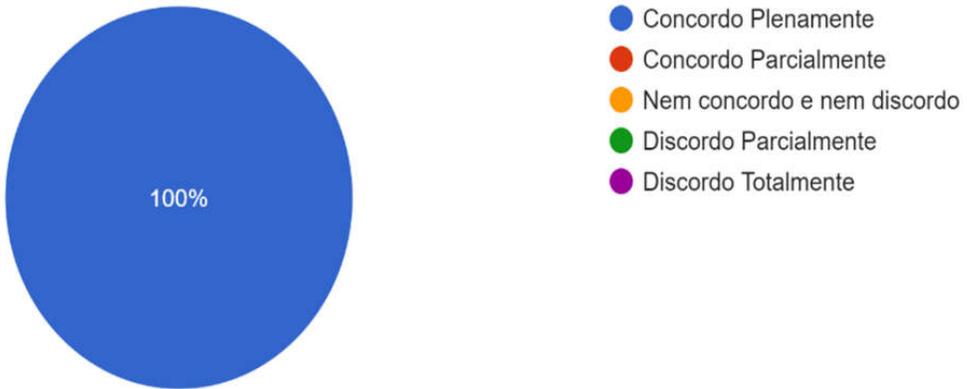
Nessas unidades citadas, todos os atos processuais, podem ser praticados através remoto e eletrônico, inclusive sessões de julgamento e audiências. Segundo ainda CNJ (2022), os processos eletrônicos proporcionam redução média de 3 anos e 4 meses no tempo da tramitação, o que pode representar quase um terço dos prazos registrados em relação aos processos físicos, que podem girarem torno de 9 anos e 9 meses.

Quando falamos no Índice de Produtividade de Magistrados (IPM) esse cresceu em 2021 cerca de 11,6%. O IPM é calculado levando em conta a relação entre os volumes de casos baixados e os números de juízes(as) que atuaram durante aquele ano de jurisdição. De acordo com o levantamento, a produtividade foi de 1.588 processos baixados por magistrado, o que equivaleu a uma média de 6,3 casos solucionados por dia útil/ano, sem descontar os períodos de férias e de recessos.

Em relação à carga de trabalho líquida, quando é desconsiderado os processos suspensos, sobrestados ou arquivo provisório como parte do acervo da magistratura, se verificou um crescimento de 4%. No Índice de Produtividade dos Servidores (IPS-Jud) apresentou crescimento de 13,3%. Já para os servidores que atuam na área do judiciário, a carga de trabalho teve crescimento em 6,4%, totalizando 543 processos por pessoa. Os dados de 2022 se mostram positivos.

No gráfico 4 é destacado se as audiências virtuais promovem economia ao judiciário:

Gráfico 4: Distribuição dos Praticantes em relação se as audiências virtuais promovem economia ao judiciário

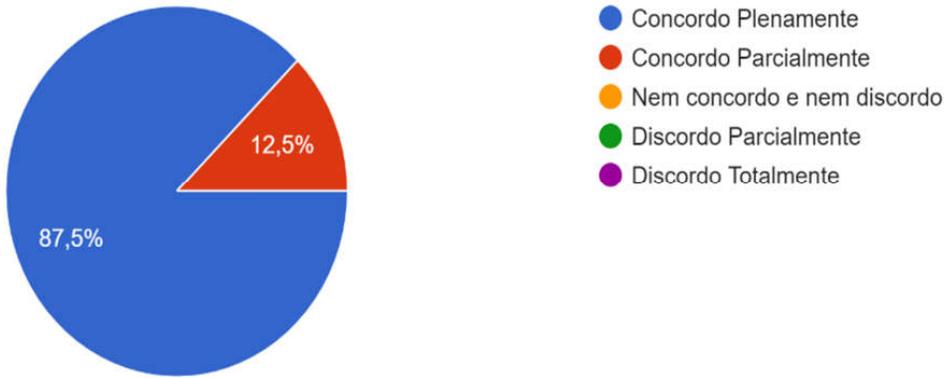


Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

O gráfico mostra que todos os participantes concordam plenamente que as audiências virtuais promovem economia ao judiciário. Os dados mostram que às despesas totais do Poder Judiciário em 2021, segundo Relatório Justiça em Números informa, CNJ (2022) a soma de R\$ 103,9 bilhões, com redução de R\$ 6,2 milhões. A cifra equivale à uma queda de 5,6% em relação ao ano 2020. As reduções das despesas com pessoal, de 6,7%, e nas despesas de capital, com uma redução de 2,4%, foram os fatores de maior impacto para o resultado. Com relação as outras despesas correntes registraram aumento de 10,8%, provavelmente em razão da retomada de alguns serviços presenciais. Os valores gastos no ano de 2021, desconsiderando a inflação, foram parecidos com os registrados em 2014.

No gráfico 5 é demonstrado se as audiências virtuais promovem celeridade processual na visão dos participantes.

Gráfico 5: Distribuição dos Praticantes em relação se as audiências virtuais promovem celeridade processual



Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

A grande maioria dos participantes 87,5% concorda plenamente com a afirmação que as audiências virtuais promovem celeridade processual e 12,5% concorda parcialmente.

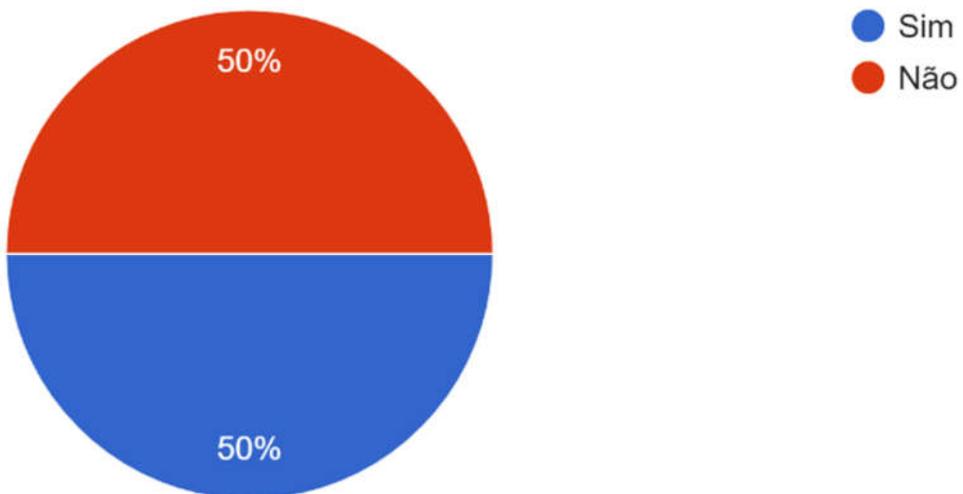
Deste modo, as novas ferramentas tecnológicas utilizadas em prol da celeridade processual podem ser compreendidas como uma nova “onda” reformadora para buscar garantia o acesso à justiça, atendendo ao comando contido no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que assegura a todos, no âmbito administrativo e judicial, a razoável duração do processo e os meios que também garantam a celeridade de sua tramitação, dentre eles estão as modernas ferramentas tecnológicas como as tecnologias da informação por meio da qual podem ser obtidos certos resultados sem precisar programar um sistema manualmente, com aplicação do machine learning que possibilita ao sistema tomar decisões a partir de certos algoritmos que fazem análise dos dados, os quais precisam estar bem organizados e formatados para assim evitar passar informações erradas ao sistemas de informações na fase de processamento.

Como explicitado por Andrade et al., (2020) é importante que os mecanismos virtuais sejam implementados na esfera jurídica, em razão de promover a celeridade, economia de tempo, garantindo assim a integridade do Princípio da Razoável Duração do Processo e do Acesso à Justiça.

Além disso, o uso de *Lawtechs* pelo Poder Judiciário, propicia uma aproximação desta instituição com a realidade da sociedade. Todavia, se ressalta, que o uso das tecnologias da informação será cada vez mais presente no cotidiano jurídico, demandará conseqüentemente, a capacitação e adequação dos juristas para os caminhos novos que a Tecnologia da Informação delineará (ANDRADE et al., 2020).

No gráfico 6, relata se os participantes sentiram alguma dificuldade:

Gráfico 6: Distribuição dos Praticantes em relação se sentiu alguma dificuldade nas audiências virtuais



Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

O resultado ficou dividido, onde 50% afirmaram sim e 50% não. Abaixo destaca algumas falas sobre quais dificuldades:

Qualidade ruim da internet (Participante 3).

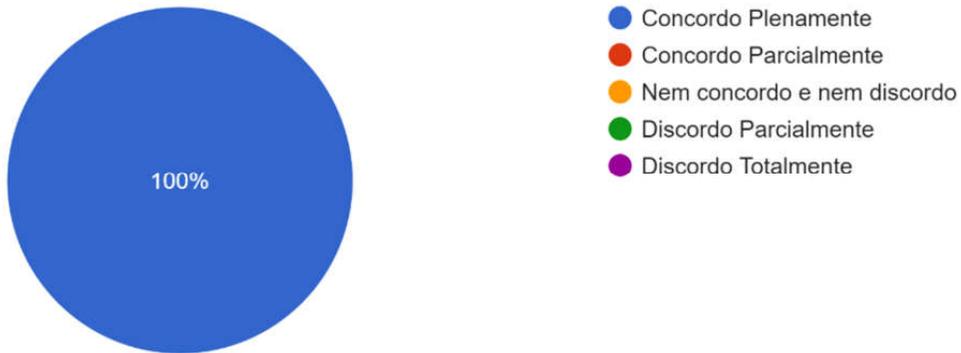
O acesso de algumas partes, por questões de exclusão digital (Participante 5)

Instalação dos programas (Participante 7)

O participante 3 citou a internet. Já participante 5 destacou a questão da exclusão social. E o participante 7 destacou a instalação dos programas. Esses pontos serão discutidos mais à frente.

O gráfico 7, destaca o aumento da produtividade nas audiências virtuais.

Gráfico 7: Distribuição dos Praticantes em relação se as audiências virtuais promovem aumento de produtividade

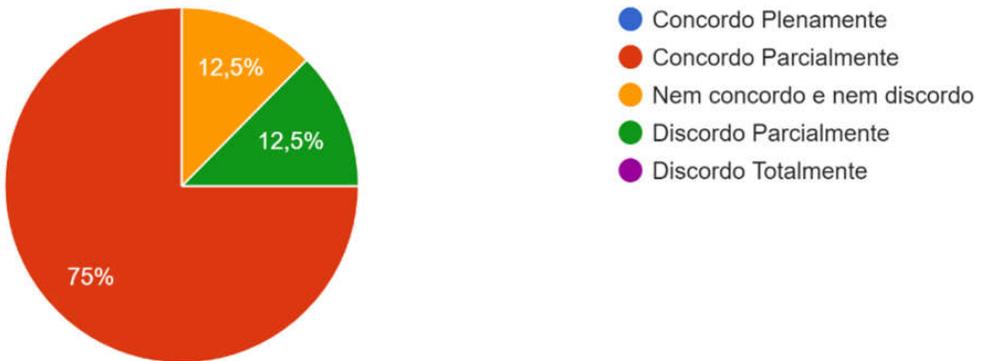


Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

Todos os respondentes concordam plenamente que audiências virtuais promovem aumento de produtividade, como já foi mencionado o número de processos nas varas de quase todo o Brasil aumentou com as audiências virtuais.

O gráfico 8 mostra a distribuição dos Praticantes em relação se houve dificuldade de acesso à internet nas audiências virtuais:

Gráfico 8: Distribuição dos Praticantes em relação se houve dificuldade de acesso à internet nas audiências virtuais

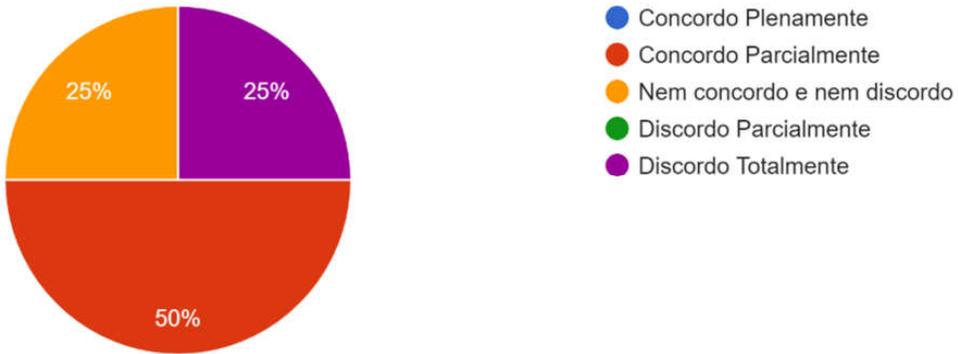


Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

A maioria dos juristas 75% concordam parcialmente, ou seja, relatam um pouco de dificuldade com a internet, 12,5% nem concordam e nem discordam e 12,5% discordam parcialmente. Vale destacar que está sendo implantado no Brasil, a tecnologia 5G, que promete melhorar a nossa internet em 20 vezes. Isso significa que o tempo entre um comando, sua transmissão e seu resultado ficaram ainda menor e mais estável, garantindo seu uso em tarefas nas quais microssegundos fazem a diferença.

No gráfico 9 é destacado a questão da dificuldade de acesso nas Plataformas recomendadas pelo tribunal nas audiências virtuais:

Gráfico 9: Distribuição dos Praticantes em relação se houve dificuldade de acesso nas Plataformas recomendadas pelo tribunal nas audiências virtuais

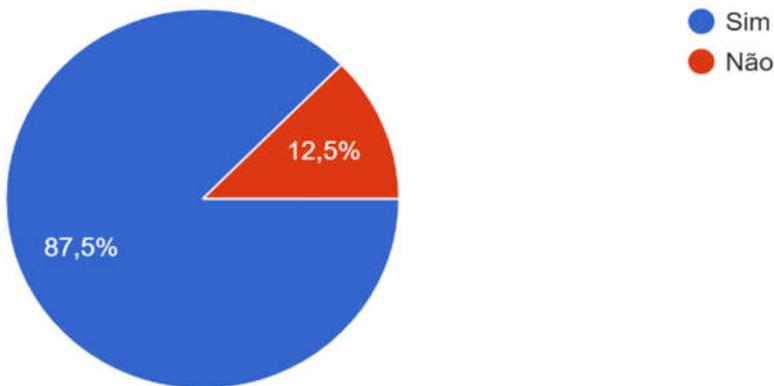


Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

No gráfico mostra que a maioria 50% sentiu alguma dificuldade, pois assinalou concordo parcialmente, 25% nem concorda e nem discorda e 25% discorda totalmente. Por se tratar de algo novo, é normal os profissionais sentirem um pouco de dificuldade no acesso as plataformas, contudo com o uso contínuo essas dificuldades acabaram sendo superadas.

O gráfico 10 tratou das necessidades de investimento para audiência virtuais:

Gráfico 10: Distribuição dos Praticantes em relação se houve necessidade de investimento em equipamentos (câmera, microfone e etc).

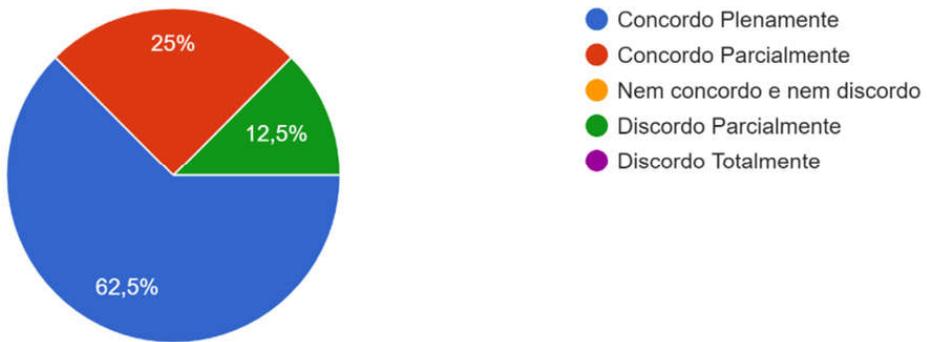


Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

A grande maioria 87,5% assinalou sim, ou seja, realizaram algum investimento e apenas 12,5% assinalaram não. Dentre esses investimentos destaca-se o uso de câmeras e microfones com alta qualidade de imagem e som, que fazem uma grande diferença nas audiências virtuais.

O gráfico 11 trata da questão social no acesso à tecnologia:

Gráfico 11: Distribuição dos Praticantes em relação se na sua visão a questão social dificulta o acesso à tecnologia



Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

A maioria 62,5% dos participantes concorda plenamente que a questão social dificulta o acesso à tecnologia, 25% concordam parcialmente e apenas 12,5% discordam parcialmente.

Susskind (2019) coloca acerca da exclusão digital quando analisa as vantagens das Cortes que ocorrem de forma Online, coloca que esse é o único caminho para o sistema judicial e, portanto, para a justiça for por meio da tecnologia, tendo o devido cuidado para não excluir todos aqueles que não usam tecnologia ou não podem fazê-lo com eficiência.

Já Siqueira; Lara e Lima (2020) destaca a importância de um olhar ampliado para a questão, haja vista o alerta tecido de que não

bastam a manutenção de serviços paralelos online, estruturas físicas tradicionais, na medida em que possivelmente os excluídos digitalmente encontram dificuldades de acesso à justiça, independentemente da tecnologia.

Quando questionados sobre os benefícios que as audiências virtuais trouxeram para o judiciário e população, as repostas foram:

Acesso à população (Participante 1).

Economia processual e Celeridade (Participante 2).

Celeridade nos processos e economia de tempo e investimento de deslocamento (Participante 3).

Celeridade e eficiência (Participante 4).

Economia de tempo e dinheiro (Participante 5).

Celeridade (Participante 6).

1. A virtualização dos processos permitiu que a prestação jurisdicional não sofresse solução de continuidade, mesmo diante de uma severa crise sanitária e destruição completa do prédio do TJCE por incêndio.

2. Possibilidade de trabalhar remotamente e de forma quase simultânea em várias unidades jurisdicionais e em sistemas processuais diversos.

3. Otimização do tempo de tramitação processual, aumento da produtividade e considerável redução dos custos nos mais diversos matizes em que se possa individualmente analisar. Nesse último ponto, cito como exemplo a agilidade no cumprimento de mandados por e-mail ou telefone e a dispensa da arriscada e onerosa escolta de presos para audiências.

4. Para além das audiências virtuais, o processo virtual proporcionou inúmeros ganhos. Superada eventual barreira tecnológica, o advogado ou jurisdicionado tem o acesso ao

conteúdo e ao andamento do seu processo de forma imediata, integral, gratuita e em qualquer horário. Há, por exemplo, muito mais segurança jurídica com os atos praticados mediante certificação digital suplantando as assinaturas em formato físico (Participante 8).

O respondente 1, destaca a questão do acesso a população enquanto benefício das audiências virtuais. Para Teixeira (2021) por meio da videoconferência houve a possibilidade de qualquer indivíduo com acesso à internet participar das audiências, propiciando, uma amplitude do acesso à justiça. Colaborando Cappelletti (1988, p.169) coloca que o acesso à justiça como bem exige “garanta um sistema que seja acessível a todos, por igual que produza resultados individuais de forma justa”.

Já os respondentes 2 e 6 colocam a celeridade como benefício das audiências virtuais. A busca pela célere e a efetiva prestação jurisdicional se encontra consubstanciada na Constituição de 1988, com efeito, o art. 5, LXXVIII, da estabelecendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

As audiências feitas por intermédio da videoconferência procuram tornar efetiva e célere a prestação jurisdicional. Não há que se falar em afrontar aos princípios da ampla defesa e da publicidade, uma vez que os acusados, nos interrogatórios tem contato direto e irrestrito com os magistrados e com o seu advogado, sendo a publicidade garantida mediante as tecnologias. A obrigatoriedade da presença de um defensor, bem como a sua prévia e reservada entrevista enquanto o réu, elide o argumento das possíveis pressões externas que possam macular a autodefesa e o calor probatório do ato. Ademais, o réu pode sofrer as pressões mesmo na presença de um juiz, em virtude de anterior ameaça (MARSOLA et al., 2020).

Nos moldes de Pereira (2020) o ganho maior está na diminuição da morosidade dos processos, pois é de conhecimento que muito tempo é perdido quando se faz necessário a escuta de testemunhas nas Comarca distantes da que tramita o feito, já que a carta precatória demora uma média de seis a doze meses para ser cumprida.

Nesse sentido, Monteiro (2020) explicita de forma clara a respeito da viabilidade das audiências virtuais, mas frisando que esta instrumentalização não deve ser algo imposto às partes, cabendo a elas decidirem em comum acordo a respeito da realização do ato de maneira online.

Já em relação as principais dificuldades na sua visão das audiências virtuais, as repostas foram:

Péssima Internet das pessoas carentes (Participante 1).

Acesso aos meios tecnológicos pelas partes (Participante 2).

Celeridade e comodidade e economia (Participante 3).

Oscilação do servo de internet (Participante 4).

Qualidade ruim do sinal de internet e dificuldade de garantir coleta de depoimentos sem interferências (Participante 5).

Instabilidade na conexão pode atrapalhar o andamento da audiência e a dificuldade de algumas partes, e até mesmo Advogados, em manejar o sistema (Participante 6).

Internet (Participante 7).

1. Possibilitar o acesso aos que sofrem de exclusão digital

2. Em algumas circunstâncias, a compreensão do que é dito na audiência virtual pode ficar comprometida pela qualidade da internet ou do equipamento que servirá para captação e transmissão do som e imagem. Felizmente, esses casos são diminutos e isolados.
3. Há um certo esgotamento mental após o uso excessivo de tela luminosa e fones de ouvido.
4. Controlar o ambiente em que os participantes se encontram, quebrando a liturgia processual e dificultando a eventual percepção de uma fraude como, por exemplo, de uma testemunha que esteja sendo induzida ou ameaçada (Participante 8).

Dentre as falas destaca-se os problemas com a internet que segundo Marsola et al., (2020) a infraestrutura deficiente da Internet foi o principal problema apontado entre os juristas, especialmente com referência às dificuldades da conexão à Internet e das quedas no fornecimento de energia. Os autores destacam ao se instalar o PJe de maneira obrigatória, sem que exista no Brasil capacidade instalada de Internet e um 4G absolutamente confiável, se está, com isso, alijando os advogados do peticionamento online. É necessário estrutura para trabalhar de maneira eletrônica, sob a pena de se negar o acesso à Justiça a milhares de cidadãos.

Há um Informativo de Jurisprudência nº 428 do TJDFRJ que tem servido enquanto base para outras decisões de casos que envolvam a ausência, como também pedidos de cancelamento de audiência. No Informativo há a previsão de que a realização da audiência está condicionada à capacidade material e também técnica das partes. Desse modo, o sujeito que não disponha dos meios tecnológicos não pode ser penalizado por isso (COSTA, 2021).

O último questionamento foi se os juristas prefeririam as audiências presenciais ou virtuais e por que?

Virtuais (Participante 1).

Presenciais (Participante 2).

Virtuais (Participante 3).

Virtuais. Ganho de tempo e economia financeira com deslocam e indumentária (Participante 4).

Virtuais, pois conferem agilidade ao processo (Participante 5).

Virtuais. Pela economia já citada acima. Mas destaco que depende da natureza da audiência (Participante 6).

Júri - presencial, Todos os outros - remoto (Participante 7).

Virtuais. As vantagens são tantas e de tão maior densidade que as dificuldades podem ser classificadas como óbices superáveis (Participante 8).

Os resultados mostram que os juristas preferem as audiências virtuais, contudo alguns relatam que o Júri prefere presencial. Para Zalewski (2022) todos aqueles que atuam na esfera criminal, o momento do Júri é algo único. Os dias que antecedem são de enorme nervosismo para os advogados, sentimento ímpar que de maneira genial foi descrito como “estado de Júri” por Evandro Lins e Silva, na sua obra “A Defesa tem a Palavra” (SILVA, 2006).

Os advogados sabem que tem pouco tempo para manejar a sua tese defensiva, desdizer tudo aquilo que até então foi posto pela parte acusatória, e as vezes tentar lutar contra uma posição condenatória que já foi formada pelo Conselho de Sentença por causa de toda a influência midiática que pode algumas vezes ocorrer previamente ao julgamento (SILVA, 2006).

Porém, cabe aos advogados, e tão somente a eles o dever de defender o réu com toda sua inteligência, persuasão, conhecimento dos fatos, e, principalmente, com aquele brilho no olhar que só quem está em frente ao Júri defendendo um inocente pode ter.

A vibração, entusiasmo e coragem fazem parte da oratória defensiva, como bem lembra Silva (2006, p. 141) “Ninguém ouviu uma grande defesa sem a vibração, o calor, entusiasmo, arrebatamento do advogado. Defesa sem vigor, sem ardente dedicação, sem o sentimento, é defesa fria, sem vida, fadada ao insucesso, defesa do perdedor de causas”. Mas devemos sempre lembrar que o mesmo autor também ensinou que “Não é preciso defender “bonito”, é preciso defender útil”. Nesse sentido, o júri para os advogados seria melhor presencial do que virtual.

Desse modo, podemos inferir nos tribunais onde a ferramenta das audiências virtuais já é realidade, destaca-se a otimização da prestação jurisdicional, como no TJDFT onde a tecnologia da informação tem sido utilizada na Vara de Execuções Fiscais – VEF, onde foi instituído o Projeto Hórus, que trouxe resultados velozes e efetivos ao cadastramento de processos digitalizados, integrou a digitalização dos processos físicos com o PJe e viabilizou as movimentações processuais no sistema judicial legado, como também os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, onde foi possível classificar os procedimentos novos através do processo de aprendizado da máquina (machine learning).

Em outros países da América do Sul a utilização de sistemas de informação e das audiências virtuais já é uma realidade também, como na Argentina e Colômbia que utilizam com êxito um sistema denominado PROMETEA que trouxe benefícios como a redução do tempo na prática dos expedientes simples, rotineiros e repetitivos com taxa alta de sucesso e reduzida taxa de erros.

Portanto, as modernas ferramentas tecnológicas precisam ser exploradas pelos profissionais do direito nos seus escritórios, tribunais e pela administração pública, com a finalidade de reduzir o tempo empreendido nas tarefas simples e repetitivas otimizando o tempo para as atividades mais complexas.

No tocante ao judiciário a utilização de ferramentas pode trazer um incremento na prestação jurisdicional o que acaba por efetivar o acesso à justiça, e no tocante a administração pública a otimização das atividades desenvolvidas acaba por realizar o postulado da eficiência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Cada vez mais tem se mostrado necessário falar e estudar a respeito do uso da tecnologia da informação nos mais variados segmentos da sociedade. Com o poder judiciário não poderia ser diferente, tendo em vista a maneira como os atos processuais vêm sendo conduzidos nos últimos tempos no Brasil principalmente após a pandemia da Covid-19, que trouxe impacto em todos os setores da sociedade.

Dentre os reflexos que as audiências virtuais trouxeram foi possível verificar a importância e ascensão que se tem dado a tecnologia da informação atrelada ao Poder Judiciário para a maximização dos resultados no menor tempo possível, com a finalidade de aperfeiçoar a prestação jurisdicional ofertada.

Vale ressaltar que as audiências virtuais que já eram previstas no Código de Processo Civil, contudo era utilizada somente em ocasiões específicas e que agora teve grande importância para o andamento dos processos. Entretanto, vários foram as objeções enfrentadas pela Justiça Criminal no modo remoto encontrados quanto a sua prática, os quais pudemos entender serem supríveis tendo em vista a efetividade

dos princípios essenciais do Processo Civil, como os do contraditório e imediatidade.

Os resultados da pesquisa mostraram que as audiências virtuais são possíveis e com função garantida no desenvolver dos atos processuais nos tempos de hoje, pois, na visão dos juristas entrevistados permite: economia ao judiciário, celeridade, aumento de produtividade e aumento no número de processos. Contudo, é notório dizer que durante este Estado de emergência pandêmica as audiências virtuais trouxeram avanços e desafios para o transcurso dos processos.

Como avanços destacam-se: os processos com curso suspenso voltaram a seguir a marcha, sendo muitos deles extintos pela composição das partes em audiência virtual; celeridade processual e otimização do tempo; o procedimento da audiência por videoconferência causou um novo despertar tecnológico, que desde o surgimento dos processos digitais estava adormecido

Porém, por outro lado, os indivíduos que não disponham dos recursos tecnológicos necessários para participar de tais atos podem estar sendo excluídos, já que se constatou que a realidade econômica de diversas famílias não condiz com os mecanismos utilizados pelo Poder Judiciário. Além disso, os juristas analisados relataram problemas com a internet, como sendo a principal dificuldade.

Deve-se, no entanto, refletir acerca das pessoas em situação de vulnerabilidade social, cujas fragilidades foram intensificadas durante a pandemia. Infere-se que para muitos, pode existir a impossibilidade de adquirir um smartphone ou computador, ferramentas necessárias para acessar as audiências virtuais. Destaca-se ainda possibilidade de desamparo dos “analfabetos digitais”, pessoas sem capacidade de manusear aplicativos e outros recursos digitais/eletrônicos, frente à nova dinâmica de realização de audiência. Tais eventualidades

retrocedem no caminho para uma prestação jurisdicional efetiva, contrariando a busca pelas modernizações processuais.

São inegáveis os esforços do Tribunal de Justiça na busca por legitimar os princípios processuais garantistas aproximados à realidade daqueles que recorrem à justiça a fim de não terem suas pretensões frustradas. Todavia, vê-se a necessidade de estudos futuros capazes de demonstrar a efetividade de audiências virtuais na justiça criminal como forma de promover maior celeridade aos processos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ANDRADE, M. D. de A.; PINTO, E. R. G. de C.; LIMA, I. B. de.; GALVÃO, A. R. de S. Inteligência Artificial para o rastreamento de ações com repercussão geral: O Projeto Victor e a realização do princípio da razoável duração do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro**, v. 21, n. 14, 2020.

ARAS, V. O teleinterrogatório no Brasil. **Revista Âmbito Jurídico, São Paulo**, n. 11, 2002.

BENAVIDES, F. G.; et al. O futuro do trabalho após a COVID-19: o papel incerto do teletrabalho no domicílio. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 46, n. 31, 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Presidência da República, Casa Civil, 2001.

BRASIL. **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, 2006.

BRASIL. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo

Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, 2008.

BRASIL. **Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, 2009.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARNEIRO, R. F. **A utilização da tecnologia em favor da justiça.** Jus-Brasil, 2021. Disponível em: <https://raphaelfunchalcarneiro.jusbrasil.com.br/artigos/1303271208/a-utilizacao-da-tecnologia-em-favor-da-justica>. Acesso em 13 dez. 2022.

CNJ. **Em 15 anos, a informatização transformou o Judiciário do século XXI.** Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-15-anos-a-informatizacao-transformou-o-judiciario-do-seculo-xxi/>. Acesso em 13 dez. 2022.

CNJ. **Justiça em números 2022.** Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2022.

CNJ. **Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020.** Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2020.

COIMBRA, M. T. **Efeitos do covid-19 na sociedade, no Direito Penal e Direito Processual Penal brasileiro.** Prudente Centro Universitário, 2021. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8752>. Acesso em: 1 out. 2021.

COSTA, P. V.; COSTA, V. P. O acesso à justiça durante pandemia de covid-19: Uma análise dos atos normativos expedidos pelo CNJ e TJTO no contexto das audiências de conciliação. **Revista Humanidades e Inovação**, v. 9, n. 6, 2021.

COSTIN, B. Acesso à justiça e seus desdobramentos frente à pandemia covid-19. **Trabalho de Conclusão de Curso (Direito)**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba - PR, 2021.

DIÁRIO DA JUSTIÇA. **Regulamentado o trabalho remoto no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/42103/RESOLU%C3%87-%C3%83O%20STF%20N.%20621%2C%200DE%2029%20DE%20OUTUBRO%20DE%202018.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 22 set. 2021.

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA. **Implantação do processo eletrônico judicial e administrativo**. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=33080&reload=false. Acesso em: 22 set. 2021.

DIVERNO, M. H.; PASSADOR, C. S.; DI MARCO, C. A. F. A Agricultura Familiar e a pandemia do novo Coronavírus: um estudo de caso da Cooperativa de Agricultores Familiares de Itararé (COAFAI). **XXII Encontro Internacional sobre Gestão empresarial e Meio Ambiente - ENGEMA**, 05 de novembro de 2020.

EUROFOUND. **Working anytime, anywhere: The effects on the world of work**. Disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>. Acesso em: 22 set. 2021.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GUIMARÃES, R. R. C.; PARCHEN, A. G. D. L. Videoconferência na inquirição de testemunhas em tempos de covid-19: Prós e contras na percepção dos atores processuais penais. **Direito Público**, v. 17, n. 94, 2020.

HOFFMAN, P. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. **Revista Jus Navigandi**, v. 10, n. 782, 2005.

IBGE. **Cidades e Estados**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/ce/iguatu.html>. Acesso em setembro de 2022.

IPECE. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará. **Perfil das Regiões de Planejamento Centro Sul**, Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará, 2017.

KOPPE, J. S. Audiências cíveis virtuais na pandemia do coronavírus. **Trabalho de Conclusão de Curso (Direito)**, Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba – PR, 2021.

MALHOTRA, N. K.; et al. **Introdução à pesquisa de marketing**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de Pesquisa**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARSOLA, F. C.; MACHADO FILHO, F. da C.; SANTOS, L. V. dos.; BORGES, S. C. C. Necessária evolução das audiências cíveis em tempos de pandemia (Covid-19). **Colloquium Socialis, Presidente Prudente**, v. 04, n. 4, p. 163-174out/dez 2020.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, C. B. **Considerações sobre as audiências virtuais, em tempo de Pandemia**. Revista Prolegis, 2020. Disponível em: <<https://prolegis.com.br/consideracoes-sobre-as-audiencias-virtuais-em-tempo-de-pandemia/>>. Acesso em: 27 dez. 2022.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. 12. reimp. (Revista e ampliada). São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, H. W.; Lamy, E. de A. **Teoria Geral do Processo**. 5ª edição. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012.

ROESCH, S. M. A. **Projetos de estágio e de pesquisa em Administração: guia para estágios, trabalho de conclusão, dissertações e estudos de caso**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, E. L. E. **A Defesa Tem a Palavra**. BookLink editora, 2006.

SIQUEIRA, D. F.; LARA, F. C. P.; LIMA, H. F. C. A. F. Acesso à justiça em tempos de pandemia e os reflexos nos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD, Rio De Janeiro**, v. 1, n. 38, p. 25-48, 2020.

SUSSKIND, R. **Online Courts and the future of justice**. Oxford University Press, 2019.

TEIXEIRA, K. L. M. A adoção emergencial das audiências por videoconferência no contexto da covid-19. **Trabalho de Conclusão de Curso (Direito)**, Centro Universitário FG – UNIFG, Guanambi – BA, 2021.

ZALEWSKI, D. **O advogado e o Tribunal do Júri**. Canal Ciência Criminal, 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-advogado-e-o-tribunal-do-juri/>. Acesso em 13 dez. 2022.

CAPÍTULO V

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E RESOLUÇÕES NAS SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA SEXUAL NA INFÂNCIA: UM

THE FEDERAL CONSTITUTION AND RESOLUTIONS IN SITUATIONS OF SEXUAL VIOLENCE IN CHILDHOOD: AN

Romário Guilherme Martins Mororó¹

Samuel Ilo Fernandes de Amorim ²

Francisco Ivo Gomes de Lavor ³

Bismarck Oliveira Borges ⁴

Antônio Leandro Florentino Brito ⁵

Wiliana Alsinete da Silva ⁶

Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva ⁷

José Ivo Ferreira de Souza ⁸

José Cezário de Almeida⁹

1

2 <https://orcid.org/0000-0002-3900-6309>

3 <https://orcid.org/0000-0001-8219-802X>

4 <https://orcid.org/0009-0001-1826-9716>

5 <https://orcid.org/0009-0004-6966-2894>

6 <https://orcid.org/0000-0002-5433-6648>

7 <https://orcid.org/0000-0002-8483-4488>

8 <https://orcid.org/0000-0001-8570-5525>

9 <https://orcid.org/0000-0001-8409-1242>

RESUMO

A violência é um fenômeno complexo praticado por indivíduos contra outros indivíduos, manifestando-se diversificadamente de forma negativa no contexto social, de saúde e humanístico das vítimas. O abuso sexual perfaz uma prática cruel por atrelar outros modos de violência, onde as crianças, por serem mais vulneráveis, são as mais acometidas. As leis e Resoluções brasileiras remetem o espelho da evolução das ações de enfrentamento, através da construção histórica da violência sexual infantil e da Constituição Federal que norteia e alicerça os processos de cuidado a criança. Objetivou-se descrever as resoluções constitucionais nas situações de violência sexual na infância, identificando os principais processos de violência sexual e suas leis de enfrentamento. Trata-se de um estudo integrativo da literatura com cunho de pesquisa quantitativa e pontuais abordagens qualitativas realizadas nas bases de dados *Jus Brasil*, *Google Scholar* e *Scielo*, no período de julho a outubro de 2022, obedecendo a critérios de inclusão e exclusão escritos nos últimos cinco anos exclusivamente brasileiros. Utilizou-se individualmente cada descritor, com corte temporal, para cada base de dados, obtendo um significativo número de produções descritos nas Tabelas 1, 2 e 3. Após refinamento e utilização dos 3 descritores, obteve-se, conforme Tabela 4, um número de 14.645 produções. Adicionado o critério dos estudos nacionais, o resultado amostral totalizou 87 artigos, configurando uma redução importante. Com isso, conclui-se que é válido o estímulo de estudos os quais influenciem o correto processo de combate a violência sexual infantil e que as Leis sejam cumpridas para proteção das crianças.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Violência Sexual Infantil; Direitos da Criança e ao Adolescente.

ABSTRACT

Violence is a complex phenomenon practiced by individuals against other individuals, manifesting itself in diverse ways in a negative way in the social, health and humanistic context of the victims. Sexual abuse constitutes a cruel practice by linking other forms of violence, where children, being more vulnerable, are the most affected. Brazilian laws and resolutions mirror the evolution of coping actions, through the historical construction of child sexual violence and the Federal Constitution that guides and underpins childcare processes. The objective was to describe the constitutional resolutions in situations of sexual violence in childhood, identifying the main processes of sexual violence and their laws of confrontation. This is an integrative study of the literature with a quantitative research nature and punctual qualitative approaches conducted in the *Jus Brasil*, *Google Scholar* and *Scielo* databases, from July to October 2022, obeying the inclusion and exclusion criteria written in the last five years exclusively Brazilian. Each descriptor was used individually, with a temporal cut, for each database, obtaining a considerable number of productions described in Tables 1, 2 and 3. After refinement and use of the 3 descriptors, according to Table 4, several 14,645 productions were obtained. Added the criterion of national studies, the sample result totaled 87 articles, configuring an important reduction. With this, it is concluded that it is valid to stimulate studies which influence the correct process of combating sexual violence against children and that the laws are complied with for the protection of children.

Keywords: Constitutional right; Child Sexual Violence; Rights of the Child and Adolescent.

1. INTRODUÇÃO

A violência é um fenômeno complexo, polissêmico e controverso, perpetrada por indivíduos contra outros indivíduos, podendo manifestar-se de várias maneiras e aspectos, assumindo características próprias no âmbito social, religioso, político e cultural, e possuir uma expressão concreta com diferentes meios de coerção e dominação para se alcançar um objetivo (RIBEIRO; FERRIANI; REIS, 2004).

Para Martins (2009), a violência pode ser considerada como uso da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.

Dentre os diversos tipos de violência, todos são considerados um problema de saúde pública, sendo a violência sexual (VS) uma das mais perversas por associar outros tipos de violência, oprimir e subjugar a vítima, acarretando consequências desastrosas, principalmente para as crianças e adolescentes, estando presente nas diversas classes sociais, acarretando diminuição da qualidade de vida individual e coletiva, bem como desestrutura de personalidade (MELO; SOARES; BEVILACQUA, 2022).

A violência sexual pode ser definida por uma tentativa de contato físico ou prática de sexo forçado, onde a vítima esteja em uma situação humilhante ou degradante, não implicando apenas a introdução do pênis na vagina ou ânus, e que acarrete sequelas negativas ao longo da vida (SILVA et al., 2020).

A infância perfaz o tempo da vida compreendido entre o nascimento até os doze anos de idade, onde se reflete um período crucial

do desenvolvimento humano, necessitando de condições específicas e adequadas para uma evolução saudável e plena (BRASILIA, 2013),

Os direitos e reconhecimentos da condição da criança e direitos da infância são fatos recentes no Brasil e no mundo, desenham-se como um aspecto de construção social caracterizada pela necessidade de reconhecimento e das dificuldades para sua validação e concretização (ANDRADE, 2010).

A violência sexual é considerada uma das mais desastrosas no que diz respeito à violação dos direitos humanos. Cada vez mais crianças são violentadas e o perfil do agressor varia de acordo com a região, condição social e crenças (AZAMBUJA, 2006).

O Brasil vem se destacando negativamente no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, visto os entraves sociais e econômicos inerentes nesse processo, os quais tornam-se determinantes e condicionantes para a garantia dos direitos instituídos pela Constituição Federal.

De acordo com a Agência Câmara de Notícias (2021), dados do Estudo do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontam que as mortes de crianças de 0 a 4 anos vítimas de violência aumentou 27% entre 2016 e 2020. Em relação à violência sexual, foram quase 180 mil casos registrados entre 2017 e 2020, um terço de crianças com menos de 10 anos. Na faixa etária de 0 a 9 anos, 77% dos casos são de meninas. E, em todas as faixas etárias, mais de 80% dos registros coloca um conhecido como responsável pelo crime.

Nos Estados Unidos, na década de oitenta, havia uma estimativa de que sessenta a cem mil crianças eram vítimas de incesto, destas 2,5% são meninas. Na Europa esse número é bem menos

alarmante, onde 2% das crianças sofrem de maus tratos, porém 60% desses casos são de abuso sexual (FALEIROS, 2022).

No período pandêmico da COVID-19, houve um aumento considerável dos casos de violência sexual contra as crianças, ocasionado pelo confinamento familiar devido a privação de atividades externas, deixando a criança suscetível a maus tratos. Dados da Organização das Nações Unidas- ONU apontam que há 1,5 vezes mais chances de a criança em situação de isolamento ser vítima de violência, e quatro a dez vezes maior probabilidade de vivenciar maus tratos (SANTOS et al., 2022).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), toda criança tem direito à saúde e à vida longe da violência. Abuso sexual infantil (ASI) ocorre quando uma criança é submetida à atividade sexual a qual não possa compreender, com a qual ela tem o desenvolvimento incompatível, e que não possa dar consentimento e/ou que viole as leis ou as regras da sociedade (PLATT, 2018).

O princípio do melhor interesse da criança reclama a prioridade absoluta e imediata da infância e da juventude, de maneira a elas conferir uma consideração especial, com a salvaguarda universal de seus direitos fundamentais. O que permite afirmar que, à luz da Brasil, o legislador fixou como critério interpretativo do Estatuto da Criança e do Adolescente e a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, em consonância com a vontade dos pais (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Com o passar do tempo e crescente incidência dos casos de violência contra crianças, principalmente no âmbito sexual, houve a necessidade da instituição de Resoluções as quais norteassem as ações de garantia e proteção da integridade das crianças. A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código

Penal são três importantes Resoluções que tem a finalidade de exigir o cumprimento das Leis relacionadas a proteção da infância

A situação de abuso sexual ganhou espaço nas pesquisas e estudos há aproximadamente três décadas, tendo como fato propulsor o contexto cultural de proteção aos direitos da mulher e da criança. Há trinta anos, o ingresso de uma criança em um hospital, em decorrência de maus-tratos, era considerado um caso raro e dramático, sendo vista a criança como vítima inconfundível de uma ação criminal (PLATT, 2018).

Diante da relevância e importantes implicações sociais, é de suma importância que se estude qual o real papel da nossa constituição no tocante aos abusos sexuais sofridos por crianças no nosso país, bem como o que pode ser feito para se ter um respaldo legal dos direitos infantis, principalmente no que se trata de violência sexual e violação da integridade de uma criança.

A motivação pelo tema da pesquisa se deu pela percepção do crescente número de notícias relacionadas à violência sexual em crianças apresentadas nos noticiários, estas atreladas, muitas vezes, as situações de impunidade e contínua exposição da criança aos riscos, como também a frequente entrada em uma unidade hospitalar de crianças com suspeita de estupro.

Em meio a tantas leis e políticas sociais que visam proteger a criança e ao adolescente, norteiam-se os seguintes questionamentos: qual o real papel da Constituição Federal na proteção da criança? Sobre o que versam as Resoluções Legislativas em função da Infância? Que consequências isso pode acarretar para a vida da criança?

2. METODOLOGIA

Essa seção dedica-se, especificamente, a tratar dos assuntos voltados aos métodos de pesquisa científica, utilizados para compor o presente trabalho.

2.1. TIPO DE PESQUISA

Trata-se de uma revisão integrativa de literatura que, segundo Sousa et al. (2009), é caracterizada através de uma pesquisa científica que integra argumentos próprios sobre um tema explicitado e precedentemente definido usando um ou mais bancos de dados, sejam eles oriundos de pesquisas bibliográficas relevantes dentro desse âmbito, sejam eles obtidos através de análises documentais. Ainda segundo o autor, a característica que torna esse tipo de pesquisa extremamente pertinente é a possibilidade de debates amplos e que objetivam resultados de caráter crítico e extensivo acerca do determinado tema.

A sistematização desse método, por sua vez, se justifica através de uma revisão prévia que é utilizada para evitar contratempos que ocorreriam em uma revisão não sistemática, como uma reunião de trabalhos de diferentes áreas ou que aparecem de forma repetida e que podem chegar numa conclusão errônea acerca do tema trabalhado.

É importante relatar também que esse tipo de metodologia pode ser utilizado tanto de forma quantitativa, através da quantificação daquilo que for encontrado nas bases de dados, tanto de forma qualitativa, analisando empiricamente aquilo que é encontrado através do mesmo sistema, colocando sua quantidade em segundo plano. Para Gil (2008), essa metodologia se encaixa de forma mais adequada em pesquisas de cunho social ou que possuam algum tipo de avaliação de sistemas públicos, uma vez que a abordagem pode

se aprofundar numa avaliação mista que envolvem as características teóricas e práticas.

2.2. COLETA DE DADOS

A coleta de dados se deu no período de julho a outubro de 2022, utilizando-se três bases de dados distintas, resultantes de uma pesquisa prévia, com a primeira separação da fonte dos dados colhidos. De tal forma, identificou-se, pela especificidade da pesquisa, que muitas bases de dados durante a pesquisa, não continham nenhum documento sobre a temática, diante da situação, ressalta-se que as bases aqui destacadas apresentaram pelo menos um artigo relacionado ao assunto.

Ainda é possível constatar que as bases de dados vão desde as específicas dos campos do Direito quanto aos campos gerais da Ciência, não se limitando exclusivamente a uma área, mas ainda respeitando o fato de que as palavras-chave foram as mesmas em todas as plataformas e seguiu-se a formulação dos Descritores em Direito apresentados pela plataforma do Senado Federal. Essas sendo: **Direito Constitucional, Violência Sexual Infantil e Direitos da Criança e ao Adolescente.**

As tabelas a seguir demonstram as bases de dados e o quantitativo de artigos encontrados.

Tabela 01 - Resultados obtidos através da pesquisa da palavra-chave “Direito Constitucional” com corte temporal de 2017-2022.

Diretórios	Nº de Artigos	%
Repositório Institucional de Doutrina da Plataforma JusBrasil	347	0,80
Repositório do Google Scholar	42.400	98,66
Repositório da SciELO	235	0,54
TOTAL	42.982	100.00

Fonte: Dados da Pesquisa – Elaboração Própria (2022).

Como é possível observar pela tabela acima, a quantidade de artigos encontrados nas plataformas e seus respectivos repositórios através da palavra-chave “Direito Constitucional” apresenta um caráter quantitativo de nível satisfatório, somando, nas quatro plataformas pesquisadas, cerca de 42.982 (quarenta e dois mil e novecentos e oitenta e dois) artigos sobre o tema. Empiricamente, é possível observar que a quantidade de artigos encontrada a nível mundial representa uma questão positiva acerca da comunidade científica e seu empenho em trazer determinada temática para uma discussão ampla.

Tabela 02 - Resultados obtidos através da pesquisa da palavra-chave “Violência Sexual Infantil” com corte temporal de 2017-2022.

Diretórios	Nº de Artigos	%
Repositório Institucional de Doutrina da Plataforma JusBrasil	117	0,68
Repositório do Google Scholar	16.900	98,88
Repositório da SciELO	74	0,44
TOTAL	17.091	100.00

Fonte: Dados da Pesquisa – Elaboração Própria (2022).

Seguindo o exemplo da tabela anterior, a palavra-chave “Violência Sexual Infantil” também apresenta resultados satisfatórios, uma vez que a soma dos artigos encontrados nas plataformas selecionadas apresentou cerca de 17.000 (dezessete mil) artigos. Nessa situação, é importante lembrar, também, que o tamanho da base de

dados apresentada nessas tabelas tende a uma diminuição por conta dos outros elementos que também serão adicionados a metodologia, tais como os tópicos de inclusão e exclusão.

Tabela 03 - Resultados obtidos através da pesquisa da palavra-chave “Direitos da Criança e do Adolescente” com corte temporal de 2017-2022.

Diretórios	Nº de Artigos	%
Repositório Institucional de Doutrina da Plataforma JusBrasil	563	3,30
Repositório do Google Scholar	16.400	96,15
Repositório da SciELO	92	0,55
TOTAL	17.055	100.00

Fonte: Dados da Pesquisa - Elaboração Própria (2022).

A terceira tabela apresentada mostra os resultados da pesquisa selecionada nos repositórios com a palavra-chave “Direitos da Criança e do Adolescente” e apresenta um resultado quantitativo de grande porte, uma vez que a soma de todos os artigos encontrados chega a 17.000 (dezessete mil) artigos. Esse resultado, em partes, se dá por conta de outras pesquisas que, fora do assunto determinado, também trabalham com formas de legislação ou determinações que estão intrínsecas ao processo do tema apresentado.

2.2.1. Critérios de inclusão e exclusão

Como principal critério de inclusão foram utilizados somente artigos publicados nos últimos cinco anos para a revisão, assim fazendo uso de publicações entre 2017 e 2022. Tendo em vista que Andrade (2010) enfatiza a importância do uso de artigos científicos mais atuais possíveis em pesquisas, principalmente pesquisa de cunho bibliográfico, ressaltando que tais aspectos enriquecem um trabalho e refinam o máximo de informações dadas e analisar pelo pesquisador. Ainda é possível destacar que os artigos utilizados serão

em língua portuguesa, pois facilitam a pesquisa e proporcionam que os dados analisados sejam mais condizentes com a realidade brasileira e próximas de serem observadas.

Como critérios de exclusão, foram necessariamente os trabalhos que não se encaixam nos itens de inclusão e aqueles trabalhos que não se enquadram em nenhuma área correlata àquela proposta, isto é, cartilhas, materiais didáticos, livretos e livros voltados para alfabetização. Tendo em vista principalmente que o tema se trata de um objeto pouco explorado e por tanto se refere a uma realidade peculiar a ser analisada. Tais critérios ajudam a analisar melhor os possíveis resultados fornecendo informações mais precisas.

O primeiro critério inserido na pesquisa foi avaliado em forma de tempo da pesquisa, isto é, somente seriam aceitos para análise qualitativa aqueles artigos que foram produzidos nos últimos cinco anos. Esse critério se justifica, principalmente, pela necessidade da proximidade da análise das mudanças constitucionais e as mudanças que ocorreram nas mesmas nos presentes anos.

O segundo critério pode ser definido a partir do próprio refinamento que se torna necessário na pesquisa, se dando através do cruzamento das palavras-chave dentro dos repositórios de pesquisa criando, exibindo, assim, somente as pesquisas científicas que se encaixem dentro dos parâmetros colocados.

Tabela 04 - Resultados obtidos através do cruzamento das palavras-chave “Direito Constitucional”, “Violência Sexual Infantil” e “Direitos da Criança e do Adolescente” com o corte temporal de 2017-2022.

Diretórios	Nº de Artigos	%
Repositório Institucional de Doutrina da Plataforma JusBrasil	311	2,12
Repositório do Google Scholar	14.300	97,66
Repositório da SciELO	34	0,22
TOTAL	14.645	100.00

Fonte: Dados da Pesquisa – Elaboração Própria (2022).

Todas as etapas do processo da busca dos dados foram desenvolvidas de forma coerente com as propostas da pesquisa para atender aos objetivos. O seguimento dos critérios foi executado através de uma análise durante a leitura após a definição da base de dados.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os achados do estudo distribuem-se através de tabelas alinhados a fatores implicadores aos objetivos, alguns deles desenhados por expertises da área do Direito e da formulação e execução das Leis, bem como nas ações de prática da Constituição Federal no Brasil, como também por profissionais atuantes nos processos pertencentes as áreas de proteção aos direitos e cuidado no período da infância.

A tabela abaixo (TABELA 5) apresenta, elencando de forma clara e objetiva, conforme seguem descritos nos artigos analisados os resultados encontrados na pesquisa, visto a análise sucinta dos dados mediante objetivos propostos.

Tabela 05 – Resultados obtidos através do cruzamento das palavras-chave “Direito Constitucional”, “Violência Sexual Infantil” e “Direitos da Criança e do Adolescente” com o corte temporal de 2017-2022 apenas em Língua Portuguesa e obedecendo aos Critérios de Inclusão e Exclusão.

Diretórios	Nº de Artigos	%
Repositório Institucional de Doutrina da Plataforma JusBrasil	14	16,10
Repositório do Google Scholar	61	70,11
Repositório da SciELO	12	13,79
TOTAL	87	100.00

Fonte: Dados da Pesquisa – Elaboração Própria (2022).

De acordo com o descrito na tabela acima, pode-se observar que o quantitativo de artigos encontrados no final da pesquisa, totalizando 87, é de salutar relevância, visto a caracterização dos descritores os quais são, especificamente, da área do Direito, não obstante os produtos da busca obedeceram ao mesmo seguimento, visto que são produções pertencentes a outras áreas, como a saúde, por exemplo.

No âmbito individual dos descritores e mediante análise sucinta nas bases de dados, é apresentado um número considerável de achados, porém com o avançar das etapas do filtro dos dados, há uma redução do quantitativo, principalmente quando é direcionado para o tema central da pesquisa: violência sexual na infância.

Nesse sentido, é válido uma discussão onde se possa transmitir o real sentido da necessidade da abordagem do tema, com suas implicações diretas a sociedade e aos órgãos responsáveis, principalmente por ser um problema no qual envolve todos os aspectos, desde os sociais aos emocionais.

O descritor Direito Constitucional apresentou-se com maior número de produções encontradas durante a busca bibliográfica nas três bases de dados, totalizando 42.982 achados, onde destacou-se

no repositório do Google Scholar, no qual constata-se a importância do conhecimento das bases constitucionais presentes, sobretudo, no aspecto da proteção da infância.

Segundo o Jurista Hans Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* (1934), o Direito Constitucional pode ser definido como uma área capaz de interpretar, averiguar e se fazer cumprir a Constituição de um País. A ideia do autor era construir uma ciência jurídica pura, independente de outras ciências sociais.

A Constituição Federal, Art. 227, afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O parágrafo 4º ainda afirma que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Os achados descritos na Tabela 1 exposta na metodologia deste trabalho, remetem uma percepção de salutar produção científica nos termos do Direito Constitucional, ademais, ainda se tem muito a estimular e fazer cumprir o que regem as Resoluções e termos no tocante a garantia dos direitos e proteção à integridade da criança no Brasil para que se perfaça uma redução significativa nos casos de violência contra crianças, principalmente o abuso sexual.

Para Platt et al., (2018), apesar dos resultados de muitas pesquisas sejam óbvios em mostrar a prevalência da violência sexual infantil (VSI) em todas as comunidades investigadas, uma metanálise com estudos internacionais estimou uma prevalência média de VSI de 20,0% para mulheres e 8,0% para homens. No Brasil estudos apontam

que a maioria dos casos acontecem com meninas entre cinco e dez anos.

Apesar de algumas iniciativas para cumprimento das leis e proteção das crianças, diversos autores mostram a necessidade de uma priorização na agenda de diversos segmentos sociais, o enfrentamento desse tipo de violência, pois o grande desafio está na prevenção, detecção precoce e tratamento eficaz, visto que a identificação e atuação adequada sobre os casos podem contribuir significativamente para a interrupção das ocorrências (MARTINS; JORGE, 2009).

Ainda de acordo com os autores Martins e Jorge (2009), tão importante quanto a prevenção e redução dos casos de abuso sexual, é a condução correta direcionada para os órgãos responsáveis com o seguimento hábil dos processos nas Varas da Infância e Juventude e nas Varas Criminais, onde são determinadas medidas de proteção a criança e punição do agressor, evitando novos episódios.

[...] a Vara da Infância e da Juventude tem a função de aplicar a lei de forma coativa. Respalhando a atuação do Poder Judiciário, ressalta-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069 de 13 de junho de 1990, que dispõe sobre a proteção da criança e do adolescente contra qualquer forma de maus tratos, e determina penalidades para os que praticam o ato e para os que não o denunciam. O Código Penal Brasileiro, em seu capítulo III (Da Periclitación da vida e da saúde) também trata a crueldade e a exploração da criança, seja material, moral ou psicológica, como crimes (MARTINS; JORGE, 2009).

Um dos graves problemas relacionados ao abuso sexual em crianças, é o fato do agressor, além de muitas vezes conviver com a vítima, não ser submetido a nenhum tipo de punição. Tais fatos são atrelados ao medo, falta de credibilidade no sistema legal e o silêncio cúmplice, tornando os casos de abuso sexual de difícil notificação ou denúncia. Nos Estados Unidos os índices de denúncias 16 a 32%, com média de 300 a 350 mil pessoas com idade de 12 anos ou mais

vitimizadas anualmente. Já no Brasil estima-se que menos de 10% dos casos chegam às delegacias (RIBEIRO; FERRIANI; REIS, 2004).

Estudos apontam que o abuso ou violência sexual contra a criança muitas vezes faz parte da modalidade intrafamiliar, tendo o agressor uma ligação de consanguinidade, legalidade ou afinidade com a criança ou familiares. Outra modalidade comum é a extrafamiliar, podendo o agressor ser uma pessoa conhecida ou desconhecida da criança, ou que possa ter um domínio psicoemocional sobre ela (SANTOS et al., 2022).

Os autores Melo, Soares e Bevilacqua (2022), afirmam que há um significativo índice de subnotificações dos casos de violência, dificultando a precisão das informações e o conhecimento da dimensão do problema, confirmando a real necessidade da formulação e legitimação de políticas públicas para enfrentamento do problema. Apesar dessa fragilidade, os números que são registrados são impactantes, onde 127.585 ocorrências de estupro foram registradas no país em 2017 e 2018 e destas 81,8% eram mulheres, a maioria meninas até 17 anos (71,8%). A taxa de estupro em mulheres foi de 50,7/100 mil (2017) e de 53,4/100 mil (2018), crescimento de 5,4%. Em 75,9% dos casos, as vítimas tinham vínculo com os agressores.

Com relação aos dois descritores, Violência Sexual Infantil e Direitos da Criança e do Adolescente, expostos nas Tabelas 2 e 3 observadas na parte metodológica do estudo, obteve-se um achado total equiparado no tocante ao quantitativo final, porém com implicações características de cada repositório.

No repositório do Google Scholar constatou-se uma diferença significativa no número de artigos encontrados, visto os demais, mesmo estes tendo uma relação direta com o tema. Em cada uma das duas tabelas perpassaram-se em média mais de dezesseis mil

produções, onde ficou claro a importância dos estudos, não só pela quantidade, mas também pela importância de se mostrar um cenário real de violência infantil e seus efeitos ao longo da vida das vítimas.

Outro ponto implicador e importante é o fato de que os artigos achados no repositório Scielo, em sua maioria, são relacionados à saúde das vítimas, mesmo tendo algum aspecto jurídico.

Sabe-se que a situação de violência sexual acarreta inúmeros problemas de saúde para as vítimas como: ansiedade, depressão, distúrbios alimentares, infecções sexualmente transmissíveis (IST), ideias suicidas, dentre outras. As publicações acerca do assunto trazem um aspecto de ampliar o entendimento do que se passa com as vítimas, prevenir ou minimizar os danos causados por essa atrocidade e promover um melhor enfrentamento (SILVA et al., 2020).

Atualmente se faz crescente o número de casos noticiados e sabidos pela população Brasileira, e tal fato se deu, empiricamente, pela situação pandêmica da COVID-19, desde 2019 até os dias atuais, perfazendo um cenário de desajuste, além de epidemiológico, social e econômico. A Situação de isolamento social trouxe um aumento assustador dos abusos sexuais contra crianças, com ocorrência no próprio ambiente doméstico, vitimizando também mulheres e adolescentes (SANTOS et al., 2022).

Todos os achados da pesquisa possuem uma relevância empírica no que discerne os preceitos dos direitos da criança, visto a evolução e a construção histórica das áreas de proteção a infância, embora o demonstrado nas bases pesquisadas apontem ainda uma deficiência no âmbito da punição e garantias de proteção e segurança das vítimas.

O estudo configura-se como pioneiro, visto a essência e metodologia utilizada na pesquisa e seu embasamento científico como

pode ser constatado na Tabela 4, a qual compila os três descritores em um corte temporal de cinco anos, tendo um total de 14.645 artigos encontrados, ressaltando a forma linear de obtenção de achados no encadeamento dos resultados do repositório do Google Scholar num total de 14.300 artigos, representando 97,66 % dos resultados, sendo esta a mesma média encontrada nas tabelas já analisadas anteriormente.

Quando o assunto dos direitos da criança e do adolescente é elencado, conforme o terceiro descritor, é comum associar a problemática contextual ao modelo da garantia do cumprimento das normas que versam sobre a infância. Porém a realidade a que se fazem não é suficientemente eficaz para que haja cumprimento adequado dessas leis e Resoluções, tendo como consequência a visão de impunidade ou de inclusão dos processos de amparo a criança.

[...] apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente, publicado em 1990, estabelecer a obrigatoriedade de notificação de todos os casos de maus-tratos contra crianças e adolescentes, somente em 2006 o Ministério da Saúde implantou, nacionalmente, o Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes (Viva), com o objetivo de coletar dados de forma padronizada, permitindo a análise regular dessas informações (SILVA et al., 2020).

Ainda na linha de pensamento de Silva et al., (2020), o Brasil apresenta um significativo índice de escassez de informações organizadas e regulares, o que dificulta a análise dimensional e o combate ao problema. Um estudo recente feito na Região Sul do Brasil apontou que houve 2.010 registros de abuso sexual entre adolescentes e mulheres adultas nos anos de 2008 a 2013 refletido em 335 casos de abuso por ano, 28 casos por mês ou quase um caso incidente por dia. Já o quantitativo de casos registrados contra crianças no período de 2008 a 2014 foi de 477 casos suspeitos ou confirmados, ou seja, cerca

de 68 casos ao ano ou, aproximadamente, seis casos notificados por mês, mostrando que são índices muito menores do que os achados no trabalho citado anteriormente, confirmando como a subnotificação se faz presente nesse tipo de crime.

A análise científica aponta que, quando se direciona um olhar mais minucioso para as estatísticas, se confirma que o abuso sexual é realmente um grave problema social o qual permeia ações e problemas apresentados pelas vítimas ao longo de toda a vida.

Diante do exposto foi observado ao longo da pesquisa e adequação da interpretação dos resultados, que as situações de violência contra crianças se fazem cada vez mais presente no Brasil e no mundo, e que ainda há um longo caminho de aprimoramento do que já se foi construído até os dias de hoje.

As leis e resoluções brasileiras, norteadas pela Constituição Federal, são salutares no processo de cumprimento das ações vigentes de enfrentamento da violência infantil, principalmente a violência sexual, está sendo uma das mais cruéis por proporcionar a vítima situações dolorosas, indignas e humilhantes e ocasionar inúmeros problemas em todo seu contexto de vida.

A finalística do estudo corroborou entre os dados da amostra que a Constituição Federal, por ter a finalidade de irradiar e ser o pilar de distribuição das Normas e Leis brasileiras, é essencial no processo de execução das ações de instituição da dignidade e enfrentamento dos problemas de violência na infância.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse tópico, de forma principal, tem como função finalizar e concluir as questões abordadas na pesquisa, englobando amplamente as relações existentes entre a o propósito da Constituição Federal

brasileira e as Resoluções relacionadas diretamente com o tema da violência sexual na infância.

Foi possível concluir que o alinhamento entre as leis e a Constituição Federal são essenciais no processo de seguimento e eficácia no âmbito do enfrentamento das situações de abuso sexual em crianças, pois a fase da vida infantil é decisiva no reflexo humanístico de uma sociedade, visto suas particularidades e especificidades.

Nesse sentido, também foi proposto durante o trabalho uma análise científica acerca do tema em questão, somado ao desenho epidemiológico e social do abuso sexual infantil, tendo a relevante missão de se pesquisar mais sobre o assunto e estimular profissionais do Direito e áreas multiprofissionais a atuarem no processo de cuidado e proteção da criança. Estimular também a obrigatoriedade das ações punitivas aos agressores.

Quanto as etapas do estudo realizadas, a principal delas se baseia sobre o que é proposto nas Análises Integrativas, bem como nas Sistemáticas que, em poucos termos, pode ser definido como um estudo avançado sobre diversos artigos, teses e guias que trabalham com a temática, realizando cortes temporais e elaborando palavras-chave para obtenção de obras que melhor se encaixam no perfil abordado.

Durante a pesquisa, foi possível observar pontuais limitações, como o reduzido número de artigos encontrados, quando relacionados a alguns descritores nas bases de dados e repositórios. Achados em base de dados específicas da área do direito possuem um maior número de produções para a amostra pretendida, enquanto repositórios comuns a produções da saúde apresentam-se como minoria, trazendo uma certa dificuldade de condução de resposta aos objetivos.

Apesar de ser um assunto proeminente e de destaque negativo para toda a sociedade, ainda se estuda e produz pouco no que discerne sobre a função da CF e a obrigatoriedade das leis para proteção das nossas crianças e punições dos malfeitores. O que se apresenta, na maioria das vezes, são documentos informativos e orientadores dos deveres e ações, e não de clareza para refletir diretamente na extinção desse fato tão hediondo e libidinoso.

O resultado da pesquisa está, intrinsecamente, ligado ao interesse da sociedade, profissionais e órgãos responsáveis, o qual não é muito satisfatório, mas recaí sobre os assuntos que são mais específicos a tomada de decisões dentro das pesquisas que envolvem a prática da violência contra crianças,

Por fim, pode-se sim concluir a necessidade do estudo, divulgação e cumprimento das leis e medidas protetivas direcionadas a criança.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, LBP. Educação infantil: discurso, legislação e práticas institucionais [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 193 p. ISBN 978-85-7983-085-3. Available from SciELO Books

AZAMBUJA, M.R.F; Violência sexual intrafamiliar é possível proteger a criança? Revista Virtual Textos e Contextos, nº 5, 2006.

Andrade, Eduardo Tonole, Rita de Cássia Duarte Lima, and Maria Angélica Carvalho Andrade. "Implementação de políticas públicas: metodologia de análise sob o enfoque da política institucional." Saúde em Debate 39 (2010): 283-297.

Sousa, A., Dias, A., Bessa, F., Ferreira, M. J. R. C., & Vieira, S. R. (2009). Investigação-ação: metodologia preferencial nas práticas de pesquisa.

DOBKE, V.; **Abuso Sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MARTINS C.B.G, JORGE M.H.P. Desfecho dos casos de violência contra crianças e adolescentes no poder judiciário. *Acta Pau Enferm* 2009; 22(6):800-807.

GABEL, M.; **Crianças vítimas de abuso sexual.** Traduzido por Sonia Goldfeder. São Paulo: Summus, 1997.

PLATT, V.B. et al. **Violência sexual contra crianças: autores, vítimas e consequências.** *Ciência. Saúde coletiva* vol.23 n°. 4 Rio de Janeiro Apr: 2018.

MARGARET, O.S.C.L. et al. **Abuso sexual na infância e suas repercussões na vida adulta.** Texto e contexto. enferm. Vol. 26 n° 3. Florianópolis, 2017.

Ribeiro MA, Ferriani MGC, Reis JN. Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares. *Cad Saúde Pública.* 2004;20(2):456-64

Santos ÉO, Souza VFHG, Pontes GCL, Leão LFSR, Carvalho PP. Violência sexual contra crianças e adolescentes durante a pandemia de COVID-19: dados do ano de 2020 em um serviço de referência no Estado do Pará. *Resid Pediatr.* 2022;12(1):1-6 DOI: 10.25060/residpediatr-2022.v12n1-805

Silva, Flávia Calanca da et al. The effects of sexual violence experienced in childhood and adolescence on undergraduate students. *Revista de Saúde Pública* [online]. 2020, v. 54 [Acessado 21 Novembro 2022], 134. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/s1518-8787.2020054002576>>. Epub 14 Dez 2020. ISSN 1518-8787. <https://doi.org/10.11606/s1518-8787.2020054002576>.

Melo, Cristiane Magalhães de, Soares, Marcela Quaresma e Bevilacqua, Paula Dias. Violência sexual: avaliação dos casos e da atenção

às mulheres em unidades de saúde especializadas e não especializadas. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2022, v. 27, n. 09 [Acessado 21 Novembro 2022], pp. 3715-3728. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232022279.07242022>>

Souza, Lídia de Jesus e Farias, Rita de Cássia Pereira. Violência doméstica no contexto de isolamento social pela pandemia de covid-19. *Serviço Social & Sociedade* [online]. 2022, n. 144 [Acessado 21 Novembro 2022], pp. 213-232. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0101-6628.288>>. Epub 06 Maio 2022. ISSN 2317-6318. <https://doi.org/10.1590/0101-6628.288>.

FALEIROS, V. de P. Violência contra a infância. **Sociedade e Estado**, [S. l.], v. 10, n. 02, p. 475-490, 2022. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/44062>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Comportamento suicida: o perfil epidemiológico das lesões autoprovocadas no estado de goiás. Rodrigues M, Oliveira P, Pinheiro J. *Revista Científica da Escola de Saúde Pública de Goiás - "Cândido Santiago"* (2020) 6(2...

Estatuto da criança e do adolescente: avaliação histórica. Silva A (1999).

Siqueira A, Alves C, Leão F. A violação dos direitos da criança e do adolescente na perspectiva de professores. (1998)

Valderrutén M. Menores Ciudadanos o Sujetos de Derechos Tutelados? Discursividades institucionales sobre los derechos de la niñez y la adolescencia en Brasil y Colombia (2018)

Silva F, Monge A. Os impactos da violência sexual vivida na infância e adolescência em universitários.

Martins C, Mello Jorge M. Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares (2019)

Platt V, Back I. Desfecho dos casos de violência contra crianças e adolescentes no poder judiciário. (2018)

Krindges C, Macedo D, Habigzang L. Abuso sexual na infância e suas repercussões na satisfação sexual na idade adulta de mulheres vítimas (2016)

CAPÍTULO VI

ABORDAGEM CRÍTICO-CONCEITUAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

CRITICAL-CONCEPTUAL APPROACH OF THE ENEMY'S CRIMINAL LAW IN THE BRAZILIAN LEGAL REALITY

Fábio Luiz Barbosa Maciel

Helmo Robério Ferreira de Meneses¹

Francisco Ivo Gomes de Lavor²

Bismarck Oliveira Borges³

Antônio Leandro Florentino Brito⁴

Wiliana Alsinete da Silva⁵

Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva⁶

José Cezário de Almeida⁷

Thiago Luís de Oliveira Albuquerque⁸

1 <https://orcid.org/0000-0001-9326-8548>

2 <https://orcid.org/0000-0001-8219-802X>

3 <https://orcid.org/0009-0001-1826-9716>

4 <https://orcid.org/0009-0004-6966-2894>

5 <https://orcid.org/0000-0002-5433-6648>

6 <https://orcid.org/0000-0002-8483-4488>

7 <https://orcid.org/0000-0001-8409-1242>

8 <https://orcid.org/0009-0009-8268-9131>

RESUMO

Sob a égide do direito penal hodierno se nota um claro véu de impunidade que assola toda a sociedade, bem como as instituições de direito. Teve-se como objetivo maior o de realizar uma abordagem crítica da base conceitual do direito penal do inimigo adotada pelo pensamento de Gunter Jakobs (2010), e sua possível adequação ao ordenamento jurídico brasileira e seus reflexos sociais. Trata-se de uma pesquisa de cunho bibliográfico com abordagem qualitativa. Verificou-se que ao se estudar direito penal no sistema jurídico penal brasileiro atual a base de sustentação criada a partir das suas definições de ordem garantista são *per si*. Verificou-se que o fator determinante e conceitual da terceira velocidade do direito penal reside numa evolução histórica de acontecimentos. Constatou-se que as características mais marcantes do direito penal do inimigo são: a antecipação de punibilidade e o processo é quase sumário, desprovido das garantias fundamentais e com relação às penas. Conclui-se que muito embora haja uma teoria garantista do autor em evidência, ainda assim, nas raras exceções normativas penais há, no sistema jurídico penal brasileiro. Conclui-se ainda que o duelo entre garantismo direito penal do inimigo se estabelecem nas mais diversas concepções, principalmente quanto a funcionalidade e sua legitimidade de efetivação frente as necessidades de defesa de bens jurídicos relevantes.

Palavras-chave: Garantismo. Terceira Velocidade. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Under the aegis of today's criminal law, there is a clear veil of impunity that plagues all of society, as well as legal institutions. The main objective was to carry out a critical approach to the conceptual

basis of the criminal law of the enemy adopted by the thinking of Gunter Jakobs (2010), and its possible capacity for the Brazilian legal system and its social consequences. This is a bibliographic research with a qualitative approach. It was verified that when studying criminal law in the current Brazilian criminal legal system, the support base created from its guaranteeing definitions are per se. It was found that the determining and conceptual factor of the third speed of criminal law resides in a historical evolution of events. It was found that the most striking characteristics of the enemy's criminal law are: the anticipation of punishment and the process is almost summary, devoid of fundamental guarantees and in relation to penalties. It is concluded that, although there is a guarantor theory of the author in evidence, even so, in the rare criminal normative differences there are, in the Brazilian criminal legal system. Mainly in terms of functionality and effectiveness in view of the needs of defending relevant legal interests.

Keywords: Guarantee. Third Speed. Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade é um dos temas mais abordado nos dias atuais. Falar em sociedade hoje, é falar precisamente em alguma espécie de desajuste penal, o crime.

Assim, sob o manto do Direito Penal atual, percebe-se uma nítida nevoa de impunidade residente em todos os compartimentos da sociedade, que se perfaz e se traduz como elemento caracterizador de anulabilidade dos elementos trifásicos da norma penal, tais como a punição apropriada ao transgressor, o ensinamento de que ele não deve violar preceito estabelecido pelo Estado e por fim, e o aspecto educativo para o restante da sociedade, para que não haja precedentes, tudo isso sob a égide do direito penal garantidor.

Teve-se como objetivo maior o de realizar uma abordagem crítica da base conceitual do direito penal do inimigo adotada pelo pensamento de Gunter Jakobs (2010), e sua possível adequação ao ordenamento jurídico brasileira e seus reflexos sociais.

Como objetivos específicos teve-se o de relacionar em quais condições seria possível a aplicação da terceira velocidade do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando assim a importância sociológica da teoria do direito penal do inimigo para o direito penal brasileiro, o que possibilitou apontar as possíveis legislações do ordenamento jurídico pátrio que ensejam traços característicos da doutrina da terceira velocidade do direito penal.

É justamente nessa órbita que enseja o presente tema, ou seja, o Direito Penal do Inimigo, de modo que se buscou um novo conceito de direito penal para o ordenamento jurídico pátrio, a partir da adoção de uma nova teoria de direito penal brasileiro.

Desse modo, a situação-problema identificada foi justamente o modelo de teoria penal garantista adotada atualmente no ordenamento jurídico brasileiro que permite transpor à sociedade a sensação de impunidade daqueles que transgridem a norma penal, o que enseja uma situação de ineficácia de políticas criminais como também de insegurança social e jurídica, ou seja, abordar um novo conceito de direito penal que é possível ser adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, a partir da teoria do direito penal do inimigo de Gunter Jakobs (2010) é sem dúvida uma relevância não só jurídica, mas também de políticas criminais que refletem na sociedade como uma teoria capaz de eliminar a sensação de impunidade que se apregoa hodiernamente na sociedade brasileira.

Sem dúvida alguma a discussão a respeito da possibilidade de adoção da referida teoria leva a um impasse constitucional, vez

que a mesma não permite a adoção da teoria da terceira velocidade do direito penal por inúmeras passagens do seu texto constitucional.

Entende-se que se é possível sim estabelecer uma nova conceitualização de direito penal ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da adoção da terceira velocidade do direito penal do inimigo, tanto assim que a legislação infraconstitucional já adota tal concepção, bastando observar a aplicabilidade do artigo 52 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), bem como da Lei nº 9.614/1998 (Lei do Abate), que alterou a Lei nº 7.565/1986 etc.

Por essas razões, e levando em consideração a importância do tema, é que o presente trabalho se justifica não só por questões de ordem acadêmica, mas também por questões de ordem prática vez que esse tema possui relação direta com políticas criminais que refletem na sociedade, principalmente no tocante aos altos níveis de criminalidade existente no Brasil em que em decorrência do atual modelo de direito penal adotado o agressor possui inúmeros benefícios, possibilitando assim o seu rápido inserimento no seio social, e que uma vez sendo possível, a aplicação da terceira velocidade do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro se configurar como como uma condição essencial na garantia da paz e da ordem social.

Nesse diapasão, o tema é de grande relevância não só técnico-jurídico, mas também social, porque se fundamenta dentro de um dos pilares de sustentação da própria sociedade, que é a proteção dos bens jurídicos relevantes a serem tutelados pelo Estado por meio da norma jurídica penal.

2.METODOLOGIA

A pesquisa teve uma abordagem qualitativa, de modo a melhor alcançar os objetivos propostos, o que viabilizou, de forma

segura, estudar aspectos subjetivos do fenômeno jurídico traçado pela teoria do direito penal do inimigo frente ao ordenamento jurídico pátrio, levando em consideração todo o contexto jurídico positivo em que essa teoria está inserida, bem como as características sobre as quais o ordenamento jurídico brasileiro possa, ou não, recepciona-la.

De acordo com Creswell (2014, p. 49-50), esse tipo de abordagem inicia-se como sendo, “[...] pressupostos e o uso de estruturas interpretativas/teóricas que informam o estudo dos problemas da pesquisa, abordando os significados que os indivíduos ou grupos atribuem a um problema social ou humano”.

A pesquisa foi do tipo bibliográfica por possibilitar saber o que há de escrito sobre o tema em comento, ou seja, possibilitará saber o que já se estudou sobre o assunto. Assim, Fonseca (2002, p. 32), assevera que esse tipo de pesquisa, “[...] é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites”.

Severino (2013, p. 122), completa que a pesquisa bibliográfica, “[...] é aquela que se realizam a partir do registro disponível, de correntes de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses e etc.”

Na execução do projeto também se utilizou do método exploratório posto que haverá a necessidade de familiarização com o objeto da pesquisa durante a execução do projeto, seja por parte do aspecto doutrinário como também legal, o que sobremaneira possibilitou ao pesquisador enumerar técnicas que se adeque ao decorrer da pesquisa.

Na visão de Severino (2013, p. 123-124), esse tipo de pesquisa, “[...] busca apenas levantar informações sobre um determinado objeto, delimitando assim um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação desse objeto.”

Com essa metodologia será possível executar o presente projeto no segundo semestre de 2022, conforme cronograma abaixo.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 DIREITO PENAL E SUA FUNDAMENTAÇÃO SÓCIO-LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao se referir da fundamentação sócio-legal do direito penal no sistema jurídico brasileiro é sem dúvidas um grande desafio, tanto na ordem acadêmica quanto na ordem técnico-prático.

O presente capítulo tem o compromisso de explicar, para assim melhor ser entendido, uma visão geral, nem de maneira superficial ou mesmo de aprofundamento, do direito penal brasileiro, apresentando suas fundamentações, razões principiológicas e sua base conceitual.

Nesses termos não se pretendeu apresentar todas, ou as mais importantes teorias doutrinárias, até porque se assim o fosse demandaria um tempo que não seria compatível com um trabalho de conclusão de curso de nível de graduação, mas que se escolheu aquela mais próxima e a que se adotou no atual ordenamento penal constitucional adotado pelo Brasil, vez que é o grande contraponto ao se adotar a teoria do direito penal do inimigo.

Mas aqui se faz necessário essas considerações para que o leitor possa ter uma noção mais clara e objetiva do direito penal e sua atual base conceitual, perfazendo numa ordem constitucional aonde se chega a estabelecer um liame entre o garantismo com o direito penal do inimigo.

Visto dessa forma se proporcionou a realização de uma abordagem crítico-conceitual do direito penal do inimigo frente a

realidade hodierna do direito penal-constitucional brasileira, principalmente pelas explicações dadas sob a ótica do Estado Democrático de Direito frente aos princípios constitucionais penais, bem como de suas finalidades dentro desse mesmo Estado.

3.1.1. Visão Geral do Direito Penal e sua atual Base Conceitual.

Para que se possa ter a compreensão do direito penal atual e sua base conceitual necessário se faz ter em mente sua definição para que em seguida se possa concluir que sua base conceitual se encontra acoplada numa ótica garantista.

Nas lições de Toledo (1994, p. 1), pode-se definir direito penal como sendo, “[...] aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o fato-crime, dispõe sobre quem ele deva responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas.

No mesmo contexto definitório, Galvão (2016, p. 19), define o direito penal como sendo aquele,

[...] ramo do Direito Público que reúne os princípios e as normas jurídicas que limitam o poder do Estado, estabelecendo que a prática de determinadas condutas tenha como consequência a aplicação de penas ou medidas de segurança.

Como se sabe que o direito em si se traduz como instrumento de controle social, posto que uma de suas finalidades é justamente a garantia da harmonia e paz social, observa-se, então, que o direito penal faz parte dessa grande instrumentalidade de harmonização das relações sociais dentro de uma estratificação jurídica de cunho penal, diferentemente do âmbito civil.

Para Greco (2022, p. 41), assevera que o direito penal é aquele ramo do direito público que, “[...] objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas

sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito.”

Visto a definição do direito penal na visão dos autores acima, percebe-se que ao estudar a funcionalidade, ou funções do direito penal, observar-se-á uma base de sustentação gerada a partir dessas definições, qual seja, uma garantia, ou seja, uma ordem garantista *per si*.

Perceber uma ordem garantista que de certa forma não se confunde, a contento, de uma ordem defensiva, como assim defendia alguns teóricos. Senão vejamos.

Para se chegar ao garantismo penal se faz necessário debruçar-se um pouco sobre o que se chamou de movimento defensivo. E aqui dispensa-se uma evolução histórica sobre esse movimento, de modo a não ser necessário tratar-se dos tempos gregos nem mesmo do período medieval com o direito canônico ou mesmo com o movimento positivista travado nos idos do século 19.

O movimento defensivo se traduz como sendo assim uma teoria de defesa social, o que sobremaneira se alicerça nos idos do século passado tendo como precursor cátedro Adolphe Prins (1845-1919) foi o primeiro a apresentar essa sistematização de defesa social se valendo do direito penal.

Nesse sentido nasce na Itália em meados da década de 1940 uma corrente de pensamento jurídico-penal com a finalidade de estabelecer novas diagramatizações de combater a criminalidade dentro de um suporte fático-jurídico de defesa social, ou seja, essa corrente de pensamento, tendo como precursor Filippo Gramática (1900-1951), em que a teleologia do direito penal deverá estar sempre numa órbita de defesa social e não apenas e eminentemente jurídica, o que se pode verificar em um nítido objetivo de adaptar o sujeito

delinquentes à ordem social, excluindo dessa maneira a penalização de sua conduta.

Para Evandro Lins e Silva *apud* Greco (2022, p. 130), essa corrente de pensamento estava delineada,

[...] na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes. Depois do caráter repressivo e da crueldade dos regimes derrubados pela guerra, a manifestação do Centro criava perspectivas alvissareiras. Sentia-se um sopro renovador, progressista, arrojado, talvez utópico, quanto aos objetivos a alcançar. O movimento de Gramática logo se tornou um foco aglutinador e, ao mesmo tempo, irradiador de modernas concepções. O direito penal sufocado pela estreiteza do tecnicismo jurídico e pelo racionarismo nazifacista, renascia e tomava suas verdadeiras dimensões. Saía do litoral e voltava a encarar o horizonte. Olhava para frente e voltava a ser uma ciência arejada, sem teias de aranha a proibir-lhe o convívio com as outras ciências, na sua origem e sobretudo na sua aplicação a seres humanos.

O que se vê então é a exclusão da própria definição de crime, da responsabilidade do sujeito e, por derradeiro da própria pena em si, ou seja, o pensamento sócio-legal desse movimento apresenta a possibilidade de substituir a responsabilidade penal do sujeito, diagramatizada no crime, pela antissociabilidade, e o que mais chama a atenção é que essa substituição se alicerça em parâmetros subjetivos do sujeito. Nesses termos se teria a permuta da infração, que é tida como fato, pelo índice de antissociabilidade, bem como permutar a pena por medidas sociais.

Mas em meados de 1950 nasce, com o professor Marc¹ Ancel² (1902-1990), o pensamento jurídico da desjuridicização. Mesmo dentro das concepções defensistas, esse novo pensar do direito penal se estabelece no elo entre o sujeito autor e a política criminal humanista,

1 Cf. obra *Défense sociale nouvelle*, 1971 (verdadeiro documento ideológico).

2 Cf. obra *Défense sociale nouvelle*, 1971 (verdadeiro documento ideológico).

isto é, uma corrente humanista de cunho protecionista em âmbito social contra o crime.

Nessa perspectiva doutrinária o delineamento fundante desse pensamento é justamente a defesa social, contudo havendo uma espécie de ressocialização do sujeito autor, e não, como outrora, a sua neutralização, o que se traduz que dentro dos aspectos de defesa social contra fenomenologia do crime, bem como na ressocialização do sujeito autor.

Nesse condão doutrinário tudo isso estaria alicerçado numa política criminal de responsabilidade individual, imersa no processo de ressocialização social, isto é, a noção que se tem de proteção social atrelada à sanção penal se mostraria como permuta da ideia de repressão-retribuição, o que se efetivaria por meio de um conjunto de medidas penais e extrapenais vinculadas à periculosidade (CARVALHO, 2002).

Fechando esse raciocínio depreende-se que o movimento defensivo, nas suas mais variadas correntes de pensamento, buscam garantir a proteção do grupo por meio da proteção de seus partícipes ora em todas as nuances de organização social e os direitos da pessoa humana.

Assim, pode se concluir, nesse primeiro momento, que a teleologia do direito penal se resumiria apenas na proteção da sociedade e de seus cidadãos contra a criminalidade.

3.1.2 Direito Penal Brasileiro e a Constituição Federal de 1988: O Legado do Garantismo.

3.1.2.1 O Garantismo e sua Finalidade Jurídica

Para que o leitor possa ter uma melhor compreensão do que se deseja exteriorizar no presente subtópico se faz necessário dividi-lo

em três pontos básicos, primeiramente uma abordagem superficial, porém geral, do que venha a ser o legado do garantismo; em seguida entender como esse garantismo funciona dentro dos aspectos constitucionais e; por derradeiro, e aos mesmo tempo, como tudo isso se estabelece dentro das matrizes do direito penal brasileiro.

Cumpramos ressaltar que este subtópico, assim como todo o presente tópico, é uma escada que leva a compreensão do segundo e terceiro tópicos.

Pois bem, dito isso, se pode afirmar que o direito penal é um sub-ramo do direito que mais delinea a liberdade de uma pessoa humana, de modo que sob a égide de um Estado Democrático de Direito, também passa a ser o setor que mais necessita se encontrar delineado um sistema protetivo/tutela dessa pessoa humana.

Assim sendo, é crescente a visão que se busca regular o poder punitivo do ente estatal há décadas, refletindo sobremaneira na busca de aplicação de penas, bem como na geração de um método que garanta a todas as pessoas seus direitos fundamentais.

Por essa ótica pode-se definir garantismo como sendo um asseguramento, ou seja, uma tutela por parte do ente estatal cujo objeto se diagramatiza na proteção dos direitos da pessoa humana, senão direitos humanos contra atos punitivos delineadas por esse mesmo ente estatal, de modo a assegurar princípios basilares erigidos pela Carta Maior de 1988, tais como dignidade da pessoa humana e o da legalidade³, como assim definido por Luigi Ferrajoli (2014).

Sob essa ótica não se descarta outros posicionamentos doutrinários acerca do tema, contudo é com a teoria de Ferrajoli (2014) que

³ Observe-se que o ponto de partida do modelo garantista está acoplado ao princípio da legalidade, este vinculado incondicionalmente a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, dentro dos moldes constitucional que estabelece regras duras no arbítrio do Estado ao delinear os direitos fundamentais da pessoa humana.

o garantismo se configura como a mais eficaz para se unir os poderes punitivos do ente estatal com a tutela dos direitos fundamentais.

Justamente dentro dessa concepção doutrinária que Ferrajolli (2014), se norteia numa ideia meta-teórica da concentração do sujeito enquanto pessoa humana atrelado aos seus direitos fundamentais visto numa relação horizontal entre ele sujeito e o ente estatal, de modo a este tutelar limites e, conseqüentemente garantias para o exercício de punir esse sujeito.

Vendo desse modo se faz imperioso observar que o garantismo não é determinado pelos valores substanciais, é muito mais que isso, se coaduna como uma espécie de técnica que busca satisfazer, selecionar, explicitar e incorporar normas de maneira positiva de lei, como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas, para com isso puder ser minimizado o poder punitivo estatal (FERRAJOLI, 2014).

Para tudo isso há de se falar em direitos humanos fundamentais os quais são responsáveis, dentro do Estado Democrático de Direito, de observância obrigatória, o que impede constar no ordenamento jurídico pátrio, determinações legais que os contrariem, o que se traduz na base de sustentação jurídica que garante o garantismo penal (CARVALHO, 2002).

É justamente nessa ordem jurídica que se percebe que o garantismo não estabelece uma laicização do Estado Democrático de Direito, isso pelo fato de ambos terem como teleologia a proteção/tutela dos direitos fundamentais dos sujeitos, de maneira que inicialmente estabelecem mecanismos jurídicos que garantam ao sujeito qualquer tipo de violência em autorização/permissão legal, sobremaneira funcionando como uma espécie de limite ao direito penal nesse mesmo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido Carvalho (2002, p. 20), comenta que o,

[...] garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo as pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada [...].

Nucci (2017, p. 727), leciona que o garantismo é,

[...] um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado.

No entanto Ferrajoli (2014, p. 135), faz duras críticas ao garantismo a ponto de afirmar que mesmo com ele não se tem garantido uma justiça substancial, o que sobremaneira abre espaço para um direito máximo⁴, senão vejamos:

O garantismo penal é, antes de tudo, um modelo cognitivo de identificação do desvio punível, baseado em uma epistemologia convencionalista e que comporta refutações (ou declarações de falsidade), tornada possível pelos princípios de legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade. E, além disso, um modelo estrutural de direito penal caracterizado por alguns requisitos substanciais e por algumas formas procedimentais em grande parte funcionais a tal epistemologia: como a consequencialidade da pena ao delito, a exterioridade da ação criminosa e a lesividade de seus efeitos da culpabilidade ou responsabilidade pessoal, a imparcialidade do juiz e sua separação da acusação, o ônus acusatório da prova e os direitos da defesa. Em todo caso, não garante a justiça substancial, que em sentido absoluto não é deste mundo em sentido relativo é questão, como se verá na terceira parte, de conteúdos legislativos e, por isso, de escolhas políticas em ordem a bens jurídicos e interesses que se devam tutelar penalmente e aos meios punitivos justificáveis com tal fim; senão apenas a justiça formal, isto é, uma técnica de definição legal e um método de comprovação judicial do desvio punível que, se não excluem, pelo menos reduzem ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio no direito penal. Esta justiça formal, ao coincidir com a segurança e/ou a verdade legal das decisões jurisdicionais, é, contudo, o pressuposto

4 Cf. Sobre essa proposição o Tópico 4.2 do presente estudo, que se explana com maiores detalhes doutrinários.

necessário, ainda que insuficiente, de qualquer arremedo de justiça substancial.

Bem, voltando as especificidades do garantismo, este ainda assim representa a proteção daqueles estamentos axiológicos (sistema de direitos fundamentais) cuja satisfação, mesmo contrários às pretensões da maioria se perfaz como sendo um fim, teleologicamente considerado, que justifica o direito penal, uma espécie de imunidade do sujeito humano contra a arbitrariedade do ente estatal e suas instituições constitucionalmente constituídas⁵ (FERRAJOLI, 2014).

Interessante observar que esse estamento axiológico se encontra dentro de uma conexão jurídica de todos aqueles direitos necessários, imprescindíveis, a condição humana, independentemente do ramo do direito, contudo, no caso a que se trata o presente estudo o ramo do direito alvo é o penal.

Nessa perspectiva doutrinária Prado (2019, p. 81-82), afirma que,

A concepção do sistema de direitos fundamentais aparece originariamente na [...] teoria da integração. Por ela, **“os direitos fundamentais cumprem sua função integradora ao sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos prestam seu consentimento”**. O mérito da teoria dos valores consiste em ter posto em evidência “a inconsistência teórica e os riscos práticos que subjazem à tese positivista”, reafirmando-se a unidade do sistema dos direitos fundamentais, com a possibilidade de sua interpretação sistemática.

Continuando dessa premissa inicial observa-se que o Estado Democrático de Direito reflete, além da vontade da maioria, os interesses mais relevantes de uma sociedade, de modo que o

5 Aqui não interessa para o presente estudo os significados conexos do garantismo penal, tais como o modelo normativo de direito, a teoria jurídica e a filosofia política, posto que não se trata de objetivos a serem alcançados na pesquisa, o que a explanação deste tópico se coaduna apenas em estabelecer o liame penal constitucional brasileiro com o direito penal do inimigo.

6 **Grifo nosso.**

garantismo nesse Estado de Direito funciona como uma espécie de técnica de barra e estabelece, a partir dos Poderes constituídos⁷.

3.1.2.2 O Garantismo Penal e Direitos Fundamentais: o Estado-juiz sob a Égide Prático-Constitucional

O presente subtópico tem por finalidade apenas de explicar, de modo superficial, a condução e o asseguramento do garantismo penal sob a égide constitucional na prática, ou seja, diante do processo penal. Muito embora seja uma explanação superficial o objetivo maior a que se deseja alcançar é tão somente o de estabelecer um liame comportamental do Estado-juiz perante tanto o direito adjetivo quanto ao material envoltos do manto constitucional, para que assim se possa compreender melhor as diagramatizações feitas ao longo de todo o Tópico 4.2 do presente estudo.

Pois bem, ao conferir o texto constitucional de 1988 observar-se-á que a mesma estabelece diretrizes garantistas limitadas pelo poder punitivo do Estado e que, em consequência garantem/ tutelam a estrita atenção aos direitos fundamentais, de modo a serem delineados pelo magistrado no âmbito penal e processual penal.

Esse fenômeno jurídico-político, segundo Prado (2006, p. 11), “[...] nada mais é do que a política da própria Constituição expressa na defesa intransigente dos direitos fundamentais.”

Isso quer representar que a ação dentro dos parâmetros constitucionais e legais tem como objetivo o encontro da efetividade de acordo com esses mesmos parâmetros que visam, além de outras funções, coibir a prática de excessos ao longo do processo.

Nessa direção Giacomolli (2006, p. 27), comenta que,

⁷ Nesse sentido cumpre observar que o garantismo deve ser compreendido como uma forma/ instrumento de estabelecer e de produzir, a partir dos mecanismos jurídicos, a defesa dos direitos fundamentais, que são externos aos sujeitos humanos e que devem ser garantidos em todas as esferas, notadamente no âmbito estatal.

[...] o desafio do magistrado, na atualidade, é colaborar na construção do direito como um sistema de garanti as constitucionais, na direção da tutela dos direitos fundamentais, mormente na preservação da dignidade do ser humano [...].

Mas é de se perceber que hodiernamente ainda pode haver magistrados com uma mentalidade inclinada ao autoritarismo enrustado no Código de Processo Penal vigente que ainda não se apercebeu dos parâmetros constitucionais delineados ao garantismo penal, muito embora defendam um aspecto social que fez gerar esse mesmo Código de Processo Penal.

Isso quer representar no campo prático que esses magistrados estão legitimados do propósito de coibir a prática de atos arbitrários por outros agentes públicos, muito embora a Carta Política de 1988 resguarde o modelo garantista que lhes dão poder a garantir os direitos fundamentais de modo a que eles produzam eficácia imediata na etapa processual da persecução penal (CARVALHO, 2002).

Dentro desse contexto prático-processual Ferrajoli (2014, p. 109), assevera que, “[...] a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei, somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição”.

Nesse mesmo sentido Rosa (2014, p. 37), comenta que,

[...] na prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar oxigenação constitucional de viés garantista, para aferição da constitucionalidade material e formal da norma jurídica. E somente assim se dá a devida força normativa à Constituição.

Assim sendo, percebe-se que logo a promulgação da Carta Política de 1988, o magistrado não poderá se encontrar atrelado a vontades e a interesses que se distancie da proteção dos direitos fundamentais voltados ao processo penal, muito pelo contrário, o

Estado-juiz deve ter um posicionamento estrito a positivação constitucional isso porque o magistrado passa a ser um agente político garantidor de todo o sistema.

Então, dentro das diretrizes jurídico-garantista o magistrado tem a legitimidade para dirigir os atos processuais para, ao fim, determinar a pena, mas que, sua bússola se perfaz por todo o manto constitucional direcionado a tutelar todo o sistema processual e os direitos fundamentais inerentes ao demandado.

Ocorre que as contradições podem ser visualizadas no cotidiano da prestação jurisdicional, já que mesmo que a Constituição tenha introduzido uma modificação de cunho garantista no desenho político criminal, o juiz ainda tem como horizonte a interpretação do Código de Processo Penal.

Ora mais, as proposições garantistas do devido processo legal, previstos explicitamente na Carta Política de 1988 alegam um entendimento necessário e obrigatório a ser perquirida pelo magistrado, o que sobremaneira demonstra uma importância na garantia dos direitos fundamentais.

Tem-se por exemplo, a questão da imparcialidade e independência do magistrado, posto ser uma finalidade imperativa da prestação jurisdicional, isso porque a questão de imparcialidade e independência é diretrizes principiológicas do devido processo legal garantista. Outra é a questão que envolve o princípio da presunção de inocência⁸, que no transcorrer do processo penal o magistrado tem o dever garantista de agir de modo a considerar e a tratar o réu como se o mesmo, apesar de estar sendo processado, ainda sim se encontre naquele momento sem nenhuma condenação.

⁸ Cf. Inciso LVII, do artigo 5º da CRFB/88.

Essa diretriz penal garantista se estabelece pela própria postura judicante do juiz ao longo do processo penal, ou seja, a de garantir a não culpabilidade constitucional do acusado (CARVALHO, 2002).

Pois bem, visto isso chega-se ao mesmo tempo que fora explanado a questão do garantismo penal tanto em questões material e processual, pode se observar que um dos pilares do próprio direito penal e processo penal estão dentro de uma feição principiológica, o que na verdade podem ser acopladas mudanças de teoria adotada ou mesmo mudança na própria legislação, seja ela constitucional ou infra-constitucional.

Não se nega a grande dificuldade de se chegar a tal mudança, mas que depende de uma nova construção jurídica, ou seja, de uma nova visão do legislador ordinário e dos membros da Corte Suprema do Brasil acoplados aos anseios sociais atuais.

3.1.3 Segurança Pública, Estado Democrático de Direito e os Princípios Constitucionais Penais.

3.1.3.1 Segurança Pública e Sistema Penal Brasileiro: a Relevância do Bem Jurídico

A noção de governo se encontra intrinsecamente relacionada à de intervenção, posto que para um convívio em sociedade quer representar um controle das incomensuráveis condutas que os membros dessa sociedade podem ter em decorrência a um bem juridicamente protegido, de modo que essa atuação de controle, notadamente no âmbito penal, é do ente estatal, de maneira que esse mesmo ente permita, em exceção à regra, a autotutela.

Assim, vez que em um Estado Democrático de Direito, a segurança pública se perfaz numa instrumentalidade necessária na garantia da paz social, de maneira que os órgãos pertencentes a esse ente estatal possam garantir efetivamente a concretude desses direitos.

Para Neto (1998, p. 71), segurança pública é,

Atividade administrativa do Estado que tem por fim limitar e condicionar o exercício de liberdades e direitos individuais visando assegurar, em nível capaz de preservar à ordem pública, o atendimento aos valores mínimos da convivência social, notadamente a segurança, a salubridade, o decoro e a estética.

Desse modo, percebe-se ser a tutela dada pelo ente estatal de reprimir toda e qualquer ameaça por meio do poder de polícia, o que isso decorre em garantir ao mesmo tempo todos os demais direitos estabelecidos pela Carta Cidadã de 1988.

É nessa diagramatização que essa Carta Cidadão de 1988⁹ garante o direito à segurança, que por sua vez se estabelece como sendo um direito fundamental.

A adoção de medidas efetivas para prevenção e repressão de crimes está cristalizado como dever do ente estatal, direito e responsabilidade de toda a sociedade, de modo que a própria Carta Cidadã de 1988 reza como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, a erradicação da marginalização e a construção de uma sociedade livre e justa¹⁰ (BRASIL, 1988).

Apesar de implementação de políticas públicas por meio do ente estatal, na busca de alterar o sistema penal, pode-se verificar que elas não guarnecem de efetividade. Muito embora inúmeras legislações foram produzidas a partir desse intuito, ou seja, de guarnecer/proteger a sociedade, ainda assim são carentes de eficácia no que diz respeito a combater. Antigo é o argumento de que o ente

⁹ Cf. Artigo 6º, última parte cominado com o artigo 144 da CRFB/88.

¹⁰ Cf. Incisos I e III do artigo 3º da CFRB/88.

estatal devendo combater as causas da criminalidade com medidas, ou políticas, eficazes, finda por adotar uma política tímida que resolva substancialmente o problema, de modo que a ausência de rigor nessas políticas acaba por agravar ainda mais os problemas associados a criminalidade (BOZZA, 2015).

Abordando do direito penal como um dos instrumentos garantidores das políticas públicas, Prado (2019, p. 16), leciona que,

A ciência do Direito Penal deve empenhar-se na busca de diretivas (realistas e eficazes) – sobretudo diante de uma experiência legislativa pouco favorável – para uma racional concretização e individualização dos interesses mercedores de proteção.

Nessa sintonia, o que se observa nas políticas públicas, é que elas representam o somatório das ações de governo, posto serem criadas pelas autoridades de maneira a influenciar e controlar a conduta humana por meio de sanções positivas e negativas (BITENCOURT, 1993; OLIVEIRA, 2001).

Parece ser proposital que o sistema penal há décadas produz e incentiva a criminalidade, de modo que contraria até mesmo a Carta Cidadã de 1988, esta que inclusive apregoa direitos e garantias penais e processuais penais aos sujeitos¹¹, assim como apregoa como direito fundamental à segurança¹² e o combate a marginalização¹³, em benefício desses direitos que está voltado a todos os membros da sociedade, de modo a buscar guarnecer urgentemente a implantação de um novo sistema penal, este por sua vez mais severo, coma possibilidade inclusive de remoção de garantias constitucionais sem que para tanto não torne o processo penal sem respaldo jurídico e contrário ao ideal de justiça (OLIVEIRA, 2001).

Como responsáveis pela elaboração do tecido legal, o Poder Legislativo ainda assim sofre, sobremaneira, forte influência das

11 Cf. Artigo 5º da CRFB/88.

12 *Idem* artigo 144 da CRFB/88.

13 *Idem* inciso III do artigo 3º da CRFB/88.

políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, por razões de que a legislação produzida é uma decorrência da própria política criminal adotada, bem como assim essa mesma legislação ainda pode sofrer interferência do Poder Judiciário quando por exemplo, se questionado uma eventual norma inconstitucional (BOZZA, 2015).

Como exemplo a essa afirmativa basta considerar o princípio da fragmentariedade¹⁴, em que o direito penal apenas deverá ater com a tutela de bens jurídicos considerados realmente relevantes, de modo a seleção do bem jurídico a ser protegido pela força do direito penal também se compreende se for coadunado a tal relevância (OLIVEIRA, 2001).

Nesse sentido, Prado (2019, p. 15), comenta que,

A ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do direito positivo.

O não comprometimento de proteção penal aos bens jurídicos tidos com relevantes, não são punidas de maneira efetiva, de modo a população sentir uma espécie de sensação de impunidade transborda em uma norma sem eficácia prática, o que sobremaneira desagua no seio social, posto que a conduta de um sujeito no seio coletivo necessita ser pautado por regramento de não fazer, muito mais do que afirmar aquilo que ele deve fazer, por isso mesmo a necessidade dos membros da sociedade ter em mente os limites do direito de cada um, bem como seus deveres (OLIVEIRA, 2001).

Prado (2019, p. 17) defende que,

O bem jurídico tem uma transcendência ontoaxiológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo depende, não já a estruturação técnica, senão a própria existência

¹⁴ Cf. Subtópico 4.1.3.2 do presente estudo.

do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura democrática.

Contudo Prado (2019, p. 31), alerta para uma relativização do bem jurídico protegido pelo direito penal. Nesse sentido assevera que,

Os bens jurídicos não são protegidos de modo absoluto pelo Direito Penal, sendo que este último tão somente os protege diante de certas formas de agressão¹⁵. E esse âmbito de tutela se encontra determinado pelas concepções ético-sociais, jurídicas, políticas (e econômicas) dominantes. Tais concepções se transformam com o passar da história, variando no tempo e no espaço.⁶⁰ Não há que se falar aqui em atitude interna, de ordem moral ou de pura ética, mas sim de atitude jurídica relativa ao bem jurídico. [...] o Direito Penal protege bens jurídicos através das normas de determinação (mandamentos e proibições).

Pois bem, visto isso, é determinante que um dos papéis desempenhados pelo ente estatal para que assim possa garantir a harmonia social, criando, no caso, políticas públicas, notadamente no tocante penal e segurança pública, deve-se realizar uma análise entre os três Poderes da república frente aos anseios sociais (OILIVEIRA, 2002).

Nada se sustenta quando da implementação de políticas públicas, bem como a feitura de um tecido legal se não houver minimamente uma organização e agentes públicos comprometidos em realizar/construir uma estrutura que busque estabelecer uma persecução penal funcionar de maneira efetiva. É de se considerar de que enquanto não houver consonância, por parte de todos, na feitura de um tecido legal penal, bem como investimentos financeiros para combate à criminalidade não haverá, portanto, credibilidade de legitimidade do sistema jurídico brasileiro (OLIVEIRA, 2001; BOZZA, 2015).

Diante de tudo isso, notório deduzir de que o todo o sistema penal, incluso a segurança pública, irá sucumbir se houver exageros de flexibilização do sistema detrimento do réu, com uma série de

¹⁵ Grifo nosso.

benefícios que lhe é dado pelo tecido legal, tanto material quanto processualmente, a configurar um garantismo penal excessivo e distante dos anseios sociais relevantes.

4.1.3.2 Princípios Penais Constitucionais Norteadores

O presente sub-tópico tem por objetivo maior o de explanar, de maneira básica, sobre o conjunto de princípios que norteiam o direito penal. sendo assim, o delineamento feito perfaz apenas, e tão somente, uma apresentação dos principais princípios que norteiam o direito penal, não sendo compromisso se aprofundar em cada um dele, visto que nos próximos Tópicos¹⁶ eles serão reanalisados, contudo, numa visão de terceira velocidade do direito penal, ou seja, para que facilite estabelecer argumentos desta teoria do direito penal em detrimento da teoria garantista.

Nesse sentido, este estudo se reserva em apenas definir o que seja princípio, bem como apontar os mais relevantes para o tema da pesquisa, sem, contudo, estabelecer nenhum juízo de valor.

Pois bem, dito assim, pode-se definir, como bem definido por Reale (1995, p. 303), da seguinte forma: “[...] princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.”

Na mesma direção Mello (2006, p. 454), leciona que um princípio jurídico é,

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico.

¹⁶ Cf. Tópicos 4.2 e 4.3 do presente estudo.

A partir dessas definições sabe-se que os princípios se configuram como sendo pressupostos de efetividade da própria existência do direito.

Sobre a função dos princípios dentro do ordenamento jurídico, Siqueira Júnior (2004, p. 161-162), comenta que eles, “[...] orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais [...].”

Dentre os princípios que norteiam o direito penal, este estudo apresenta dez, dentre os vários existentes na doutrina interna e externa, passemos a abordar cada um deles a seguir.

O primeiro princípio a ser abordado não poderia ser outro senão o da *Dignidade da Pessoa Humana*. Esse é um princípio de roupagem eminentemente constitucional¹⁷, de modo a ser um dos pilares de sustentação de todo o Estado Democrático de Direito.

Para Barros (2016, p. 38), o princípio da dignidade da pessoa humana se configura como sendo,

[...] um postulado normativo que deve ser respeitado em qualquer situação, um valor que deve ser perseguido por toda a sociedade, base de construção de uma sociedade mais justa e solidária. Por sua importância no ordenamento jurídico e na vida em sociedade [...].

Assim sendo, a relevância primordial desse princípio se coaduna na garantia e na realização dos direitos fundamentais, não sendo dispensável a esse mesmo princípio, através do qual nasce e se alicerça um dos principais pilares do constitucionalismo jurídico hodierno, que inclusive compõe a noção política do Estado Democrático de Direito

¹⁷ Cf. Inciso III do artigo 1º da CRFB/88.

O segundo princípio de sustentação da estrutura jurídica penal é o da Legalidade. Está consagrado tanto na esfera constitucional¹⁸ quanto infraconstitucional.¹⁹

Dentro de um complexo de princípios o da Legalidade carrega em seu cerne o de maior relevância dentro do âmbito penal, posto que a norma penal se evidencia e se apresenta como sendo a única fonte do direito penal quando se deseja proibir ou mesmo impor condutas sob a intimidação de sanção, como bem segue o brocardo “Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal (GRECO, 2022).

Bonavides (1994, p. 112), leciona que esse princípio,

[...] nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa legibus solutus e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Então não se é possível, dentro de um Estado Democrático de Direito, se cobrar condutas que não estejam determinadas no ordenamento jurídico pátrio²⁰, conforme leciona Toledo (1994, p. 25) *apud* Greco (2022, p. 292):

[...] da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravamento da pena, como ocorreu no direito romano e medieval.

Nesse contexto, o direito penal que se encontra inserido sob a égide do garantismo penal, conforme já visto, deve necessariamente e

18 *Idem* inciso XXXIX do artigo 5º da CRFB/88.

19 Cf. Artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

20 Desde que considerando, sobremaneira os seus dois primeiros estágios de validade da norma jurídica, ou seja, criada por um órgão competente, e este seja competente em relação a matéria, e segundo que a norma jurídica seja devidamente publicada nos meios oficiais, para que assim, num terceiro momento, seja inserida no ordenamento jurídico e comece a produzir efeitos jurídicos.

imperiosamente separar e entender os critérios de legalidade circunscrita.

Partindo para o terceiro princípio do direito penal tem-se o da *Igualdade*. Consagrado na Carta Política de 1988²¹, esse princípio se delinea não apenas na verificação de uma isonomia formal, mas também dentro de uma isonomia material.

Esse princípio, segundo consta, que a atual Carta Política de 1988 determinou isonomia de direitos entre todas os sujeitos humanos evidenciando, sobremaneira, o tratamento equânime dos destinatários da norma jurídica (MELO, 2006).

Não é de se duvidar que a importância do referido princípio seja uma realidade hodierna, posto que a Carta Magna de 1988²² contempla referido princípio. E, nesse sentido é de se perceber que a Carta Magna de 1988 materializou, juridicamente falando, que a igualdade de direitos entre todos os sujeitos, consubstanciados nesse mesmo princípio devem seguir um delineamento igual entre toda e qualquer situação material e processual de diretos.

É de se perceber que o princípio da igualdade tem como premissa maior o de que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igualitária dentro dos seus parâmetros legais.

Dando sequência se tem o princípio da *Presunção de Inocência*. Também conhecido por presunção de não culpabilidade. Este se coaduna na máxima jurídica de que “ninguém poderá ser considerado culpado de algo enquanto não for sentenciado por isso”, ou seja o ordenamento jurídico pátrio estabelece a inocência a todos os cidadãos, mas uma vez acusado por crime, cabe ao órgão que lhe acusa de provar que se é culpado.

21 Cf. Artigo 5º, *caput*, da CRFB/88.

22 *Idem ibidem*.

Esse princípio tem por finalidade proteger a liberdade, evitando juízos condenatórios antecipados. Está pautado tanto na esfera constitucional²³ quanto infraconstitucional²⁴.

Sobre o quinto princípio tem-se o da *Ampla Defesa e do Contraditório*. Pautado na Carta Magna de 1988²⁵, esse princípio estabelece na possibilidade de qualquer acusado de demonstrar sua inocência pelas vias lícitas que Justiça lhe concebe.

Sena (2021, p. 133), faz a seguinte afirmação:

Entende-se como direito ao contraditório o próprio direito de contradizer, contrariar, contraditar. Se alguém o acusar de ter feito alguma coisa, o contraditório permitirá a você dizer que não fez o que lhe foi insinuado. É simplesmente isto: o direito de contradizer. Entende-se o direito de ampla defesa como a possibilidade de utilizado de todas as formas e meios admitidos no Direito para defender alguém da acusação que lhe for imputada.

Dentro da esfera penal, o referido princípio se configura como sendo requisito de validade do processo, ou seja, se apresenta como sendo a possibilidade de manifestação do sujeito que está sendo acusado de demonstrar para o Estado-juiz, por todos os meios legais que não é culpado.

Em seguida se tem o princípio do *Devido Processo Legal*. Princípio este consagrado na Carta Magna de 1988²⁶, bem como no Código de Processo Penal. este princípio é responsável por garantir, no processo judicial, a materialização de todas as garantias determinadas pelo ordenamento jurídico, de modo que ao acusado seja lhe dado um julgamento de maneira legítima.

Sena (2021, p. 132.133), leciona que,

O devido processo legal pressupõe urna oportunidade para o exercício das prerrogativas processuais relativas à defesa dos

23 *Idem* incisos LVII e LXI, do artigo 5º da CRFB/88.

24 Cf. Artigos 283 e 637, do Código de Processo Penal.

25 Cf. Inciso IV, do artigo 5º, da CFRB/88.

26 *Idem* inciso LIV, do artigo 5º da CFRB/88.

direitos de quem quer que seja. Não há de se falar em restrição de direitos sem que há já o momento oportuno para exercer essa prerrogativa. Lembre-se de que esse princípio se aplica tanto aos processos judiciais quanto aos procedimentos administrativos.

No sétimo tem-se o princípio da **Humanidade e Individualização das Penas**. Tem como finalidade maior o de barrar qualquer tentativa de retrocesso na quanto do agravamento de pena pelo legislador ordinário, como por exemplo a aprovação da pena de morte ou mesmo como prisão perpetua, trabalhos forçados, como regra²⁷, e não como exceção constitucional. É considerado como um desmembramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seguida se tem o princípio da *Proporcionalidade e da Razoabilidade*. Estes rezam que a pena não pode ser aplicada de forma injusta e que toda pena deve ser razoavelmente aplicada conforme o grau de conduta de cada agente agressor, ou seja, o Estado-juiz deverá ponderar entre a gravidade do fato e da pena.

Sena (2021, p. 132), comenta que:

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são princípios implícitos do texto constitucional, e atualmente estão entre os institutos mais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos. Eles são utilizados como parâmetro de limitado do poder estatal na medida em que o poder público utiliza-se de sua prerrogativa para restringir dos direitos dos indivíduos. Sempre penso em duas palavras para melhor compreender essas garantias: necessidade e adequação.

Prado (2019, p. 105-106), comentando sobre a proporcionalidade, faz a seguinte afirmação: “[...] o princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos [...]”.

²⁷ *Idem* inciso XLVII, do artigo 5º e inciso XIX, do artigo 84, todos da CRFB/88.

Por derradeiro tem-se o princípio da Intervenção Mínima e Fragmentariedade. O primeiro reza que cabe ao direito penal se ater a proteger bens considerados relevantes.

Lecionando sobre o princípio da intervenção mínima, Prado (2019, p. 103), afirma que,

O princípio da *intervenção mínima ou da subsidiariedade* decorrente das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, presentes no pensamento ilustrado, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Prado (2022, p. 104), comentando sobre o princípio da fragmentariedade, também afirma que,

[...] a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico dela se ocupa. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização.

Por fim tem-se o princípio da *Culpabilidade*. Este pressupõe ser possível um sujeito responder por uma conduta considerada reprovável pela lei mas que não lhe deu causa para desenvolver essa conduta.

Comentando sobre o referido princípio, Prado (2019, p. 99), faz a seguinte afirmação:

O postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade

– é uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado democrático de Direito delimitadora de toda a responsabilidade penal. Noutras palavras: o princípio de culpabilidade significa que a “pena criminal só deve fundar-se na constatação da possibilidade de reprovação do fato ao seu autor”. Assim, só pode ser punido aquele que atua culpavelmente e a pena não pode ir além da medida da culpabilidade. De relação direta com a legalidade penal, esse princípio reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. É postulado garantista essencial ao Estado democrático de Direito.

Bem, concluído o presente sub-tópico, constatou que no âmbito garantista que o direito penal brasileiro possui, percebe-se que os princípios apresentados funcionam como uma muralha de proteção ao sujeito delinquentes, muito embora isso ocorra ainda assim no Tópico²⁸ a seguir se fará uma argumentação toda no sentido da terceira velocidade do direito penal.

4.1.4 A Teleologia do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Uma vez dito que o Estado Democrático de Direito se encontra dentro do substrato do próprio ordenamento jurídico, posto que aquele está amparado por este. Também já fora dito que dentro desse mesmo substrato existem direitos fundamentais a serem preservados para que assim se possa viver em uma sociedade harmônica.

Pois bem, dentro dessa contextualização se faz necessário, nesse momento, estabelecer a funcionalidade do direito penal garantista para que se possa, em momento oportuno²⁹, estabelecer uma comparação com a funcionalidade do direito penal do inimigo.

Nessa ótica penal se perceberá duas funções do direito penal. A primeira delas é que a função do direito penal, seja ele garantista

²⁸ Cf. Tópico 4.2 do presente estudo.

²⁹ Cf. Tópico 4.2 do presente estudo.

ou não, está guarnecida na proteção de um bem jurídico considerado relevante para a sociedade, conforme já dito no presente Tópico³⁰.

Para um melhor entendimento da função do direito penal no Estado Democrático de Direito, deve-se ficar nítido que a primordial delas é indispensável proteção desses mesmos bens jurídicos relevantes, contudo, essa proteção deverá ser realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, ou seja, dentro de uma proteção a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

E essa função não deve ser limitadora, conforme apregoa Prado (2019, p. 31), quando observa que,

[...] a função do Direito Penal **não pode se limitar a uma proteção atual do bem jurídico**³¹, haja vista que para tanto chega tarde. Na verdade, consiste ela “essencialmente no fomento do respeito aos bens jurídicos”, e, para tanto deve a lei positiva penal obrigar aos cidadãos em sua consciência, justamente pelo conteúdo valioso desses bens.

Seguindo esse raciocínio tem-se que a interpretação dessa função indispensável proteção dos bens jurídicos relevantes se coaduna basicamente na proteção de bens jurídicos relevantes, propriamente ditos e considerados, bem como na necessária proteção desses bens, o que se entende assim na imperatividade da sanção penal contra a conduta de qualquer agente humano que viole um bem jurídico-penal relevante.

Nesse sentido se observa que a política penal se encontra enumerada pela Carta Magna de 1988, de modo a garantir a inviolabilidade de direitos fundamentais, este também tido como bem jurídico relevante a proteger um outro bem jurídico relevante, como a vida, a liberdade etc. (PRADO, 2019).

³⁰ Cf. Sub-tópico 4.1.3.1 do presente estudo.

³¹ **Grifo nosso.**

Assim sendo necessário se faz compreender uma projeção jurídico-doutrinária de que dentro da concepção de proteção de bens jurídicos relevantes se estabelece necessariamente pela dignidade penal e pela carência de tutela penal, isso se traduz como elementos norteadores de uma doutrina teleológico-racional do crime (PRADO, 2019; OLIVEIRA, 2001; BOZZA, 2015).

Seguindo esse raciocínio doutrinário é de se observar que a função do direito penal se ramifica por todo o sistema jurídico, bem como de justiça, basta, por exemplo, considerar uma pequena e importante fase do processo penal que é a aplicação da pena.

No contexto jurídico da pena pode-se observar que a função do direito penal, direcionada para aplicação de determinada sanção, a qual está determinada explicitamente pela norma jurídica penal, não se atrela somente em proteção de bem jurídico relevantes, isso pelo fato do ente estatal (neste caso representado por um agente político, o magistrado) somente aplicar a sanção penal quando da estrita observação da norma penal, bem como da proteção a ser dada ao bem jurídico relevante (OLIVEIRA, 2001; BOZZA, 2015).

Nessa mesma lógica, Prado (2019, p. 94-95), explica que,

[...] a importância e o fundamento da lei na área penal emergem de modo claro quando se acentua o significado de máxima garantia que representa para o indivíduo: tutela necessária em face da incidência da sanção penal sobre o bem jurídico essencial da liberdade pessoal.

O raciocínio jurídico acima pode ser estendido para todos os setores do direito penal, ou seja, o direito penal no seu primeiro estágio - que se estabelece no plano do tipo penal incriminador - possui a funcionalidade mesma de proteger os bens jurídicos relevantes, como por exemplo tem-se a proteção à vida, de modo que ao se buscar criar qualquer norma jurídica que afete diretamente esse bem jurídico relevante (a vida), essa norma, iniciada por um projeto de lei, não

deverá nem mesmo ser colocada em discussão para sua posterior aprovação.

Mas, mesmo que esse projeto venha a ser aprovado e sancionado pela autoridade competente, ainda assim essa norma jurídica será declarada, pelos instrumentos jurídicos específicos, como inconstitucional, por se tratar de um bem fundamental.

Concluído essa primeira função do direito penal, tem-se que a segunda função é a de assegurar/garantir a proteção do bem jurídico relevante.

Sobre essa garantia, Rocco (2001, p. 462) *apud* Prado (2019, p. 25), faz a seguinte afirmação:

O Direito Penal tem por finalidade “assegurar as condições de existência da sociedade, em garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum” (na verdade, garantia do próprio poder do Estado). Há um direito subjetivo público, como pretensão jurídica do Estado em relação ao indivíduo, sendo que lhe resta o dever jurídico de acatar ou não as imposições penais – chamada relação de obediência jurídico-penal.

Nesse sentido se pode verificar que o direito penal protege toda a sociedade contra potenciais agressores assim como também protege os agressores de quaisquer possíveis excessos que por ventura venham a sofrer durante seus julgamentos.

Muito embora tecer sobre direito penal na proteção/garantia de bens jurídicos relevantes se torna um tema muito amplo, ainda assim o recorte realizado para o presente tópico serve, como já dito inicialmente, apenas para ser melhor compreendido a possibilidade de implementação da teoria garantista por uma teoria, mesmo que parcialmente, do inimigo.

4.2 TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

4.2.1 Aspectos Gerais

Inicialmente cumpre informar que a teoria do direito penal do inimigo teve basicamente duas doutrinas como norteadoras, uma que se estabelece pelo direito penal simbólico e outra pelo direito penal positivo.

No que diz respeito ao direito penal simbólico, está nada mais é do que uma doutrina/teoria que se estabelece pela gerência de novos tipos penais os quais possuem alto grau de rigor e posto unicamente como resposta aos anseios sociais, de maneira que os que legitimaram se estatuem no poder tenham compreensão e dever daqueles que trabalham ao seu favor, porém, mesmo que na prática não percebam o grau de efetividade perante os exageros de seus preceitos (MOREIRA E OLIVEIRA, 2008).

Com isso, fica evidente que toda norma jurídica penal ao ser posta no ordenamento jurídico deverá atender a uma finalidade prática, ou seja, está a serviço do bem-estar social.

Assim sendo, a noção de um direito penal simbólico não deve ser desprezada, posto que as normas jurídicas penais possuem características essenciais que coíbem se ter tal comportamento pelas mesmas.

Isso pelo fato, como já discutido anteriormente, de haver bens jurídicos relevantes a serem protegidos direito penal, de modo que nada mais é do que preferir aquilo que, em relação a tempo e espaço, é tido como relevantes, e claro, simbolicamente deve ser protegido pelo direito penal. Interessante observar que o que se apresenta é a necessidade positivo-legal e a forma exacerbada de que a lei penal

deverá existir para tudo dentro do controle social criminal (MENEZES, 2009).

Assim sendo, ressalte-se que a teoria de Jakobs (2010) não torna irrelevante essa agressão ao bem jurídico relevante, mas se estabelece muito além que isso, de maneira que compreender a transgressão da norma penal é, na verdade, uma afronta ao bem jurídico relevante, e que, além disso, para a terceira velocidade, uma ação que tem como decorrência pôr em evidência toda validade do sistema penal, vez que no momento da transgressão da norma penal que tutela determinado bem jurídico relevante, o agente agride direto e imediatamente bens relevantes à sociedade, ao passo que caso não haja coibição do ato no mesmo nível de violência/agressão jurídico material para sanar de vez tal agressão, tal norma jurídica penal se apresentaria como norma inócua, ou seja, sem qualquer ineficácia, o que ao mesmo tempo tornaria essa mesma norma sem nenhuma validade concreta/material à sociedade.

Por isso mesmo a terceira velocidade do direito penal de Jakobs (2010) deve ser compreendida como fase subsequente de evolução do pensamento jurídico penal, ou seja, deve ser vislumbrada como um prolongamento da pretensão punitiva que se justificaria em decorrência do alto grau de perigo do agente agressor, ao mesmo passo em considerar o potencial risco de lesões extremamente grave (ALMEIDA, 2013).

É de se perceber que o fator determinante e conceitual da terceira velocidade do direito penal reside numa evolução histórica de acontecimentos, o que se distancia elementarmente de um desejo/pensamento autoritária da teoria de Jakobs (2010).

Bem, retornando a questão simbólica, pode-se deduzir que a noção apregoada pelo sistema do direito penal simbólico seria nada

menos que a criação de normas jurídicas penais como uma espécie de resposta imediata aos anseios sociais, provocando assim uma ideia distorcida e equivocada da bem-estar e de paz social ocasionadas pelos tipos penais excessivos.

Isso quer se traduzir que a norma jurídica penal não é dotada de plena eficácia pois carrega em seu cerne apenas uma representatividade daquilo que a sociedade desejaria ter como padrão normativo penal, ou seja, normas jurídicas penais meramente simbólicas. Já não se pode olvidar das normas de direito penal positivo, estas, na prática, carregam a necessidade de efetividade, gerando assim a noção de uma norma que possui, de fato, poder punitivo.

Bem, visto isso, e de modo objetivo, o Direito Penal do Inimigo é uma teoria fundamentada essencialmente na distinção entre cidadãos e não-cidadãos, que transcende o conceito de Direito Penal do Fato, para chegarmos ao Direito Penal do Autor.

Roxin (1995) *apud* Carvalho (2009, p. 6), faz a seguinte afirmação sobre:

[...] o que se faz culpável aqui ao autor não é que haja cometido um delito, mas só que o autor seja 'tal' se converte e, objeto de censura 'legal', com esse conceito Cláudio e Thamís tem o entendimento que 'neste caso, o autor é o inimigo e assim se aplica a ele o Direito Penal do Inimigo', ou seja, esse Direito pune o autor pela sua periculosidade e não pela sua culpabilidade.

Sánchez (1992) *apud* Moraes (2006, p. 200), o Direito Penal do Inimigo é aquela que,

[...] seria demonstrada por um Direito em que as garantias político-criminais sofrem uma grande flexibilização e uma aplicação mais incisiva da pena de prisão, com regras de imputação e critérios processuais, que dizem respeito ao chamado "Direito Penal do Inimigo", podemos dizer que esta teoria é uma junção da primeira e da segunda velocidade, isto é, tem a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade e de restringir o indivíduo de garantias.

Nesses termos pode-se afirmar que a tese da teoria do direito penal do inimigo se sustenta por três pilares, quais sejam: a) garantir a antecipação da punição do inimigo; b) permitir desproporcionalidade das penas e limitar as garantias processuais; e, c) permitir a criação de leis severas direcionadas à clientela dessa específica engenharia de controle social (JAKOBS, 2010).

As características mais marcantes do Direito Penal do Inimigo que são: a antecipação de punibilidade; não visa à proteção de bens jurídicos, mas a estabilidade de expectativas normativas; o processo é quase sumário, desprovido das garantias fundamentais e com relação às penas, verifica-se um notável *incremento* das margens penais e flagrante desproporcionalidade, entre outras (PRADO, 2019a).

Nessa perspectiva de noção do bem jurídico relevantes, conforme já tratado, tem-se difere do tratado pelo direito penal do inimigo. Assim, Jakobs (2010) *apud* Moreira e Oliveira (2008, p. xv-xvi), quanto ao conceito de bem jurídico e a proteção que deve ser dada a este pelo Direito Penal:

Enquanto a idéia de bem jurídico para o Direito Penal, pelo menos desde Birnbaum e Binding, na Alemanha, sempre esteve associada à proteção daqueles bens e/ou interesses culturalmente cultivados e assim valorados em determinadas comunidades jurídicas. Em Jakobs o que pode ser qualificado como bem jurídico penal é precisamente a norma penal, de cuja proteção há de se cuidar o Direito Penal, por meio daquilo que se denomina sanção penal [...].

Observe-se que Jakobs (2010) não é voltado à corrente de prevenção do direito penal e sim a posição de que o direito penal deve defender a própria validade da norma penal.

Para Jakobs (2010) *apud* Moreira e Oliveira (2008, p. 23), fazem a seguinte afirmação: “[...] um Direito Penal do Inimigo claramente delimitado é menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito,

do que misturar todo o Direito Penal com fragmentos de regulamentações próprias do Direito Penal do Inimigo”.

Este Direito rompe com todo o paradigma criado pelo Direito Penal convencional, pois visa punir de forma mais severa não somente o autor do delito, o que executa, por sua periculosidade, mas puna severamente também o autor intelectual (RAIZMAN; PEDRINHA, 2022).

A teoria visa proteger aqueles que de certa forma ainda carregam consigo o *status* de cidadão, ou seja, que não violaram as leis e que não desprezam o ordenamento jurídico do meio em que vive, perdendo assim o direito às suas garantias, onde a pessoa passa a ser tratada como mero objeto.

A crítica feita nesse sentido se localiza na própria Carta Política de 1988 de não admitir que pelo fato de uma pessoa ter cometido um delito não pode, mesmo que quisesse revogar seus direitos.

Na visão de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 85), “[...] será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.

Zaffaroni (2007, p. 29-81) diz que cria-se a figura do inimigo desde antigamente para que o Estado possa justificar sua atuação brutal e incisiva, e para exerça o seu poder, precisa de um novo motivo, já que com as conquistas dos direitos e garantias limitou seu poder.

Pois bem, o Estado tem uma grande parcela que contribuiu e contribui com a criminalidade, pois para que se tenha uma sociedade digna, é preciso que o ente estatal proporcione aos seus cidadãos condições mínimas para uma vida digna, é preciso que se cumpra dentro das possibilidades do Estado, porém em sua máxima

efetividade os direitos garantidos na Lei Maior, tais como: moradia, saúde, educação, alimentação

Algumas pessoas vão desencontro com o Estado porque buscam a proteção do Estado a determinados bens e para isso cometem algum delito para assegurar tal condição.

Nas palavras de Moreira e Oliveira (2008, p. 10):

Por isso, o Estado moderno vê, no criminoso, um fato - e novamente escolho a palavra inexata - normal, diferentemente dos rigorosos teóricos do contrato social, Rousseau e Fichte, não um inimigo que se deve destruir, mas um cidadão, uma pessoa que, mediante seu comportamento, lesou a vigência da norma e que, por essa razão, será chamado de modo coercitivo, mas na qualidade de cidadão (e não como inimigo), a recompensar os danos caudados a ela causados. Isso acontece quando se mostra, por meio da pena, ou seja, pela subtração dos meios de desenvolvimento do agente, que se mantém a expectativa por ele frustrada, tratando-as, pois, como válidas, e os princípios de conduta do agente, como anormativos.

Jakobs (2010) *apud* Oliveira (2008, p. 41), defende a aplicação do direito penal do inimigo asseverando que,

[...] o Direito Penal do Inimigo não constitui um código de normas para a destruição ilimitada, mas sim, no Estado de Direito gerido de forma inteligente, uma *ultima ratio* a ser aplicada conscientemente, como exceção, como algo que não se presta a um uso duradouro.

Assim, em uma análise objetiva jurídico-constitucional o Estado pode sim se valer de mecanismos jurídicos constitucionais de modo a recepcionar a teoria do direito penal do inimigo, não bastando para isso apenas fazer quando de uma sociedade em grau profundo de desordem/caos social.

Basta para tanto que o legislador originário possa reconhecer a necessidade de uma mudança de paradigmas penal/constitucional e passe a estabelecer limites para determinados sujeitos que impetram condutas de alto grau de lesividade social, como são, por exemplo,

os casos de terroristas, corrupção, tráfico de drogas, organizações criminosas etc.

4.2.2 Do Cidadão ao Inimigo: Contornos Filosóficos da Terceira Velocidade

4.2.2.1 Rousseau e Fichte e o Inimigo

Há 350 anos, já se fazia distinção entre cidadão delinquente e alto traidor como acentua Hobbes (1979) *apud* Jakobs (2010, p. 37):

[...] aquele é condenado segundo as leis promulgadas, mas este é combatido como inimigo, e a razão dessa diferença é evidente uma vez que aquele que busca uma vantagem individual, o que, com efeito, não deve ser tolerado, mas não coloca em dúvida o todo, enquanto este último, o alto traidor, combate o princípio, e o princípio, em Hobbes, está encarnado na soberania concreta.

Para os positivistas, segundo Zaffaroni (2007, p. 93),

O inimigo ou estranho não era alguém assinalado como tal pelo poder, mas sim pela natureza, pretendendo deste modo a existência ôntica do inimigo; o estranho do positivismo não é um inimigo político no sentido de que assume esse caráter em função de um ato de individualização política ou de poder – diferentemente do que Carl Schmitt logo definirá –, mas sim um inimigo ôntico [...].

Com um posicionamento mais radical afirmava Liszt (1999) *apud* Zaffaroni (2007, p. 95):

[...] os casos de enfermidade social que costumam ser designados sinteticamente pela denominação genérica de proletariado, mendigos e vagabundos, alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição, vigaristas e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais. Todos eles formaram o exército dos inimigos por princípio da ordem social, em cujo estado-maior figura o delinquente habitual.

Rousseau (1953, p. 23) *apud* Zaffaroni (2007, p. 121-122), apresenta o entendimento de que:

Todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por suas más ações, rebelde e traidor da pátria, deixando de ser membro dela ao violar suas leis e até lhe fazer a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se executa o culpado é mais como inimigo do que o contrato social foi rompido e, por conseguinte, de que ele já não é membro do Estado. Não obstante acrescenta: Não existe um homem mau que não se possa tornar bom para alguma coisa. Não existe direito para fazer morrer, nem sequer por exemplaridade, a não ser àquele a quem não se pode conservar sem perigo.

Rousseau *apud* Zaffaroni (2007, p. 122), apresenta ainda “[...] um Estado só tem como inimigo outro Estado, e não homens” o que nos mostra argumentos contraditórios. Já na visão de Fichte (1960, p. 19) *apud* Zaffaroni (2007, p. 123), admite como “[...] inimigos do Estados os assassinos, incorrigíveis e traidores”.

Para Jakobs (2010, p. 39), Inimigo,

[...] é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em riscos a própria existência do Estado, apontando como exemplo maior afigurado terrorista”. São eles: criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.

Nessa ótica o inimigo é aquele em que afronta não só as especificidades estruturais de um Estado soberano, mas também aquele que contribui/desenvolve uma agressão a qualquer cidadão de modo a atingir não só a integridade física e psíquica desses cidadãos, mas também a essência da norma jurídica penal naquilo a que ela foi criada para resguardar, ou seja, para a norma e para além da mesma.

4.2.2.2 Hobbes na Justificação da Terceira Velocidade

Dada a complexidade que comporta o tema na sua singularidade, vez que na órbita penal os contornos jurídicos se perfazem numa velocidade muito mais acelerada do que em relação a outros ramos do

Direito, assim é que se visualizou durante a execução da pesquisa que o referencial teórico também se passaria por contornos diversos, não só no espaço jurídico, mas político, filosófico, sociológico, histórico, e até mesmo psicológico.

Para entendermos melhor toda a convalescença, precisou-se inicialmente de compreender o Homem na sua diagramação natural, bem como sua relação inicial e atual com o Estado e a Sociedade, e para tanto, utilizou-se *Leviatã* de Hobbes (1979), posto entendemos que esse clássico é tido, na área da ciência política, como um marco inicial que se impõe como relevante referencial à passagem do pensamento político para a modernidade política.

Numa especificação ampla, verifica-se a defesa de um Estado absoluto, forte em que contextualiza um momento de insatisfações e instabilidade política na Inglaterra, e assim reflexões e conceitos foram desenvolvidos sobre a natureza humana, tais como suas próprias relações sociais, bem como o papel do Estado como suporte primeiro na formação da sociedade civil.

Para esses contornos iniciais *Leviatã* propiciou um esboço maior sobre a singularidade e importância do Estado na vida dos indivíduos, no que diz respeito principalmente a conduta. Visto que verificou-se ser aterrorizador constatar, entretanto, que os instrumentos e os desejos de dominação entre os homens tidos atualmente, pouco diferem dos de meados do século XVII.

Ponto importante a ressaltar fora a não limitação a uma conceituação de estado de natureza para demonstrar a relevância do papel do Estado, posto que se trabalhou num sentido de estarmos em uma situação onde o Estado possa ser mais efetivo para impor a ordem, de forma a compreender a natureza humana, partindo de uma teorização sobre um modelo de Estado que fosse o mais eficiente

possível na tarefa de garantir a manutenção do Estado de Sociedade (HOBBES, 1979).

Verifica-se haver uma necessidade constante do Estado tomar medidas que efetivamente propicie a harmonização no seio social. Quando não se for possível, conseqüentemente a sociedade, assim como o Estado, sucumbe, pois, essa diagramação política dada por Hobbes (1979), nos deu condições de justificação para a importância de o Estado tomar posturas mais efetiva no combate à criminalidade, mas que não se fará necessário a realização de uma varredura nas garantias Constitucionais dos indivíduos.

Nesses contornos, é que passa a trabalhar com a realidade hodierna, posto que segurança pública se encontra em caos, onde não se consegue aplicar o aspecto trifásico da pena, desde a proporção da mesma à ressocialização do preso, e é nessa diagramação que se encontra várias outras questões polêmicas tais como a indagação no sentido de que: como ressocializar pessoas que, se quer foram socializadas?

Observa-se assim que o Estado, numa visão hobbesniana, deve adotar uma postura para a mudança de uma legislação mais rigorosa, se é imperioso refletir sobre o momento no qual a mesma está sendo decidida, e nesse ponto, o legislador atento, deve deliberar sobre os fatores que geram tal quadro social. E muito embora se tenha boas intenções, pode-se visualizar que a impunidade tem efeitos mais significativos na redução da criminalidade que diversas alterações na legislação mais recentes.

Então o reforço dado por Leviatã ensejou um contorno inicial justamente para pudermos demonstrar a necessidade de um Estado mais presente.

Num sentido mais amplo, a obra de Jakobs (2010), intitulada *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas, necessitou-se dá um contorno geral da Teoria do Direito Penal do Inimigo.*

Direito Penal do Inimigo é uma teoria de um Direito prospectivo e segregacionista, formulada pelo jurista alemão Jakobs (2010), um dos discípulos de Hans Welzel (1904-1977), onde utilizou essa expressão pela primeira vez em 1985, mas que só teve desenvolvimento teórico e filosófico a partir da década de 1990 e que tomou maior enfoque entre estudantes e profissionais do direito depois do atentado terrorista nos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001.

Jakobs (2010) inspirou-se em filósofos que elaboraram a fundamentação da teoria do contratualismo do Estado³², a teoria da terceira velocidade adota um posicionamento de restrições de direitos e garantias de determinadas classes de delinquentes, aqui denominados de inimigos do Estado, nela a pena assume um papel ainda mais intimidador, que é retribuição pelo crime praticado pelo autor, que sugere mecanismos repressivos, utilizados com força coercitiva e se lançando como resposta rápida e digna para a sociedade, prometendo com isso o fim da criminalidade e impunibilidade.

A teoria da terceira velocidade se funda em três pilares: a) garantir a antecipação da punição do inimigo; b) permitir desproporcionalidade das penas e limitar as garantias processuais, e; c) permitir a criação de leis severas direcionadas à clientela dessa específica engenharia de controle social (JAKOBS, 2010).

É sabido que os direitos e as garantias individuais advindas do Direito destinam-se somente àqueles sujeitos que como cidadãos desenvolvem uma conduta aguardada pelo Estado. Por conseguinte, o sujeito que desenvolve uma conduta reprovável pelo Estado, não é

³² Em especial tais como Thomas Hobbes (1588-1679) e Immanuel Kant (1724-1804).

considerado como cidadão, e passa, nessa ordem, a ser um inimigo que não goza de qualquer direito ou garantia individual.

Nessas circunstâncias, Jakobs (2010, p. 26), utilizando-se da teoria contratualista de Hobbes e entendendo que um sujeito descumpre o contrato social fica privado do status de cidadão, devendo ser visto como inimigo e ser excluído das normas deste contrato, e assevera o seguinte:

De maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinqüente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, o seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: “Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza [...]”.

Nesse sentido, verifica-se que a terceira velocidade do Direito Penal relaciona-se com a ideia de segurança, perfazendo-se nas formas possíveis para obtê-la e que essa exclusão do sujeito delinquente se apresenta como um meio adequado a tal fim, a ponto de visibilidade da sanção não se dá por meio de penas, posto que estas pressupõem que o delinquente é um sujeito, o qual possui garantias, no entanto, por meio de medidas de segurança, representando assim uma coação, incapacitação e exclusão do delinquente, tido como inimigo, e, portanto, não considerado como pessoa.

Tanto é assim, que Jakobs (2010, p. 23), que,

[...] no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede - neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena - de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito penal do inimigo (neste contexto, Direito penal ao menos em sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) ao invés do Direito penal do cidadão, e a voz ‘Direito’ significa, em ambos os conceitos, algo claramente diferente [...].

E aqui voltaremos a confrontar com os ensinamentos de Hobbes (1979), de que o Estado como garantidor da ordem social, possui o direito de procurar segurança frente ao sujeito delinquente, estabelecendo inclusive formas processuais legitimadas, tais como a prisão antecipada, o uso de medidas forçadas para a obtenção de informações, a manutenção de segredos processuais frente ao detido e a proibição de comunicação com o exterior ou com seus defensores.

Até porque como bem menciona Jakobs (2010, p. 40),

[...] o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação [...]. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Nessa ótica é que para estabelecermos as bases e os contornos conceituais de negação ao direito penal do inimigo, o pensamento de Jakobs (2010), deve ser totalmente evidenciado para que assim se possa delimitar no campo das garantias constitucionais de todo e qualquer sujeito, mesmo o que delinque.

Como se percebeu, o direito penal do inimigo é uma teoria fundamentada essencialmente na distinção entre cidadãos e não-cidadãos, que transcende o conceito de direito penal do fato, para se chegar ao direito penal do autor, isto é, um direito para punir o autor pela sua periculosidade e não pela sua culpabilidade.

4.2.2.3 Cidadão e Inimigo em Jakobs

O presente item é apenas um reforço aos demais itens já apresentados, bem como os mais a frente, de modo que se estabeleça apenas um esclarecimento mais objetivo do que venha a ser o cidadão e o inimigo.

Pois bem, nesses termos, o cidadão na visão da terceira velocidade não se refere ao sujeito que não transgrida uma norma jurídica penal, mas sim o sujeito para quem o crime é um acidente de percurso, e ao passo que esse sujeito transgride a norma o mesmo já se fixaria na condição de que se deve voltar a respeitar o sistema jurídico penal.

Observe que não se trata de uma distinção aleatória vez que a conduta do sujeito é o que determinará a condição de cidadão, ou seja, o cidadão poderá vir a transgredir a norma jurídica penal, contudo ele viola apenas a condicionante normativa inicial, isso porque não tinha na sua intenção de romper a norma jurídica penal, mas as condições fáticas o levou a rompê-la.

Já o inimigo é o sujeito que além de transgredir a norma jurídica penal em si, ele ao mesmo tempo também rompe as garantias e proteções que essa mesma norma penal possui como função. Esse inimigo transgride por princípio, ou seja, por determinação em romper com o contrato social, que, conforme já explanado, havia concordado em cumprir de modo a ter se filiado, portanto, se torna um malfeitor do sistema jurídico, conseqüentemente do Estado. O estreito entre a conduta do agente não se limita apenas em romper a norma em si, porque seu desejo está para além disso, ou seja, para além da norma.

O inimigo é em sua espécie um perigo/mal a ser corrigido e não um sujeito de direitos, de maneira que os direitos e garantias servem para os que respeitam o ordenamento jurídico que está para a coletividade. A partir do ponto que o sujeito não deseja mais fazer parte desse contrato social (que aceitou e se filiou, outrora), não se pode mais se falar em garantias e direitos fundamentais do mesmo, sejam na esfera material e processual.

Nessa perspectiva, a terceira velocidade tem entre seus fundamentos (entre outros já mencionados), no pensamento jusfilosófico, notadamente como visto, no contratualismo, de modo que fora verificado que cada um deles, seja em Hobbes (1979), seja em Rousseau (1980), mesmo constatada as diferenças entre ambos quanto a definição e efeitos/reflexos, contudo, todos estão sob os auspícios de que o sujeito uma vez inserido no seio social, declara aderência a um contrato social, o que gera uma expectativa legítima no outro, de que será respeitado o que ficou convencionado, como por exemplo respeitar o ordenamento jurídico, notadamente o sistema jurídico penal.

Uma vez identificado o inimigo na visão da terceira velocidade, cabe salientar qual ou quais seriam as espécies de crimes poderia ser aplicada. Pois bem, a terceira velocidade não seria aplicado para todos as condutas, mas sim para aqueles crimes de alto grau de nocividade, como por exemplo são os tidos pelo ordenamento jurídico pátrio, com aspectos hediondez³³, ou terrorismo³⁴, ou abate³⁵, ou mesmo quando da execução da pena³⁶, organizações criminosas³⁷ etc.

Interessante observar que em termos práticos, a aplicação da terceira velocidade significa a conjugação dos elementos do tipo, isto é, personalidade do agressor, as circunstâncias do tipo penal, bem como o critério objetivo, do qual já fora falado, o bem jurídico relevante que sofrera violação.

E é justamente nesse entorno jurídico que a sanção penal voltada ao cidadão, se estabelece como uma espécie de compensação de um dano à norma jurídica penal, contudo, em referência ao inimigo ela se caracteriza detentora de natureza prospectiva, devido a própria

33 Cf. Artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

34 Cf. Artigo 2º da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

35 Cf. Artigo 303 e §§, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

36 Cf. Artigo 52 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

37 Cf. §1º do artigo 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

feição normativa da punição da conduta praticada, tem como objetivo maior o de coibir evitar o perigo que o sujeito representa à sociedade, bem como ao ente estatal.

Para Jakobs (2010, p. 39):

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.

Vale ressaltar aqui que nessa passagem verifica-se que a maior teleologia da terceira velocidade quando se define o inimigo, é na verdade ter com que a seja totalmente extinta, de modo que ao invés de punir o transgressor da norma jurídica penal pelo seu ato, o mesmo será condenado pelo seu grau de perigo que representa tanto ao Estado quanto ao seio social, e assim o ente estatal o submete a medidas de segurança drásticas, conforme seu grau de perigo.

E se se fala em punição, se fala também em sanção, nesse caso, salienta-se a necessidade de se ter a escolha de sanção penal frente aos diversos tipos penais, isto é, um sistema penal unicamente no foro de um fato como sendo crime, não alimenta as finalidades para os quais a norma jurídica penal fora criada.

Firma-se assim o entendimento da teoria da terceira velocidade do direito penal na perspectiva do crime/tipo não se considera se o sujeito seja cidadão ou inimigo, vez que ambos, como já dito, são passíveis de transgredir a norma jurídica penal, ambos irão sofrer consequências jurídicas, contudo, essas consequências não serão, nem por perto, iguais.

O grau de periculosidade do agente agressor se faz necessário frente a violação do bem jurídico relevante, bem como a análise da personalidade tendente ao crime que o inimigo possui, isso é o que se justifica uma sanção penal mais agressiva, mais violenta.

Então, é justamente nessa lógica sócio-política e político-jurídica que a capacidade de ofertar a segurança suficiente quanto ao não descumprimento das normas jurídicas penais que se perfaz, e se justifica, a laicização entre o cidadão e o inimigo.

4.2.3 O Funcionalismo Sistêmico de Jakobs.

4.2.3.1 Considerações Iniciais ao Direito Penal Máximo e o Funcionalismo Sistêmico

No Tópico anterior se estabeleceu uma abordagem sobre o Direito Penal Garantista, bem como a funcionalização do Direito Penal, quais sejam, a proteção e garantia dos bens jurídicos relevantes.

Pois bem, dentro dessa mesma sistemática tem-se no presente Tópico a discussão acerca do Direito Penal do Inimigo, também comumente conhecido como Direito Penal Máximo, ou de Terceira Velocidade.

A teoria do Direito Penal do Inimigo, se estabelece na conhecida doutrina do Direito Penal Máximo. Doutrina essa que possui, como características relevantes, dimensão ilimitado, não se condiciona a nenhuma política de governo, e é de alta rigidez no que diz respeito a necessidade de intervenção, através do direito penal, assim como também no seu aspecto de aplicações de pena, isoladamente consideradas (JAKOBS, 2010).

Nesses termos para melhor compreensão da teoria em comento se faz necessário uma revisão do Tópico anterior³⁸, principalmente no tocante ao conceito e as funções do direito penal, e assim se entender o funcionalismo sistêmico dessa teoria.

Em princípio se pode afirmar que, filosoficamente, se aborda o funcionalismo em duas espécies³⁹: o axiológico e teleológico. O primeiro se estabelece nos conceitos de política criminal, isso quer representar que a transformação do que se denomina de teoria do crime pelos aspectos das funções do direito penal.

O funcionalismo é, basicamente, baseado axiologicamente nos conceitos de política criminal, ou seja, a modificação do que se chamou de teoria do crime pelo viés da função do direito penal, ou seja, o aspecto valorativo reside na própria função do direito penal, e não na conduta isoladamente (GRECO, 2022).

O funcionalismo teleológico, assim como o funcionalismo sistêmico, se atrela a finalidade real do direito penal e basicamente de toda a estrutura legal-penal, seja dentro do aspecto de crime, de pena, de conduta, pouco importa os institutos jurídicos visto ou não de maneira isolada. Mesmo que sejam diferentes sob a ótica filosófica, tanto o funcionalismo teleológico quanto o sistêmico partem da mesma premissa, a necessidade de saber a real função⁴⁰ do direito penal, para que dessa maneira se possa ter condições reais e efetivas de aplicação da pena.

Nesse contexto, a noção de funcionalismo é aquela que apenas se pode afirmar a norma jurídica penal se efetiva quando essa mesma norma conseguir atingir o fim pelo qual fora criada. Vale ressaltar que

38 Cf. Itens 4.1.1 e 4.1.2 do presente Estudo.

39 Não se pretende aqui desconsiderar as Teorias Funcionalistas existentes, mas apenas realizar um recorte entre duas espécies (axiológica e teleológica) para melhor compreensão do tema, posto somente interessar a espécie teleológica, para que assim se possa chegar no funcionalismo sistêmico.

40 Cf. Itens 4.1.3 e 4.1.4 do presente Estudo.

não se trata apenas de uma existência formal⁴¹, mas também de uma aplicação social que faz com que os efeitos da mesma sejam alcançados conforme os motivos e finalidades fez com que ela fosse criada.

Pode se observar que a teoria do funcionalismo sistêmico de Jakobs (2010), está sob sustentáculos das políticas públicas que tem como objetivo maior o de coibir a criminalidade, de modo que entende que o direito penal se comporta como um sistema jurídico menor, em relação a todo o sistema normativo de um Estado soberano e que o crime estaria totalmente ligado a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade⁴² (JAKOBS, 2010).

Nesse diapasão, a teleologia precípua do direito penal para o direito penal do inimigo é a de proteger o sistema normativo penal tão apenas, e ao contrário do garantismo jurídico, como consequência proteger e garantir os bens jurídicos relevantes.

4.2.4 Princípios Penais Constitucionais à Terceira Velocidade

A base principiológicas constitucionais que guarnecem o sistema penal brasileiro, devidamente explanada no presente estudo⁴³, passam agora no presente sub-tópico a serem adequadas à terceira velocidade do direito penal.

Essas adequações possuem como justificativa apenas a de demonstrar ser possíveis ao ordenamento jurídico pátrio atual. Assim sendo, será utilizado a mesma dinâmica do que fora tratado no item anterior, de modo que se seguirá a mesma ordem e dinâmica.

41 A existência formal, que está dentro de uma acepção científica, da norma jurídica depende da validade formal, ou seja, para que uma norma jurídica seja considerada verdadeiramente válida deverá ser criada por um órgão competente, e que esse órgão seja competente sobre a matéria; que a norma seja publicada nos meios oficiais e que ela seja posta no ordenamento jurídico. A partir desse momento ela passa a ter vigência e a produzir eficácia. Numa acepção filosófica a validade teria que ter mais um momento, além dos três apontados, ser recepcionada pela sociedade, o que representaria um ideal de justiça. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro a acepção adotada é a científica.

42 Considerando que a conduta típica a ação humana voluntária provocadora de um resultado evitável, transgredindo o sistema e sabotando o contrato social normativo. E que tanto o dolo quanto a culpa do agressor estabelecem o fato típico, da mesma maneira como acontece nas teorias finalistas.

43 Cf. Item 4.1.3.2 que trata sobre os princípios constitucionais norteadores do direito penal.

O primeiro tratado fora o da **Dignidade da Pessoa Humana**. Como já dito é o princípio basilar do Estado Democrático de Direito pelo fato dos demais decorrerem dele.

Em relação a terceira velocidade, conforme já visto ao longo do presente trabalho, tem como um dos objetivos a garantia da norma jurídica penal posta, que é também, ao mesmo tempo, o que legitima o ente estatal e toda a sociedade, de se proteger e garantir a efetividade desse princípio, notadamente no tocante, principalmente aos cidadãos, os quais, também como já dito, que agem com expectativa legítima perante a norma (MENEZES, 2009).

Nesses termos, verificou-se que quando o inimigo age contrariamente a norma jurídica penal posta, o mesmo já não possui direitos que garantam sua estada no seio social. Assim, no momento em que esse inimigo faz essa opção, o sistema penal o reconhece que o próprio inimigo não reconhece/valorou o acordado pelo contrato social.

Isso representa que o referido princípio atual de maneira geral, ou seja, aplicando-se para todos os cidadãos respeitantes das leis impostas para o melhor convívio social, contudo, a partir do momento que se transgride o sistema penal, nas condições já mencionadas anteriormente, esse sujeito/inimigo acaba por ferir ainda mais a dignidade da pessoa humana.

Outro princípio abordado fora o da Legalidade. Observou-se que só se deve respeitar aquilo que está determinado na lei, caso não haja lei pode-se considerar, a princípio, que se justifica em a sociedade não entende ser relevante.

Pois bem, a Carta Política de 1988 estabelece mandamentos de criminalização, de modo que o legislador originário cria a norma jurídica, notadamente as de natureza penal.

Acontece que com essa dinâmica legislativa, conforme tratado⁴⁴, é decorrência de uma decisão política, o mesmo ocorre com a criação de uma teoria, como o é a da terceira velocidade, com base em especificações e diagramatizações de uma decisão legislativa.

Desse modo, a terceira velocidade do direito penal de maneira alguma desrespeitaria o princípio da legalidade, posto que seria também seu fundamento de validade e de existência, isso pelo fato de que essa teoria decorre da abertura da própria Carta Política de 1988, ou seja, a terceira velocidade nada mais seria do que uma decorrência da decisão política, o que, sobremaneira, pode ser criticada, contudo dentro daquilo que se estabeleceu, pelo legislador, como dotada de legitimação.

E aqui se torna imperioso observar que todas as transformações sociais se estabelecem dentro da máxima da tridimensionalidade jurídica, fato valor e norma, conforme apregoadado por Reale (1995), ou seja, em constante movimento, de maneira que a norma jurídica necessita de acompanhar o fato social, político etc.

Assim, a terceira velocidade se apresenta como uma forma relevante de enxergar a reprovação penal, bem como o papel do ente estatal no delineamento da criminalidade, por isso mesmo que a adequação dos fundamentos dessa terceira velocidade no ordenamento jurídico pátrio se tornariam legítimas a partir da estada em que a norma jurídica penal está posta.

No princípio da **Igualdade**, conforme delineado, percebe-se fundado na hipossuficiência. Contudo, não é nessa construção dialética que a terceira velocidade se insere frente ao ente estatal, mas pelo fato do inimigo ter repetidas condutas pondo em risco a validade e efetividade do sistema penal, bem como a própria segurança dos cidadãos.

⁴⁴ Cf. Tópico 4.1 do presente estudo.

Explanando melhor, tem-se que o presente princípio se abstrai a ideia de que situações fáticas podem estabelecer tratamentos diferenciados de sujeitos que até então são formalmente isonômicas, sem, contudo, não provoque ou estabeleça uma violação constitucional.

É de se explanar também que a terceira velocidade não veja o inimigo de forma hipossuficiente, ainda assim ela fundada de caracteres que imprimem a diferenciação entre os cidadãos, porque se for aplicado o mesmo tratamento ao cidadão e ao inimigo, na verdade estaria a Carta magna de 1988 a tratar com injustiça o cidadão, privilegiando, sobremaneira, o inimigo.

Isso é o que já justifica o tratamento diferenciado ao inimigo em detrimento do cidadão, pelo fato, que também já fora explanado anteriormente, de se ter vários tipos de inimigos que está alçada no alto grau de perigo à sociedade.

A justificativa para o tratamento diferenciado que o Direito Penal do Inimigo propõe a determinados tipos de delinquentes, chamados de "inimigos", é justamente a sua periculosidade social e fática. A proteção da sociedade *e, a priori* da própria norma jurídica violada é que impõe medidas mais efetivas no combate à criminalidade.

A terceira velocidade requer assim um endurecimento mais acentuado/drástico das normas jurídicas penais ou da condicionabilidade de garantias em relação da proteção de bens jurídicos relevantes.

Seguindo a sequência, o princípio da **Presunção de Inocência**. Se perceberá que o lugar sensível entre a terceira velocidade e este princípio se apresenta na antecipação da punibilidade dentro de um ordenamento jurídico prospectivo. Isso ocorre porque o instituto da punição não se dá com referência ao fato, que ainda não se estabeleceu, mas sim por ter praticado uma conduta típica de alta gravidade, e

de consequências sociais altíssima, o que tornam impraticáveis a restituição/retorno ao estado anterior.

Isso significa, dentro do sistema penal, que não se consegue limitar as proporções do dano sofrido a aplicação da sanção penal na forma garantista, porque se o cidadão viola a mesma norma jurídica penal mais de uma vez nas mesmas condições anteriores, não se trata mais de cidadão, mas sim de inimigo.

No que diz respeito ao princípio da **Ampla Defesa e do Contraditório**. No tocante a terceira velocidade, esta não nega tal princípio, ou seja, não invalida o inimigo de se valer da sua ampla defesa e contraditório, contudo, a terceira velocidade estabelecem conceitos negativos sobre o mesmo, ou seja, aos inimigos não seria possível garantir os mesmos direitos dados aos cidadãos, mas que deverá haver, minimamente um contraditório e uma ampla defesa⁴⁵.

No princípio do **Devido Processo Legal**, a terceira velocidade, assim como no princípio anterior, não defende sua extinção, contudo, limita quando se tratar de um inimigo. Quando isso ocorrer deverá haver uma espécie de abreviação do processo penal, suspendendo garantias constitucionais atuais, mas tudo dentro do devido processo legal, posto estará delineado no sistema processual penal.

A terceira velocidade não delinea a supressão de garantias de maneira irresponsável, mas sim dentro de uma realidade fática, bem como dentro devido ao alto grau de perigo que o inimigo possui. Bem verdade que as garantias constitucionais são evidentes e necessárias, contudo numa visão de terceira velocidade essas garantias devem ser limitadas, conforme o caso concreto rogue.

⁴⁵ Essa noção mínima de ampla defesa e contraditório está melhor compreendida no Tópico 4.3.1 do presente estudo, que trata da hipótese destruição de aeronave, o que leva, inicialmente a se abater uma aeronave de forma sumária, estando essa em espaço aéreo nacional indevidamente, tudo conforme a Lei nº 7.565/1986.

Os limites de garantias, dentro de cada caso concreto, são de extremo valor corretivo, mesmo não sendo as mais queridas, mas que se justificam pelo alto grau de perigo do inimigo. Esse alto grau de perigo, conforme já salientado, se traduz que o inimigo não está habilitado mais a convivência no seio social, ao passo que nem mesmo estaria a gozar de tais garantias impostas a todos, notadamente em detrimento do cidadão.

O princípio da **Humanidade e Individualização das Penas**. A terceira velocidade visa de forma contundente a individualização da pena, notadamente por ser um inimigo que irá cumpri-la, estando esse numa categoria de conduta de alto grau de perigo, conforme já explanado, porém no que diz respeito a humanidade dessa pena isso, sobremaneira, fica prejudicado, posto que a terceira velocidade defende uma pena mais radical, mais severa.

Mesmo que a terceira velocidade defenda esse grau de pena, ainda assim não estaria afrontando os preceitos constitucionais, tais como pena perpétua, trabalhos forçados etc. nada disso, apenas penas que façam com que o inimigo esteja mais tempo logo da coletividade.

Veja-se que dentro da diagramatização da terceira velocidade defende que a mera existência de penas mais duras e com limitação de algumas garantias constitucionais, não evidenciam, em si mesma, um ataque ao princípio da humanidade.

Já no que se refere a individualização da pena, este na verdade estaria delineado ao inimigo, uma justa punição aquele com algo grau de perigo, ou seja, haveria assim uma adequação ao inimigo.

No princípio da **Proporcionalidade**, a terceira velocidade, como já visto, apregoa penas mais duras aos chamados inimigos, conforme seu grau de perigo e do crime praticado. Isso significa que a pena a ser aplicada ao inimigo seja proporcional ao dano causado, o

que se caracteriza como a proporção das especificidades do inimigo, o que por si só já se configuraria na adesão ao princípio.

Ousa-se dizer que a teoria do Direito Penal do Inimigo traz intrinsecamente algum aspecto de proporcionalidade, pois seleciona os indivíduos que serão objetos da aplicação da teoria considerando o alto grau de prejudicialidade de suas condutas, antecipando a punibilidade em crimes sem que deixar que o mesmo se consume, de modo que se faz necessária a punição de atos preparatórios.

Em relação ao princípio da **Intervenção Mínima e Fragmentariedade**, a terceira velocidade uma vez tendo como destinatário o inimigo, então não haveria sentido se pontuar uma intervenção mínima, mas sim uma intervenção mais acentuada em se tratando de sistema penal, principalmente pela terceira velocidade a atenção a lesividade, assim como também a inadequação das ações do agente.

Por fim o princípio da **Culpabilidade**. A terceira velocidade do direito penal, conforme já explanado, por si já subentende a valoração do instituto da culpabilidade penal, posto que o inimigo age em desacordo com o sistema penal por princípio, de maneira voluntário e consciente.

Outra é que na terceira velocidade a culpa está ligada diretamente dosimetria da pena, de maneira que se perfaz um juízo de culpabilidade em tempo pretérito, ou seja, a terceira velocidade estabelece um alto grau de reprovação da conduta do inimigo, que está associada a sua personalidade, que por sua vez decorre da sua própria conduta, o que torna a previsão de uma conduta futura altamente acentuada, sob o ponto de vista do seu grau de perigo anterior, pois o inimigo em algum momento demonstrou tal situação.

Bem, encerrando o presente item, é de se considerar que para que haja efetivamente a aplicação dos princípios ora apresen-

tados numa visão da teoria do direito penal do inimigo, imperioso se faz que o legislador originário possa ser sensível e acompanhar os anseios sociais e assim procurar realizar algumas alterações substanciais, porém revolucionárias e corajosas, na Carta Política de 1988, de modo a limitar algumas garantias fundamentais hoje estadas pelo garantismo penal.

Não que isso, minimamente já não exista, conforme apresentadas no Tópico seguinte do presente estudo, mas que ficaria mais seguro, sob o ponto de vista constitucional, instituindo assim uma maior segurança jurídica aos cidadãos.

4.3 SEMELHANÇAS E CONDIÇÕES POSSÍVEIS DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

O presente Tópico é tido como o núcleo central de todo este estudo, pelo fato de ser ele, a demonstração da própria uma abordagem crítico-conceitual do direito penal do inimigo na realidade jurídica brasileira, ou seja, a demonstração técnico-prática da possibilidade de implantação, ou mesmo de implementação da terceira velocidade do direito penal no ordenamento jurídico pátrio.

Não consta ser este trabalho, desde os objetivos traçados quando do Projeto de Pesquisa, um estudo que procura afirmar que a teoria do garantismo penal seja melhor que a teoria da terceira velocidade, ou que esta seja a mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, ou vice-versa, nem mesmo afirmar que a solução para o alto índice de criminalidade no Brasil seja em decorrência de não adoção de uma teoria mais rígida como é a do direito penal do inimigo, muito longe disso.

Contudo, verificou-se que há normas jurídicas, dentro do sistema penal, que possuem, mesmo que minimamente, traços característicos da terceira velocidade do direito penal, seja mesmo no direito material, seja no processual, o que por si só já se pode se referir em um início de especificidades do sistema jurídico penal brasileiro, apesar de que se possa afirmar que esse início na verdade se trate de exceções ao garantismo penal.

As especificidades apresentadas ao longo deste trabalho trouxe, alhures, que a implementação de um sistema penal de terceira velocidade no ordenamento jurídico pátrio, recepcionado, claro, pelos postulados constitucionais se apresentam apenas como uma nova mentalidade, tanto da norma penal em si diante de um sistema constitucional penal, como também, de fato, a adoção de políticas de segurança e combate à criminalidade discutida, avaliada e votada pelo Poder Legislativo, tudo em acordo com as circunstâncias reais e efetivas que a coletividade possua em seus anseios sociais na busca pelo equilíbrio e a paz social de um dado povo, numa dada época.

Até o momento, nas discussões estabelecidas ao longo do primeiro e segundo Tópicos⁴⁶, verificou-se que as diagramatizações de um sistema normativo geral não é produto pronto e acabado, ou seja, não é estanque, é fruto de uma realidade vivenciada, assim como de uma possível realidade não desejável ao povo, uma espécie de prevenção de um iminente estado de coisas que um dado povo possa a vir presenciar.

Nessa ótica, o presente Tópico se coaduna-se na possibilidade real de mudança de paradigmas, tanto no seu aspecto político-social, como político-jurídico, seja este na feição, proteção e garantia a ser ver efetivamente os problemas sociais serem resolvidos com políticas públicas de enfrentamento da violência/criminalidade, seja pelo

⁴⁶ Cf. 4.1 e 4.2 do presente estudo.

primeiro na implementação de normas jurídicas, notadamente penais, que viabilizem, por meio do sistema jurídico penal, a efetividade e garantia de que as normas jurídicas terão eficácia perante os possíveis desajustes sociais.

Acontece que nem sempre funciona nessa ordem, posto que por trás de uma ordem jurídica, por trás de uma ordem social, e por trás de uma ordem econômica, há um conjunto de sujeitos/agentes que fazem com que os rumos da sociedade tenham ou não êxitos, e isso muitas vezes se está atrelado ao aspecto cultural do povo, enquanto nação.

Com isso, se afirma, e se reafirma, que a conjuntura político-jurídica está condicionado não apenas nas feições ou estrutura do sistema normativo, mas também na possibilidade dessa estrutura rogar pela necessidade de mudanças. Isso quer representar a ruptura de um modelo jurídico atual que já não mais consegue exteriorizar sua efetividade, pela qual foi criada, para um novo modelo do qual não se sabe ainda ser vindouro, mas que se apresenta como uma alternativa de acompanhamento de adequação para uma nova realidade, outrora insustentável.

Assim, toda a implementação de um sistema normativo não coaduna sempre numa mesma teoria, numa mesma visão jurídico-política devido mesmo a dinamicidade pela qual a sociedade percorre.

Como visto, em nenhum momento, no presente estudo, se propôs a anulação do sistema normativo constitucional, mas sim, a de se ter, em determinados eventos, condições reais de efetivação da norma jurídico penal, da sua funcionalidade e de sua finalidade, bastando para tanto a observância nos reais anseios sociais diante de um quadro em que o cidadão a cada novo instante se torna refém do inimigo, e o Estado, premiador desse estado de coisas.

Nessa órbita fora separado basicamente quatro normas jurídicas que se apresentam como referência, embora inicial/parcial, de possibilidade de utilização da terceira velocidade do direito penal do inimigo, sem, contudo, ter que distorcer os pilares constitucionais. No entanto para que essa teoria seja aplicada na sua plenitude e seja assim constatada a sua eficácia, os pilares constitucionais, como já mencionados, teriam que sofrer uma adequação aos novos anseios sociais.

Os leitores observarão que a sequência a ser tratada na explanação segue em consonância com a cronologia da norma, de modo que a primeira dela está datada de 1984, ou seja, antes mesmo da promulgação da Carta Política de 1988, apesar das inúmeras alterações. Senão vejamos.

4.3.1 O Caso da Lei nº 7.210/1984: Artigo 52 e o Regime Disciplinar Diferenciado

Antes de tudo se faz necessário esclarecer que não faz parte do presente tópico tratar sobre especificidades, estrutura, aplicabilidade da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, nem mesmo tratar sobre suas recentes alterações como em 2019 por meio da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro desse ano, ou mesmo de realizar abordagem histórica estabelecendo os postulados que a fizeram ter origem, nem mesmo trabalhar o dispositivo de lei⁴⁷ correspondente na sua plenitude, muito pelo contrário, o que se pretende, como já devidamente explicitado é a demonstrar que a referida norma jurídica penal possui traços característicos que devidamente se encaixam na teoria da terceira velocidade.

Pois bem, é de se observar que a legislação pátria estabelece como princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei⁴⁸, ou

47 Cf. Artigo 52 da Lei de Execução Penal.

48 Cf. Artigo 5º *caput* da CRFB/88.

seja, o elemento delineador isonômico instituído pela norma jurídica é a própria norma jurídica, esta, em sua feição mais ampla, que é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Isso quer representar, no mundo jurídico do Estado Democrático de Direito, de que a norma jurídica é a única que estabelecerá diferenças de fazer ou deixar de fazer para os sujeitos, notadamente enquanto norma jurídica penal⁴⁹.

Assim sendo, o comportamento dos sujeitos, sejam eles cidadão ou inimigos está, e estará condicionado a essa norma/princípio, o qual já fora mencionado ao decorrer dos Tópicos anteriores⁵⁰.

Aos familiarizados ao direito penal, mais precisamente a execução penal, são sabedores da existência do instituto do Regime Diferenciado Disciplinar (RDD), este, a grosso modo, instituto jurídico com objetivo de punir o preso que por ventura se comporte fora das regras estabelecidas durante o cumprimento de sua pena.

O tema aqui tratado revela-se de ordem de política criminal, inclusive já debatido em momento oportuno⁵¹. Como visto, essa política se perfaz como um conjunto principiológico e de regras em que o ente estatal deseja patrocinar a prevenção e repressão das infrações de natureza penal, de maneira que tanto o direito material e processual penal possam efetivar esses comandos a garantir a segurança pública (OLIVEIRA, 2001).

Nesses termos o instituto possui duas bases de sustentação, se se levar em consideração que para que se possa alcançar segurança pública interna de um Estado soberano essa será, na fase introdutória, na prevenção de crimes (sentido amplo da palavra) e, na fase terminal, com a execução da pena. Contudo, há a possibilidade nessa última

49 Cf. Artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

50 Cf. Itens 4.1.3.2 e 4.2.4, respectivamente.

51 Cf. Itens 4.1.1 e 4.1.3 desta obra.

fase haver a continuação reiterada de condutas delitivas, independentemente do regime que o apenado esteja cumprindo.

Sendo possível a reiteração de condutas delitivas na última fase foi que em 04 de maio de 2001 a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo editou a Resolução nº 36, fazendo com que nascesse o RDD. Na verdade, se fez necessário a edição de outras Resoluções que serviu como uma espécie de respostas às várias e sequenciais rebeliões em presídios.

Na verdade, funcionou, assim como ainda funciona, como um instrumento de controle para os apenados de alto grau de perigo, notadamente aos pertencentes às facções criminosas existentes, caso resolvesse transgredir as regras impostas durante o cumprimento da pena inicial.

A experiência logrou êxito de uma forma tal que outras Unidades da Federação adotaram o mesmo procedimento administrativo, de modo que o legislador originário aprovou a Lei nº 10.792, de 1 de dezembro de 2003 alterando a Lei de Execução Penal, horizontalizando o RDD.

Assim sendo o RDD passou a ser a quarta⁵² modalidade de execução da pena posta no Código Penal Brasileiro⁵³, senão vejamos *in verbis*:

Art. 52⁵⁴. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, **quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado [...].** § 1º **O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros [...].** § 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha

52 Cf. Artigos 52 e 110 da Lei nº 7.210/1984.

53 Cf. Artigo 33 ss, do Código Penal, que estabelece os regimes de execução de pena: fechado, semiaberto e aberto.

54 Com redação dada pela Lei nº 13.964/2019.

atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal. § 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, **o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano [...].** § 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, **o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.** § 6º A visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário. § 7º **Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos**⁵⁵.

Ora mais, se se observar os destaques acima, somando-se ao que já fora explanado no Tópico anterior é de se concluir que o RDD nada mais é do que a concretude, mesmo que minimamente, da aplicação da terceira velocidade do direito penal no ordenamento jurídico pátrio, vez que os presos/apenados que perpetram crimes dolosos nessa estada, conforme dispõe o artigo em comento, são merecedores de tratamento diferenciado.

Observe-se que não se trata de descumprimento de princípios fundamentais, como o da igualdade de tratamento, por exemplo, conforme a própria Lei o estabelece, isso porque o legislador entendeu ser de extrema necessidade ser dessa maneira, ou seja, deve-se respeitar “[...] a igualdade de tratamento **salvo quanto às exigências da individualização da pena**⁵⁶⁻⁵⁷ [...]” (BRASIL, 1984).

O legislador de 2019 percebeu sabiamente, nesse caso, não ser possível tratar o preso/apenado de maneira igualitária pelo simples

55 **Grifos nosso.**

56 Cf. Inciso XII do artigo 41 da Lei de Execução Penal.

57 **Grifo nosso.**

fato de ineficácia jurídico-política ou político-administrativa, o que inviabilizaria ainda mais a manutenção do sistema prisional em escala nacional. Bem como tornaria, por fim, inócua o cumprimento da pena.

Nesse sentido, o conceito estabelecido pela terceira velocidade do direito penal, como já visto, abrange a noção de exclusão do inimigo no seio social. No caso do dispositivo em comento considera-se a necessidade de exclusão de determinados presos/apenados tidos como altamente prejudiciais à sociedade, de modo que o RDD coroa esse entendimento.

Vejam que nesse caso há uma antecipação da punição, de natureza preventiva, em que hajam “[...] fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave [...]”⁵⁸ (BRASIL, 1984).

Ora mais, fica latente que o critério para que haja a imposição de restrições a direitos fundamentais reside justamente no alto grau de perigo do agente, considerado como inimigo, para efeitos da terceira velocidade, de maneira que apenas o fato do agente ter desenvolvido características avaliadas subjetivamente, por si só já são mais que bastantes para implementar e aplicar um regime mais grave em caráter preventivo.

Nesses termos é imperioso observar que, ao estudar o RDD, no seu aspecto funcionalista, que não é o objetivo aqui, verificará que finalidade maior do RDD não se liga ao do caráter punitivo que, nesse caso, a sanção disciplinar carrega, posto que o RDD se configura, político e juridicamente como sendo um ato de natureza cautelar, que nesses termos tem como objetivo maior o de garantir as condições necessárias para que tanto a pena privativa de liberdade quanto a prisão provisória seja cumprida de modo a garantir tanto a

⁵⁸ Cf. Inciso II do §1º do artigo 52 da Lei de Execução Penal.

segurança do sistema prisional quanto da ordem pública (RAIZMAN; PEDRINHA, 2022; OLIVEIRA, 2001; ALMEIDA, 2013).

Aqui ainda se chama a atenção para o RDD sob um viés jurídico-penal de terceira velocidade porque sob a égide desse instituto se tem como alvo presos determinados, isso quer significar que o instituto do RDD não pode ser utilizado para todo e qualquer preso/apenado sem que esses não tenham motivado o Estado para tal, de modo que o fundamento para a aplicação do referido instituto é justamente o alto grau de perigo que esse preso/apenado representa ao Estado, configurando como um inimigo.

Seguindo esse norte, Greco (2005, p. 91), considera que o RDD não deve ser usado para qualquer crime praticado pelo preso/apenado, deve haver um alto grau de periculosidade do agente para que se justifique tal medida, mesmo que se tenha uma gama de generalidades que possam o RDD ser usado/aplicado, o que tiraria a finalidade jurídica da medida, senão vejamos:

[...] é possível vislumbrar uma série de generalizações de culpados, sobretudo no tocante a possibilidade de submissão de presos a segregação nos moldes do RDD por quaisquer práticas delituosas dolosas cometidas durante o cumprimento da pena, o que naturalmente afasta da objetividade inicial da lei, quer seja, a neutralização de ações do crime organizado, retirando dos prisioneiros o *status quo* de pessoas, promovendo a simples exclusão de determinados grupos [...].

Nesse sentido Nucci (2006, p. 961), comentando sobre a finalidade do instituto, assevera que o,

[...] objeto principal da criação do RDD é a separação de líderes de facções criminosas do restante da população carcerária, combatendo o crime organizado de modo mais efetivo, foi concebido para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos.

É o que já se observou, no caso de alto grau de perigo que representa o agente agressor, é inevitável que se possa trata-lo nas mesmas condições que um preso/apenado que cumpre sua pena em condições de normalidade. Assim, devido ao alto grau de perigo deve ser tratado de forma diferenciada dos demais presos/apenados.

Neste sentido, Jakobs (2010, p. 69), salienta a importância de não se dá o mesmo tratamento de um preso comum a de um preso inimigo, afirmando que os, “[...] integrantes da criminalidade organizada, não podem ser tratados como pessoas, juntamente com outras categorias de criminosos, elegidos como inimigos do Estado, uma vez que se apartam de modo permanente do Direito”.

Tendo em vista o Sistema Penitenciário Federal, a finalidade do RDD se acopla, também, ao alto grau de perigo que representa o apenado, nesses termos o instituto possui uma prevenção geral e especial positiva, de modo que o inserimento do mesmo nesse Sistema, apenas deve se efetivar quando em casos excepcionais e de maneira não duradoura, seja diante do alto grau de perigo ou mesmo para lhe proteger⁵⁹.

Ao interesse da Segurança Pública, cumpre observar que a aplicação do RDD não fere o princípio da dignidade humana, conforme determinado no sistema jurídico penal porque tem como fundamento a manutenção do apenado no Sistema Penitenciário Federal justamente por esse mesmo apenado já possuir um histórico criminoso e assim por representar um alto grau de perigo⁶⁰. É de se observar que para a terceira velocidade do direito penal o que se preza, quando se tem como agressor um terrorista (inimigo), a função do sistema jurídico penal está mais para garantir a segurança do que mesmo preservar a ordem jurídica (JAKOBS, 2010).

59 Cf. Artigo 10 e §§, da Lei nº 11.671/2008.

60 *Idem* artigo 3º.

Como visto, a terceira velocidade do direito penal se identifica pela intimidação, neutralização do inimigo de alto grau de perigo, bem como pela manutenção da confiança na vigência da norma jurídica penal, de maneira que o instituto do regime disciplinar diferenciado segue a mesma identificação.

4.3.2 O Caso da Lei nº 9.614/1998: Lei do Abate

Inicialmente se estabelece a ressalva a que trata o presente item, de afirmar que as fontes primárias físicas, doutrinárias, são por demais escarças. Verdade haver muitas fontes lançadas na internet, contudo todas não tinham um alinhamento com o direito penal do inimigo, o que dificultou um resultado mais satisfatório sob o ponto de vista de quantidade de informações durante o processo de coleta de dados.

Muito embora houve esse desencontro, ainda assim a ajuda da obra de Monteiro (2008) foi de grande valia devido a própria metodologia utilizada pelo mesmo (dialética), o que possibilitou realizar uma compreensão mais linear da Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, possibilitando inclusive estabelecer uma melhor hermenêutica de seus dispositivos.

Um último ponto a ser esclarecido é que não se buscou caracterizar a conduta do piloto ao abater uma aeronave, sobre questões de excludentes de ilicitudes, até porque isso foge completamente dos objetivos propostos. Assim o presente item se centrou tão-somente na análise da possibilidade de abate sem a observância dos direitos e garantias fundamentais sob a ótica da terceira velocidade.

Pois bem, a Lei nº 9.614/1998 alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica⁶¹, de modo a permitir o disparo de destruição, por parte

⁶¹ Cf. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

da Força Aérea Brasileira, de toda e qualquer aeronave que ingresse no espaço aéreo nacional que seja suspeita de tráfico de drogas.

É de se observar que por se tratar de questões de soberania, que é um poder absoluto do Estado, não se pode afirmar que é uma Lei que contraria os direitos humanos ou mesmo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. E, que por isso mesmo, como temos uma exceção da exceção, se inclina à terceira velocidade do direito penal.

A definição da medida de abaré, ou como queiram, medida de destruição, se encontra no Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, e significa que, é aquela que tem por objetivo causar danos e assim cessar a continuidade do voo da aeronave considerada hostil⁶².

Tal procedimento é tido como *ultima ratio* que já tenha sido esgotado todos os meios necessários que não coloquem vidas inocentes em risco, seja em ar ou terra⁶³ (MONTEIRO, 2008).

Pois bem, no Brasil, todo o sistema de controle do espaço aéreo correspondente é realizado pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA). Este departamento tem por objetivos precípuos de planejar, implantar, integrar, normatizar, coordenar, bem como o de fiscalizar as atividades de controle do espaço aéreo correspondente, assim também de telecomunicações aeronáuticas e de informática⁶⁴ (BRASIL, 2001).

Como se trata de questões de soberania nacional⁶⁵, a autoridade aeronáutica tem a faculdade de deter a aeronave em voo no espaço aéreo correspondente ou em pouso no território correspondente quando essa aeronave estiver em flagrante agressão à legislação aeronáutico⁶⁶.

62 Cf. Artigo 5º, primeira parte, do Decreto nº 5.144/2004.

63 *Idem* artigo 5º, segunda parte.

64 Cf. Artigo 2º do Decreto nº 3.954, de 5 de outubro de 2001.

65 Cf. Artigo 11 da Lei nº 7.565/1986

66 *Idem* artigo 13.

Para que ocorra um potencial abate, a aeronave deverá estar sob algumas condições, tais como, suspeita de estar perpetrando crime de tráfico de drogas, quando ingressa no espaço ou território correspondente sem a devida aprovação de plano de voo ou essa aeronave seja proveniente de regiões reconhecidamente fornecedoras/ distribuidoras de drogas ilícitas⁶⁷, de maneira que caso a suspeita por tráfico de drogas não atenda ao comando e que desprezem os procedimentos coercitivos do Decreto⁶⁸, a aeronave será então considerada hostil e poderá ser alvo de destruição⁶⁹ (MONTEIRO, 2008).

Uma vez considerada hostil a aeronave terá duas chances para não ser abatida, a primeira de averiguação⁷⁰, e a segunda, de intervenção⁷¹, uma vez desrespeitadas ambas, poderá se efetivar o abater.

Bem, em termos constitucionais como já visto nem todos os direitos e garantias fundamentais são absolutos. Mesmo que a Carta Política de 1988 estabeleça a proteção e o direito à vida, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, ainda assim, há situações nítidas, e necessárias, de que não se pode considerar como algo absoluto, posto haver, por parte daquele que reconhece e tem o dever de zelar por esses direitos e garantias, um momento ténue em que se passa a considerar uma relativização desses mesmos direitos, principalmente quando o assunto é de soberania nacional (MONTEIRO, 2008).

Por se tratar da defesa da soberania brasileira, compete a forças armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) a defesa da mesma.

Pelo exposto até o momento se observa a nítida conformação com os postulados do direito penal do inimigo. Quando da caracterização de aeronave hostil, essa é para o Estado brasileiro, um inimigo.

67 Cf. Artigos 2º e 3º do Decreto nº 5.144/2004.

68 *Idem* artigo 3º.

69 *Idem* artigo 4º

70 *Idem* inciso I do artigo 2º.

71 *Idem* inciso II do artigo 2º.

Tido como tal, não necessita repetir os mesmos argumentos já traçados ao longo do Tópico anterior e do atual, ou seja, há determinadas circunstâncias fáticas que caberá ao legislador ordinário decidir se põe uma exceção em determinadas normas jurídicas, o mesmo ocorre em níveis mais elevados como é o caso da Constituição Federal.

O direito é dinâmico, mas muito mais é o fato, a ponto de ser o divisor de águas quando altamente valorado dentro de situações atuais em que a sociedade não mais reconhece como algo importante a se permanecer estabelecendo regramentos sociais (MONTEIRO, 2008).

Já no caso em questão se trata de questões de segurança nacional, que por sua vez englobam tanto acepções jurídicas quanto, e até muito mais, política. E sobre questões de ordem política, Souza (2012, p. 17), comenta que em se tratando da terceira velocidade do direito penal este,

[...] identifica-se uma realidade política cujo objetivo é aumentar o poder do estado em detrimento do cidadão para que seja provida a paz social, ou seja, retira a importância do sujeito visto individualmente em prol da sociedade, o que se faz mediante exclusão de direitos e garantias, sobretudo os de ordem processual [...].

Ora mais, essa característica faz parte do contrato social adotado como teoria adequada, muito embora não se tenha no povo/cidadãos uma aceitação unânime.

No caso da Lei do Abate de aeronave hostil houve uma necessidade de adequação dos direitos e garantias fundamentais, em situações extremamente pontuais. O sistema jurídico penal passa a adotar uma condição de alto grau de lesividade, assim como ocorre na Lei Antiterror.

É bem verdade, que no caso da Lei do Abate os procedimentos processuais não fazem parte do plano físico, mas da subjetividade⁷²

⁷² *Idem* inciso V do artigo 6º.

extraída a partir da violação de dispositivos objetivos, considerados pelo mesmo Estado como soberanos.

O cidadão respeitador da norma jurídica penal por vezes dificilmente negaria fornecer as respostas que lhe são indagadas pela autoridade aeronáutica, porque sabe do seu compromisso com o sistema jurídico penal, restando o inimigo que tem em mente a desconstrução do normativo penal (MOREIRA, 2008).

As questões de ordens materiais, tais como a vida, a igualdade, assim como as de ordens processuais, tais como a ampla defesa, o contraditório estariam presentes dentro de uma sistemática resumidíssima, para não utilizar o termo sumaríssima, além do que há imbuído na Lei do Abate sim, basta que responda ao que fora/é solicitado.

4.3.3 O Caso da Lei nº 13.260/2016: Lei Antiterror

A Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016, além de regulamentar o que dispõe no inciso XLIII do artigo 5º da Carta Política de 1988, ainda disciplina o terrorismo, dentro das especificidades investigatórias e processuais, bem como reformulando o conceito de organização terrorista.

Antes de mais nada se faz necessário definir o que venha a ser terrorismo, atos terroristas e organização terrorista. Apesar de que não sem tem como objetivo esmiuçar dispositivos normativos de legislação alguma, mesmo as que sejam objetos de estudo do presente estudo, conforme depreendido na introdução do presente Tópico, ainda assim as definições, importante para melhor compreensão do tema, serão extraídas da referida Lei.

Pois bem, de acordo com a Lei nº 13.260/2016, é considerado terrorismo⁷³ a prática por um ou mais sujeitos dos atos previstos⁷⁴

⁷³ Cf. Artigo 2º da Lei nº 13.260/2016.

⁷⁴ *Idem* incisos V, IV e I do §1º do artigo 2º.

nessa Lei, de natureza xenofóbicas, discriminatórias ou preconceituosas quanto a raça, a cor, a etnia e a religião, quando perpetradas com o objetivo de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz social ou a incolumidade pública. E organização terrorista⁷⁵ é quando o sujeito/sujeitos promove, constitui, integra ou presta auxílio, seja de modo pessoal ou por pessoalmente ou por interposta pessoa (BRASIL, 2016).

Para a terceira velocidade do direito penal terrorista é um inimigo e que ao relembrando o atentado às Torres Gêmeas nos Estados Unidos da América, aponta como um exemplo claro de um ato de inimigo, ou seja, atos terroristas (JAKOBS, 2010).

A própria Carta Política de 1988⁷⁶ repudia o terrorismo, haja vista não se ter, oficialmente, notícia de atos ou organizações terroristas, de modo que em 2016 devido o Brasil sediar os Jogos Olímpicos, a comunidade internacional exigiu das autoridades brasileiras a feição de uma lei que tratasse do assunto, o que fez gerar, nesse mesmo ano, a Lei nº13.260.

Justamente sob essas exigências que o legislador ordinário aprovou a Lei supra, o que ocasionou várias inovações legislativas, algumas tidas como não convencionais ao sistema jurídico penal pátrio, de maneira a ser exceções às regras de direito penal.

O presente estudo se vale de dois pontos de abordagem: a) a punição dos atos preparatórios, e; b) o tipo penal aberto.

Pois bem, o primeiro ponto a ser tratado na referida Lei que se coaduna com os postulados da terceira velocidade do direito penal do inimigo é justamente sobre a possibilidade de se punir um sujeito pela

⁷⁵ *Idem* artigo 3º.

⁷⁶ Cf. Inciso VIII do artigo 4º da CRFB/88.

prática de meros atos preparatórios⁷⁷, o que vislumbra a antecipação de tutela penal, o que se converge com o que reza a terceira velocidade.

Nesses termos, a Lei Antiterror se coaduna com a terceira velocidade por suprimir, devido a possibilidade de alto poder de lesividade de atos do agente, de direitos e garantias fundamentais do inimigo/acusado, que pode inclusive puni-lo pelo mero ato preparatório.

Seria inócua a aplicabilidade da Lei Antiterror se não admitisse punições tão altas⁷⁸, bem como não se considerasse a partir dos atos preparatórios⁷⁹, vez que não fosse dessa maneira a possibilidade de se consumarem os atos terroristas seriam altos, se levar em consideração alta capacidade lesiva e atrevimento desses sujeitos/inimigos, posto afrontar, de cheio, o ente estatal.

O segundo ponto a ser tratado aqui é sobre o tipo aberto trazido pela Lei Antiterror, de modo que tanto os significados de terror social⁸⁰ quanto de organização terrorista⁸¹ não têm uma definição na própria Lei, o que corrobora para inclinação à terceira velocidade do direito penal.

Sobre o tipo aberto se segue, para tanto o princípio da legalidade, conforme já visto⁸², contudo, cumpre observar que nesse quesito a Lei Antiterror estabelece uma característica de relativização do referido princípio, porque ao mesmo tempo há uma relativização dos tipos penais, o que denota uma inclinação à terceira velocidade. Mas que diante do poder de imprevisibilidade de conduta do agente terrorista/inimigo, bem como o alto grau de lesividade que poderá ser produzida por ele justificam tal relativização.

77 Cf. Artigo 5º da Lei 13.260/2016.

78 *Idem* artigos 2º, 3º, 4º, 6º e 7º.

79 *Idem* artigo 5º.

80 *Idem* 3ª parte do artigo 2º.

81 *Idem* última parte do artigo 3º.

82 Cf. Itens 4.1.2.1 e 4.1.3.2 deste trabalho.

O princípio em comento determina que não existirá crime sem norma jurídica anterior que a defina, de maneira que no ordenamento jurídico pátrio apenas seria possível a criação de um tipo penal em aberto, e lógico, sua pena, através de uma norma jurídica penal. Contudo, a Lei Antiterror se apresenta como uma tendência mundial de situação que diante de algum caso concreto ela se adequaria aos moldes, mesmo que parcial, da terceira velocidade.

O que na verdade se observa é uma necessidade do legislador ordinário em vislumbrar uma realidade social interna, mas que sofreu interferências externas devido ao alto grau de valoração do fato social, o que enseja também providências à altura.

Ataque terrorista é uma violação direta à segurança nacional, porque se é comparável a um estado de guerra, o que afeta frontalmente o Estado Democrático de Direito. É cristalino que a pena imposta ao inimigo terrorista tem como finalidade maior a de se lidar com o terror em seu conjunto de coisas, sendo que a pena é uma espécie de meio para se chegar a um fim, um grande salto na luta pela garantia da segurança (JAKOBS, 2010).

Na essência, observa-se que os fundamentos de aplicação da terceira velocidade, no caso de terrorismo, enseja mais uma garantia da segurança do que a própria proteção à vigência do sistema jurídico penal, mesmo que, por um acaso a norma jurídica penal existir, isso justamente pelos fundamentos existentes, ou seja, a proteção/garantia frente em detrimento aos riscos.

Por isso mesmo que a teleologia da terceira velocidade não se coaduna, necessariamente, em garantir de todas as maneiras e meios uma segurança plena quando da violação de bens jurídicos relevantes, mas o de garantir que o sistema jurídico penal esteja devidamente

alicerçado de eficácia real, de maneira que os cidadãos consigam desfrutar de liberdade/segurança.

O tratamento diferenciado oferecido ao inimigo/terrorista é justamente por considerar que o retorno ao *status quo ante* voluntariamente não traz automaticamente a paz social porque as consequências muitas vezes são irreversíveis, o que por si só já se justificaria a aplicação de medidas drásticas, seja pela aplicação de penas privativas de liberdade⁸³, seja por adoção de medidas de segurança⁸⁴ ou mesmo seja por prisões cautelares⁸⁵ apregoados na Lei Antiterror.

Disso pode deprender que do inimigo/terrorista pela Lei Antiterror reside no já denominado direito de exceção, que inclusive é aceito no ordenamento jurídico pátrio, conforme visto anteriormente⁸⁶, de modo se justificar pelo risco que o inimigo/terrorista representa ao Estado Democrático de Direito e aos bens jurídicos relevantes, que nada mais é do que a prevenção de algo muito danoso/lesivo a todos, sem exceção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a abordagem realizada sobre o tema, e considerando que não se teve a pretensão de estabelecer o direito penal do inimigo como o direito mais adequado ao atual ordenamento jurídico pátrio, mas sim o de realizar uma abordagem crítico-conceitual desse, verificou-se, mesmo que parcialmente, uma espécie de sinalização do legislador ordinário brasileiro na utilização de postulados pela terceira velocidade.

83 Cf. Artigos 2º, 3º, 5º, 6º e 7º da Lei 13.260/2016.

84 *Idem* artigo 12.

85 *Idem* artigos 11 e 12, por exemplo.

86 Cf. Item 4.3.1 do presente estudo.

É de se observar que muito embora haja uma teoria garantista do autor em evidência, ainda assim, nas raras exceções normativas penais há, no sistema jurídico penal brasileiro.

De fato, nem mesmo a doutrina do direito penal brasileiro consegue um destaque em relevo, porém, um novo limiar jurídico se forma, principalmente diante dos vários desdobramentos de contenções buscados e apresentados pelo Estado brasileiro, tais como terrorismo, aeronaves hostis, organização criminosa, dentre outros, que expressam a fragilidade do ente estatal, o que roga novas práticas de segurança pública/nacional, implementada por políticas públicas e pelo sistema jurídico penal.

O importante nisso tudo é que o direito penal aparece como uma resposta significativa da perspectiva da funcionalidade do sistema penal na preservação e garantia dos bens jurídicos relevantes.

O termo inimigo que muitas vezes passa uma imagem de pessoa má e a de cidadão uma pessoa boa, na verdade não fora objeto de discussão enquanto etimológico, porquanto se deduz, seja em qualquer área do direito, notadamente na penal, que o sujeito não nasce inimigo ou cidadão, mas se transforma um ou outro, podendo um inimigo antes ter sido um cidadão, ou ainda mesmo, nem ter passado por isso porque devido a seu convívio social se apresentou como uma preferência ser inimigo.

Então, quanto ao termo a terceira velocidade não trata de estabelecer um estudo aguçado do inimigo ou do cidadão, mas o de estabelecer características que os diferenciam perante a norma jurídico penal e a sua teleo-axiologia. As condições de decibildades, conforme verificadas, são iguais para ambos.

Outro ponto verificado reside na relativização de direitos e garantias fundamentais que o direito penal do inimigo necessita para

que a teoria possa, de fato, funcionar. Bem, esse foi um ponto crucial, muito embora isso não dependa do sistema jurídico penal originariamente, mas sim do poder de decibilidade em desejar querer por parte daquele que se pressupõe ter uma visão mais aguçada dos desajustes sociais, que é o legislador ordinário.

Este sim uma vez tomado ciência da possibilidade de acoplação dos anseios sociais de seu povo (fato) a um sistema jurídico penal que dê uma resposta mais efetiva a esses anseios (norma), estará aí o valor conseguido atingir um lugar de relevo a ponto de materializar a norma jurídica. Muito embora não seja desejo de todos os cidadãos (unanimemente).

Constatou-se que o duelo entre garantismo direito penal do inimigo se estabelecem nas mais diversas concepções, notadamente quanto a funcionalidade e sua legitimidade de efetivação frente as necessidades de defesa de bens jurídicos relevantes.

Para o direito penal se exige uma elementar a mais que se concentra na própria característica de validade da norma jurídico penal, perfazendo uma etapa a mais que se estabelece justamente na condição de efetividade a partir da sua eficácia em que se ajustam mediante os valores morais e éticos de um povo.

O garantismo não se pressupõe a partir de valores morais e éticos de um povo, mas de apenas um sujeito, o infrator, assim as condições não nascem de acepções do anseio popular, mas da necessidade de um sujeito (o autor) sobreviver, mesmo que para isso tenha que sacrificar a norma jurídico penal, e não ele, autor, traduzido em sua conduta negativa.

Então pode se concluir que com o garantismo o sistema jurídico penal pode sofrer ingerências jurídico-política porque a norma está em função do sujeito, enquanto que no direito penal do inimigo constitui

uma maneira de pensar a legitimidade e função do direito penal, onde sua aceitação pela norma jurídica dependerá de um dado momento histórico, social e cultural.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Lima. **Causalidade e Imputação no Direito Penal: análise crítica da moderna teoria da imputação objetiva no ordenamento jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da criança e do adolescente**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1994

BOZZA, Fábio da Silva. **Teoria da pena: do discurso jurídico à crítica-criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DE: Congresso Nacional, 1988.

_____. **Decreto nº 3.954, de 5 de outubro de 2001**. Brasília-DE: Congresso Nacional, 2001.

_____. **Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004**. Brasília-DE: Congresso Nacional, 2004.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília-DE: Congresso Nacional, 1940.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília-DE: Congresso Nacional, 1941.

_____. **Lei nº 10.792, de 1 de dezembro de 2003.** Brasília-DE: Congresso Nacional, 2003.

_____. **Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016.** Brasília-DE: Congresso Nacional, 2016.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Brasília-DE: Congresso Nacional, 2019.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Brasília-DE: Congresso Nacional, 1984.

_____. **Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998.** Brasília-DE: Congresso Nacional, 1998.

_____. **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.** Brasília-DE: Congresso Nacional, 1986.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRESWELL, John Ward. **Investigação qualitativa e projeto de pesquisa: escolhendo entre cinco abordagens.** São Paulo: Editora Penso, 2014.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral.** 7 ed. Belo Horizonte: Dplácido, 2016.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo.** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 56, ano 13, set.-out./2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral.** v. 1. 24. ed. Barueri-SP: Atlas, 2022.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, André Ricardo Pereira. **Direito penal do inimigo: uma visão pelo direito penal mínimo e direito penal máximo, qual a solução para o problema vivido hoje em dia**. Lóren Pinto Ferreira (orientadora). Trabalho de conclusão de curso (graduação). Instituto de Ensino Superior Cenecista. Unaí: INESC, 2009.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito administrativo da segurança pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. **Os fundamentos epistemológicos da construção do direito penal do inimigo na contemporaneidade: aspectos nacionais e transnacionais**. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/011.pdf>. Acesso em 22 set. 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSA, A. M. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis-SC: Habitus, 2002.

SENA, Daniel. **Direito constitucional**. São Paulo: Rideel, 2021.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 26 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Função dos princípios constitucionais. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo. v.7, n.13, p.157-166, jan./jun. 2004.

SOUZA, Paula de Andrade. **O direito penal do inimigo e o garantismo penal**. IN: **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. 1s. v4. n1. Rio de Janeiro: Editora EMERJ, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no direito penal**. (Trad. Sérgio Lamarão). Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CAPÍTULO VII

O PODER DE POLÍCIA DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL

THE POLICE POWER OF PROFESSIONAL COUNCILS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREE PROFESSIONAL EXERCISE

Ildenes Alves de Oliveira

Samuel Ilo Fernandes de Amorim¹

Helmo Robério Ferreira de Meneses²

Francisco Ivo Gomes de Lavor³

Bismarck Oliveira Borges⁴

Antônio Leandro Florentino Brito⁵

Wiliana Alsinete da Silva⁶

José Ivo Ferreira de Souza⁷

Thiago Luís de Oliveira Albuquerque⁸

1 <https://orcid.org/0000-0002-3900-6309>

2 <https://orcid.org/0000-0001-9326-8548>

3 <https://orcid.org/0000-0001-8219-802X>

4 <https://orcid.org/0009-0001-1826-9716>

5 <https://orcid.org/0009-0004-6966-2894>

6 <https://orcid.org/0000-0002-5433-6648>

7 <https://orcid.org/0000-0001-8570-5525>

8 <https://orcid.org/0009-0009-8268-9131>

RESUMO

Em algumas atividades profissionais é de suma importância a expertise dos seus profissionais, pela sensibilidade das funções exercidas, como, por exemplo, médicos, farmacêuticos, cirurgiões-dentistas, engenheiros, entre outras profissões que demandam inscrição em Conselhos de Fiscalização Profissional. Esta é a premissa principal para este no qual o objetivo geral é discutir o poder de polícia dos conselhos profissionais à luz do direito fundamental ao livre exercício profissional esculpido na Constituição Federal de 1988, em que se busca ainda, caracterizar conselho de fiscalização profissional, poder de polícia e o livre exercício profissional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e demonstrar as implicações desse poder de polícia para os profissionais e para a sociedade. É uma pesquisa exploratória, bibliográfica e de natureza qualitativa, apresentando nos resultados que esses conselhos são autarquias especiais destinadas ao controle e à fiscalização das atividades profissionais de diversas categorias e que detêm poder de polícia para agirem de forma a coibir que os serviços técnicos e científicos sejam prestados por pessoas não habilitadas conforme a legislação daquele conselho específico, sendo, portanto, este poder um exercício legítimo dos Conselhos de Fiscalização Profissional. Conclui-se que o exercício profissional de profissões que precisam de regulamentação para seu exercício precisa ser fiscalizado, cabendo aos Conselhos exercer o poder de polícia que lhe cabe, em nome da boa prática profissional e segurança da coletividade.

Palavras-chave: Conselhos Profissionais. Fiscalização. Poder de Polícia.

ABSTRACT

In some professional activities, the expertise of its professionals is extremely important, due to the sensitivity of the functions performed, such as, for example, doctors, pharmacists, dentists, engineers, among other professions that require enrollment in Professional Inspection Councils. This is the main premise for this, in which the general objective is to discuss the police power of professional councils in the light of the fundamental right to free professional practice enshrined in the Federal Constitution of 1988, which also seeks to characterize a professional supervisory council, power of police and free professional practice within the scope of the Brazilian legal system and to demonstrate the implications of this police power for professionals and for society. It is an exploratory, bibliographical and qualitative research, showing in the results that these councils are special autarchies destined to the control and inspection of the professional activities of several categories and that they have police power to act in a way to prevent that the technical and scientific services are provided by people who are not qualified according to the legislation of that specific council, therefore, this power is a legitimate exercise of the Professional Inspection Councils. It is concluded that the professional exercise of professions that need regulation for their exercise needs to be supervised, and it is up to the Councils to exercise their police power, in the name of good professional practice and the safety of the community.

Keywords: Professional Advice. Oversight. Police power.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qua-

lificações profissionais que a lei estabelecer”. Assim, existindo regulamentação infralegal, somente poderá exercer a profissão aquele que atender as qualificações exigidas em norma.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em análise ao Recurso Extraordinário (RE) n. 414.426, prevê que nem todas as atividades profissionais precisam ser regulamentadas e fiscalizadas, mas somente aquelas que têm um potencial lesivo de acordo com a natureza da atividade profissional.

Em algumas atividades profissionais é de suma importância a expertise dos seus profissionais, pela sensibilidade das funções exercidas, como, por exemplo, médicos, farmacêuticos, cirurgiões-dentistas, engenheiros, entre outras profissões que demandam inscrição em Conselhos de Fiscalização Profissional.

Como analisa Souza (2019), os Conselhos de Fiscalização Profissional visam ao zelo pela integridade e pela disciplina da respectiva profissão que ele regulamenta, disciplinando e fiscalizando, o que abrange o aspecto normativo e punitivo, zelando pela ética no exercício desta. São entidades cujo papel é defender a sociedade e impedir que ocorra o exercício ilegal da profissão, tanto por aquele que possua habilitação, mas não segue a conduta estabelecida, tanto para o leigo que exerce alguma profissão cujo exercício dependa de habilitação.

O estudo foi desenvolvido com intuito de traçar o caminho para facilitar o entendimento sobre a aplicação do poder de polícia administrativa, inerentes a esses entes do Estado, em detrimento do direito constitucional do livre exercício das profissões.

Compreende-se que esse instituto se baseia como um instrumento essencial para a fiscalização das classes profissionais autônomas, uma vez que o profissional deve agir de forma coesa, zelando sempre pelo bem-estar da comunidade, e somente um órgão

de natureza jurídica de direito público pode exercer a fiscalização se valendo do poder de polícia que a lei lhe outorgou.

Diante do exposto, a temática abre espaço para os seguintes questionamentos: Qual a importância desse poder sancionatório dos conselhos profissionais para a sociedade? E para o profissional liberal, em que medida esse poder fere a autonomia dada pela própria Constituição Federal para o livre exercício de suas atividades?

Por fim, se faz necessário uma discussão da temática, pois entende-se o quão é relevante para os profissionais registrados nos respectivos conselhos de classe e a sociedade entender por que o Estado pode controlar certas profissões regulamentadas e qual será a finalidade desse controle para a população.

2. METODOLOGIA

O estudo é uma pesquisa exploratória, bibliográfica e de natureza qualitativa. Para Lakatos e Marconi (2017) a pesquisa exploratória é definida como um levantamento, seleção e documentação da bibliografia que já foi publicada sobre o tema, e possibilita que o pesquisador entre em contato com estes materiais e aprofunde os conhecimentos sobre o assunto.

A pesquisa bibliográfica se caracteriza por suprimir dúvidas a partir de seleção de material bibliográfico diverso, para esclarecimento das pressuposições teóricas que fundamentam a pesquisa e das contribuições proporcionadas por estudos já realizados com uma discussão crítica (GIL, 2017).

Em relação à pesquisa qualitativa, a finalidade é produzir informações aprofundadas, além de novas informações sobre o tema. A quantificação de achados não é o mais relevante neste estudo, e sim o conteúdo deles, de forma a fornecer respostas ao problema da

pesquisa e o alcance dos objetivos (DESLAURIERS; KÉRISIT, 2008, p. 58).

Foram utilizados como fonte de dados, artigos, periódicos, doutrinas, jurisprudências, publicações em plataformas digitais, a exemplo do *Google Acadêmico*, *Scientific Electronic Library Online (Scielo)*, sites oficiais e jurídicos, como do STF, STJ, CONJUR e TCU. Para a busca, as palavras-chaves utilizadas foram: “conselhos profissionais”; “conselhos de classe”; “fiscalização”; “poder de polícia”.

Adotou-se como critérios de inclusão estudos completos e disponíveis na íntegra, escritos na língua portuguesa, inglesa ou espanhol, com acesso livre e gratuito. Foram excluídos da seleção resenhas, editoriais e outros materiais publicados sem base acadêmico-científica, além de estudos que não mantiveram relação com a temática ora pesquisada.

Assim, a partir dos dados coletados, realizou-se uma análise de conteúdo de Bardin, cujo escopo consistiu em desvelar aspectos conceituais, jurídicos, abordagens teóricas sobre diferentes posicionamentos de teóricos/autores/juristas, possibilitando ao pesquisador, debruçar-se sobre a temática escolhida com mais fundamentação e propriedade para desenvolver os argumentos que possibilitaram respostas ao problema definido e aos objetivos que se pretendeu alcançar com a pesquisa.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1 Conselhos de Fiscalização Profissional: concepções e alterações legais

A Antiguidade Clássica revela um protótipo do que viria a ser os conselhos profissionais. São as *collegia*, surgidas na Roma antiga.

Essas instituições eram criação do Estado Romano, concebidas para dirimir conflitos que se estabeleciam na sociedade acerca do exercício de alguma atividade (PEREIRA, 2008).

Consoante este autor, é quando se inicia um ciclo histórico de aproximações do Estado com a regulação da economia e, de forma paralela, um afastamento, em um processo cíclico de intervenções e abstencionismo, que atua diretamente na sorte das corporações de ofício, o que dificulta sua conceituação em face de tantas alterações sofridas ao acompanhar as conjunturas políticas e sociais ao longo do tempo.

Pereira (2008) elucida que a instituição dos conselhos de fiscalização do exercício profissional, inicialmente concebidos de forma hierarquizada, representaram, desde o seu surgimento, o passo mais importante para o associativismo e o controle profissional. Assim:

os mestres eram detentores dos maiores poderes e privilégios no que toca ao exercício da atividade profissional; controlavam seus subordinados (a exemplo de seus antigos opressores, os senhores feudais), com extremo rigor e, no mais das vezes, procuravam impedir que os companheiros se tornassem mestres. Os companheiros, na prática, exerciam as mesmas atividades dos mestres, mas sempre ligado a um destes; conheciam o ofício, mas não haviam obtido o reconhecimento da corporação como mestres, degrau difícil de ser alcançado. Os aprendizes, por seu turno, estavam na base da estrutura; trabalhavam apenas para aprender o ofício, almejando um dia tornar-se companheiros e, quiçá, mestres (PEREIRA, 2008, p. 19).

No entanto, conforme ressaltam Pinheiro e Veloso (2016), ao longo do século XV, as corporações profissionais medievais passaram a ser caracterizadas como uma estrutura hermética de opressão dos seus integrantes, já que companheiros aprendizes eram submetidos a implacáveis exigências pelos mestres, cujos poderes sobre os subordinados eram praticamente absolutos.

Foi também nesse período que os egressos das corporações de ofícios, insatisfeitos com toda a opressão e exploração, começaram a agir de forma a promover a adesão em torno de uma união voltada para quebrar a hegemonia corporativa, através de buscar fazer prevalecer com maior vigor, a autonomia e liberdade para o exercício profissional (PEREIRA, 2008).

No século XVIII, houve ações mais combativas ao sistema opressor. Era o momento em que ocorriam as revoluções liberais, principalmente na França e na Inglaterra, com muitas mudanças na economia e nas relações de trabalho, florescendo ainda, o ideário iluminista de valorização das artes, letras, humanismo e cientificismo. Com isso, as bases corporativas medievais perdiam solidez, o tema era liberdade para os exercícios profissional e laborativo, não se aceitando mais a existência de grupamentos e corporações entre o Estado e indivíduos (SANCTIS, 2009).

Com a abolição dos conselhos no final do século XVIII acabaram surgindo condições para a estrutura atual dessas instituições. O fim momentâneo abriu caminho para a volta do interesse público nessa seara, em oposição ao até então predominante interesse privado das corporações de ofício medieval, mas, de acordo com Pereira (2008, p. 25):

Propiciou o surgimento dos primeiros movimentos sindicais e as condições para, algum tempo após, emergirem sistemas de controle do exercício profissional em delineamentos mais modernos, tendo por base a tutela dos interesses públicos e não exclusivamente daqueles meramente corporativos

Pode-se então, afirmar, que quando se trata de compreender os conselhos de fiscalização do exercício profissional é importante buscar o precedente que vem do direito do trabalho que nascia mediante a percepção da existência de vínculo laboral, identificado nos séculos

XVIII e XIX, durante a revolução industrial e o desenvolvimento do liberalismo (ALVES, 2012).

Desvelando-se o contexto histórico legal desses conselhos no arcabouço jurídico, o que se observa é a evolução de sua regulamentação ao longo das constituições brasileiras. Aduz o Tribunal de Contas da União que:

já na Constituição de 1891, havia a previsão do livre exercício profissional. Na Carta Magna de 1934, o livre exercício de qualquer profissão estava condicionado à capacidade técnica e outras obrigações que a lei estabelecesse, ditadas pelo interesse público. A partir da década de 30, com o fenômeno da autarquização, o Estado passou a ter maior interferência na fiscalização do exercício profissional. (TCU, 2014, p. 27).

Sob base conceitual legal, é pertinente citar a Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que regula as profissões de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que ao definir o CONFEA – Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, traz em seu art, 80, que os conselhos [...], autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, constituem serviço público federal, gozando os seus bens, rendas e serviços de imunidade tributária total (art. 31, inciso V, alínea a da Constituição Federal) e franquia postal e telegráfica (CONCEIÇÃO, 2021), ou seja, traduz, de forma elucidativa, a concepção de conselhos de classe.

Contudo, em 1997, foi editada a medida provisória 1.549-35 que resolveu transformar os conselhos de fiscalização profissional em pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer ligação com a administração pública, uma vez que os empregados dos conselhos foram expressamente submetidos ao regime celetista, as entidades restaram dispensadas de prestar contas só TCU e ganharam poderes para fixar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas (BRASIL, 1997).

Haja vista o teor dessa medida, o STF, em decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.717/DF, em 07.11.2002, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, entendeu que os conselhos de fiscalização são órgãos autárquicos federais, com personalidade jurídica de direito público e sujeito ao regime estatutário, que limitam ou condicionam o exercício do direito do trabalho, ofício ou profissão, fazendo com que a liberdade do exercício profissional seja delimitada em prol da coletividade.

Corroborando com esse pensamento, Bugarim et al (2011), destaca que os conselhos profissionais, como entes autárquicos que são, cumprem papel de fiscalizador das profissões, que foi delegado pelo Estado, como vislumbrado a seguir:

Os conselhos de fiscalização - o Federal e os Regionais - foram, portanto, criados por lei, tendo cada um deles personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Além disso, exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre o art. 5º, inciso XIII da constituição federal, evidencia o poder de polícia administrativa que é atividade tipicamente pública. Por preencherem, pois, os requisitos de autarquia, cada um deles é uma autarquia, inobstante o caráter sistêmico dado pela lei que os criou. (BUGARIM, et al, 2011 p. 17).

Portanto, essas entidades autárquicas impõem restrições ao exercício dos direitos fundamentais relacionados com a liberdade profissional com base no princípio do primado do interesse público. A sua importância é realçada porque intervêm, condicionam (em termos legais, claro), acompanham e aprovam uma das dimensões fundamentais do ser humano, nomeadamente o trabalho. Trata-se de uma atividade por excelência de Estado, que presta o que constitui um serviço público federal e possui as ferramentas inerentes à gestão do poder de polícia. Tratar estes entes como de natureza privado não parece uma tarefa fácil (LEÃO; CHAGAS, 2022).

Observando as atividades desenvolvidas pelos conselhos de fiscalização profissional, Fernandes (2012) as descrevem como: (i) verificam se estão reunidas as condições de registo dos profissionais na entidade e (ii) monitorizam a conduta dos cidadãos cadastrados para garantir a competência técnica em todo o processo de prestação de serviços em benefício das comunidades que contratam esses mesmos serviços. Nessa mesma perspectiva, Meirelles (2015) reitera que:

Os órgãos de Conselhos de Classes Profissionais, têm como foco a proteção do interesse público e coletivo em relação às atividades profissionais que trazem risco a sociedade, e por isso utilizam o Poder de Polícia que é privativo de órgãos Estatais para a fiscalização do cumprimento das normas técnicas profissionais. Seu objetivo consiste em regulamentar, controlar e conter todo bem, direito ou atividade individual que possa, por algum modo, afligir a coletividade ou colocar em risco a segurança nacional (MEIRELLES, 2015, p. 156).

Aos conselhos, delega-se a aplicação da legislação nacional referente a cada profissão, atividade cuja incumbência cabia à União por força do artigo 21, inciso XXIV, da Constituição de 1988. O papel da lei federal é a criação da regulamentação profissional e os conselhos a aplicam, dentro do seu campo de atribuição, conforme o entendimento presente no julgado do Supremo Tribunal Federal em RE nº 539.224 oriundos do Estado do Ceará.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. 1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores. 2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem

a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026) (BRASIL, 2020).

Ainda à guisa do conceito e importância, reitera-se que esses conselhos são autarquias especiais destinadas ao controle e à fiscalização das atividades profissionais de diversas categorias, sendo administrados por profissionais eleitos pela própria categoria para coibir o exercício irregular das profissões, seja pela má atuação de alguns profissionais, seja pela atuação de profissionais não habilitados para tal, situações essas que acabam por prejudicar toda a coletividade (REOLON, 2018).

Diante do exposto, para o ordenamento jurídico brasileiro atual, é cristalino afirmar que os conselhos de fiscalização profissional constituem entidades autárquicas, com personalidade jurídica de direito público, criada por lei, com a finalidade precípua de velar pelo interesse da coletividade, exercendo o seu poder de polícia administrativo, na supervisão técnica e ética do exercício de seus profissionais registrados. Ocorrendo irregularidade, são adotadas pelos conselhos, medidas administrativas e judiciais, como denúncias às autoridades policiais e ao Ministério Público para o crime de exercício ilegal da profissão e ilícitos contra a sociedade.

3.2 O poder de polícia e o direito fundamental ao livre exercício profissional no âmbito dos conselhos de classe

Meirelles (2015), ao tratar sobre o poder de polícia, evidencia que o poder de polícia é prerrogativa que pertence à Administração Pública, visando, desta forma, o condicionamento e a restrição para

utilização e gozo de bens, atividades e direitos individuais em prol da coletividade ou do Estado.

A evolução do poder de polícia acompanhou não só o desenvolvimento das cidades, como também a multiplicação das atividades humanas, a expansão dos direitos individuais e as exigências do interesse social. Daí a extensão do poder de polícia a toda conduta do homem que afete ou possa afetar a coletividade, alcançando a União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, visando sempre à preservação dos interesses da comunidade e do próprio Estado (MEIRELLES, 2015).

Entende-se que o poder de polícia possui sua origem com o objetivo principal de evitar que o interesse particular se sobreponha e, até mesmo, afete o interesse coletivo. Dessa forma, o poder estatal atua limitando as atividades dos indivíduos que se colocam em oposição às regras em prol da supremacia do interesse público havendo, consequentemente, a imposição de sanção para os infratores (SOUSA, 2016).

Discorrendo sobre o poder de polícia, pode-se encontrar em Mazza (2012, p.267) o esclarecimento que segue:

A doutrina costuma tratar do conceito de poder de polícia empregando a expressão em duas acepções distintas: Poder de polícia em sentido amplo: inclui qualquer limitação estatal à liberdade e propriedades privadas, englobando restrições legislativas e limitações administrativas. Poder de polícia em sentido estrito: mais usado pela doutrina, inclui somente as liberações administrativas à liberdade e propriedades privadas, deixando de fora as restrições impostas por dispositivos legais.

Tem-se também a concepção de poder de polícia administrativo preconizada no Código Tributário Nacional, em uma definição legal do poder de polícia, em seu art. 78:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene,

à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio do poder (BRASIL, 1966).

Segundo Marinho (2018), o Estado transfere poderes aos seus funcionários, a quem cabe a competência para a proteção aos bens de cada indivíduo, sendo uma atuação que deve ocorrer em conformidade com o ordenamento jurídico observando as ações dos indivíduos e empregando sua força de maneira proporcional, seguindo prescrição legal, fiel à necessidade de tal ato, ao princípio da proporcionalidade e à conveniência dessa atuação.

Na atuação estatal e doutrinária, o poder de polícia é dividido em duas categorias: a polícia administrativa, cujo principal objetivo é o cumprimento e execução de leis e regulamentos, voltado para a manutenção da ordem pública e da fiscalização de diversos setores que afetem os bens coletivos, assegurando o bem de todos, e a polícia judiciária que apresenta, em regra, caráter repressivo com a finalidade da responsabilização penal sobre atos ilícitos, recaindo sobre as pessoas (MARINHO, 2018).

Embora exista essa classificação de polícia administrativa e judiciária, para Di Pietro (2015) não existe uma diferença total entre elas, uma vez que ambas podem agir tanto preventivamente quanto repressivamente sobre o comportamento do profissional que cause prejuízos à coletividade. Nesse sentido, os conselhos agem impondo a sua punição, na perspectiva de que o indivíduo/profissional não volte a reincidir.

Para essa autora, a ideia que se deve ter sobre o poder de polícia pode ter sua síntese em dois vocábulos: prerrogativas e sujeições. As prerrogativas são concedidas à administração, de forma a lhe conceder meios que assegurem o exercício de suas atividades, e as sujeições funcionam como limites que se colocam opostos à atuação administrativa em prol dos direitos dos cidadãos.

Oportuno mencionar que, em âmbito geral, conforme a doutrina jurídica, o poder de polícia caracteriza-se por três atributos essenciais: a discricionariedade, a autoexecutabilidade e coercibilidade (TCU, 2014). A discricionariedade é o atributo que permite, dentro dos limites legais, esse poder tenha certa liberdade de atuação conforme a oportunidade e a conveniência, conforme ensinamentos de Mello (2009, p. 820):

Dado que o poder de polícia administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma consequência antissocial que dela poderia derivar, o condicionamento que impõe requer frequentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. [...] Em outras hipóteses incumbe à Administração manifestar-se discricionariamente, isto é, examinando a conveniência e oportunidade de concordar com a prática do ato que seria vedado ao particular à falta de autorização. É o caso do porte de arma, por exemplo. Estes atos de polícia administrativa apresentam-se com um cunho preventivo bastante acentuado.

A autoexecutabilidade é o atributo que permite a tal poder agir sem precisar de prévia autorização do judiciário em determinadas situações. Já a coercibilidade é o atributo que permite impor medidas adotadas pela administração pública mediante o uso de força (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

Sobre esses atributos, é válido dizer que o poder de polícia tem a lei como limitador principal inicialmente, uma vez que por mais que seja um poder caracteriza - do pela discricionariedade, não implica em autorização absoluta a ponto de ir além desta e,

muitas vezes, incorrer em abuso de autoridade (CRETELLA Jr, 1999 apud CARVALHO FILHO, 2009, p. 78) elucida bem, ao aduzir que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis.”

Impende frisar a necessidade de não incorrer em uma confusão entre os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade. Ensina Di Pietro (2015) que a ação policial sempre vai encontrar limitações impostas pela lei, seja “quanto à competência e à forma e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei” (p. 116).

Na mesma linha de pensamento, para o exercício do poder de polícia, há de se observar sua ocorrência por meio de atos normativos e legislativos, criações de leis e daí nascem as limitações que impõem aos indivíduos o seu cumprimento de acordo com a liberdade de outras pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade, de forma a impedir que a Administração estabeleça obrigações ou proibições, a não ser em virtude da lei (DI PIETRO, 2015).

Dessa forma, vale sublinhar que o Poder de Polícia dos Conselhos Profissionais não são absolutos, encontrando limitações na sua atuação, como por exemplo, na execução das anuidades dos profissionais que se encontram inadimplentes.

Sendo as anuidades um tributo, o valor devido é cobrado por meio de uma execução fiscal, com competência da Justiça Federal, levando em conta que os Conselhos Profissionais são autarquias federais. Contudo, limitando esse poder, a lei nº 12.514/2011, no seu artigo 8º, fixou um número mínimo de anuidades em atraso para ajuizamento da execução fiscal. Senão, vejamos:

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas, de quaisquer das origens previstas no art. 4º desta Lei, com valor total inferior a 5 (cinco) vezes o constante do inciso I do caput do art. 6º desta Lei, observado o disposto no seu § 1º. (Redação dada pela Lei nº 14.195, de 2021)

Nesse mesmo sentido, limitando ainda mais o Poder de Polícia dessas entidades autárquicas, o STF tem decidido que a suspensão do profissional registrado em conselho de classe profissional que esteja inadimplente com suas anuidades, representa uma ofensa ao princípio do livre exercício profissional, direito fundamental insculpido na Constituição Federal de 1988.

É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária.

STF. Plenário. RE 647885, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 27/04/2020 (Repercussão Geral – Tema 732).

O caso em tela envolveu alguns dispositivos do Estatuto da OAB, que punia com a suspensão o exercício do advogado que estava inadimplente. Segundo o STF, apesar das anuidades serem tributos, podendo ser cobrados mediante execução fiscal, não seria razoável e proporcional a suspensão dos serviços do profissional, inviabilizando assim o mínimo existencial do devedor, haja vista existir outras alternativas para cobrança da dívida. Em sua decisão, O STF fixou a tese de forma ampla, abrangendo todos os Conselhos de Fiscalização das Profissões.

Sob o âmbito dos conselhos profissionais, no que diz respeito à materialização do poder de polícia para essas autarquias e vinculado a profissões regulamentadas, Ferreira (2006, p. 49), assim leciona:

No que tange à escolha de profissões, a liberdade é inviolável, porém é legítimo o poder de polícia para legalizar e permitir *in totum* a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia etc.);

Salienta-se, conforme Silva (2022), que, de uma forma geral, os conselhos de classe profissionais recebem as demandas de fiscalização ou as fazem de ofício, no cumprimento irrestrito do poder de polícia. Pereira (2013) traz o entendimento que os conselhos, da mesma forma que o Poder Público para disciplinar situações hipotéticas, façam uso de meios gerais e específicos, ou seja:

No desempenho das atividades de polícia administrativa, como nos ensina a doutrina, o Poder Público normalmente se vale de meios gerais, como os atos normativos, para disciplinar genericamente situações hipotéticas (como resoluções e instruções), ou ainda de meios específicos. Esses meios específicos subdividem-se em medidas preventivas (como licenças, autorizações e fiscalizações) e medidas repressivas (como multas, interdições de atividade, suspensões e cassações). Ora, essas são exatamente as atribuições dos conselhos (PEREIRA, 2013, p. 49).

Magami Júnior (2016) defende, sob prismas econômico e social, que o poder de polícia dos Conselhos de Fiscalização vem coibir que os serviços técnicos e científicos sejam prestados por pessoas não habilitadas conforme a legislação daquele conselho específico. Sendo este poder um exercício legítimo dos Conselhos de Fiscalização Profissional.

Pode-se citar por exemplo, o Conselho Federal de Enfermagem/Conselhos Regionais de Enfermagem, em que o exercício do poder de polícia administrativa que lhes são outorgados como autarquia pública, cabe, respectivamente, ao órgão federal a regulamentação das leis infraconstitucionais e aos conselhos regionais o controle das suas aplicações em nível de estado (BRASIL, 2011).

Assim sendo, esses conselhos, com o poder de polícia conferido através do ordenamento jurídico e decisões jurisprudenciais, criam diversas responsabilidades ao fiscalizar, regular e orientar as mais variadas profissões regulamentadas, cujo escopo é o compromisso de zelar pelo bem-estar da sociedade.

Nessa lógica, os conselhos profissionais formam uma organização responsável por fiscalizar, orientar e zelar pelo bom exercício profissional e, conseqüentemente, pela qualidade de vida para toda a sociedade.

Ao agirem exercendo esses papéis, entende-se que o livre exercício da profissão, embora seja um direito constitucional, não se trata de direito absoluto. Tem-se, portanto, a necessidade de que o poder de polícia seja utilizado para garantir a proteção da sociedade e coibir o exercício ilegal da profissão regulamentada. Observa-se nesse ínterim, uma norma de eficácia contida, que é aquela que nasce com aplicabilidade direta, imediata, porém, possivelmente não integral, ou seja, apta a produzir todos os efeitos, mas que pode sofrer restrições por atos do poder público (PEDRO LENZA, 2019).

Como se vê, a regra constitucional é a liberdade profissional e nessa esteira, cita-se a atividade de músico, que dispensa a inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, validando que nem todas as profissões precisam ser condicionadas a registro em conselho de classe profissional, a exemplo. Assim, segundo o STF, a atividade de músico, não tendo potencial lesivo na atividade, dispensa a inscrição em conselho, conforme RE 414426, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 01/08/2011 (BRASIL, 2011).

Corroborando com essa ideia acima, o deputado federal, Tiago Mitraud, do partido Novo (MG), apresentou, em 22/12/2022, o Projeto de Lei (PL) 3081/2022 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2022), cujo escopo é desregulamentar de diversas profissões, como por exemplo, arquiteto, economista, profissional de educação física, engenheiro, fisioterapeuta, geógrafo, geólogo, médico veterinário, nutricionista, psicólogo, químico. Observa-se, contudo, que algumas destas profissões apresentam atividades com potencial lesivo a

sociedade, o que as obrigam possuir regulamentação e fiscalização por parte do poder público dentro dos preceitos legais atuais.

Do exposto, vale dizer que ética, credibilidade, segurança é o que se espera de profissionais que prestam serviço à sociedade. No entanto, quando se trata de serviços que envolvam aspectos fundamentais da vida e que tenham um caráter potencial de lesividade como aduzido anteriormente, algumas profissões precisam de regulamentação e estarem sob o crivo de um conselho de classe para impedir a possibilidade do exercício ilegal do ofício, bem como do charlatanismo, em razão da boa prática profissional e segurança individual e coletividade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de proteger a comunidade, em relação ao exercício profissional, foram criados os conselhos de classe profissional, entidades autárquicas de direito público, como forma de limitar o exercício de certas profissões, não para atrapalhar o exercício desses profissionais, mas para que respeitem os limites impostos pela lei, pois muitas vezes, alguns profissionais querem exorbitar suas atribuições, adentrando em um campo técnico que não tem atribuição para desempenhar determinada atividade, dessa maneira, colocando em risco toda coletividade.

Ao exercerem o poder de polícia que detêm legalmente, os conselhos profissionais atuam na fiscalização e cumprimento de cada profissão à qual lhe cabe intervir, de forma a estabelecerem diversas exigências tanto técnicas como éticas, prescritas em lei e em regulamentos internos próprios da profissão.

É bem abrangente o papel dos conselhos, cabendo-lhe a partir do poder que lhe é outorgado, atuar de forma a coibir o exercício ilegal

da profissão regulamentada. Nesse sentido, são responsabilidades dessas entidades; regulamentar, fiscalizar, controlar e conter toda atividade que possa, por algum motivo, afligir e colocar risco a coletividade.

Destaca-se o quanto é importante e fundamental essa garantia dada à sociedade mediante o poder de polícia desses conselhos, regulamentando profissões cujas áreas de atuação exigem a necessidade de credibilidade profissional.

Conforme já mencionado, nem todas as profissões e ofícios precisam ser condicionadas aos ditames da lei, a regra, é a do princípio da liberdade profissional. Contudo, algumas profissões podem desenvolver um maior potencial lesivo na sua atividade desenvolvida, essas profissões, segundo o STF, precisam ser regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado, missão essa delegada aos conselhos de fiscalização profissional.

Portanto, o confronto entre a liberdade profissional e as restrições impostas pelos conselhos profissionais ainda ensejam discussões, no sentido de se observar os limites de atuação do poder de polícia desses conselhos, bem como a relativização dessa liberdade profissional perante nossa sociedade, uma vez que esse preceito legal não pode ser considerado absoluto no atual ordenamento jurídico brasileiro.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 19 ed. São Paulo: Método, 2011.

ALVES, L. M. T. **Os conselhos de fiscalização profissional no Brasil – da ética da conservação à ética da transformação – caso dos conselhos de medicina**. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação

em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Enfermagem. Manual de Fiscalização do Cofen. Brasília: Cofen, 2011. BUGARIM, M. C. et al. **Gestão pública responsável uma abordagem do sistema CFC/CRCs**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.514**, de 28 de outubro de 2011. Dá nova redação ao art. 4º da Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, que dispõe sobre as atividades do médico-residente; e trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31/10/2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 647885/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência. < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4105161&numeroProcesso=647885&classeProcesso=RE&numeroTema=732>>. Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 414426, Relator. Ministro Ellen Gracie, Pesquisa de Jurisprudência. < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269293> >. Acesso em: 23 dez. 2022.

Brasil. **Supremo Tribunal Federal**. (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717-6/DF. Relator: Min. Sydney Sanches, 7 de novembro de 2002. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em: 07 jan. 2023

CÂMARA DE DEPUTADOS (BRASIL). DEPUTADO FEDERAL TIAGO MITRAUD.

Projeto de Lei n. 3081/2022. Revoga e altera Leis, Decretos-leis e um Decreto, a fim de desregulamentar profissões e atividades que não ofereçam risco à segurança, à saúde, à ordem pública, à incolumidade individual e patrimonial. Brasília: Câmara dos Deputados, 22 jan. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2345303>. Acesso em: 07 jan. 2022.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

CONCEIÇÃO, A. **O regime de admissão de pessoal dos conselhos de fiscalização e a realidade prática do Conselho Regional de Odontologia de Mato Grosso**. 2021. 67 f. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Mato Grosso, Campus Universitário do Araguaia, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Barra do Garças, 2021.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, F. N. A criação de conselhos profissionais e a delegação da atividade de fiscalização de profissões regulamentadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano, v. 17, 2012.

FERREIRA, P. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LAKATOS, E. M; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. reimp. São Paulo: Atlas, v. 310, 2017.

LEÃO, M. A; CHAGAS, C. A. Conselhos de Fiscalização de Profissões Regulamentadas: pré-diagnóstico dos Arquivos dos Conselhos Federais. **Em Questão**, v. 28, n. 2, p. 116211, 2022.

MAGAMI JUNIOR, R. T. O poder de polícia (ou limitação administrativa à liberdade e à propriedade) como instrumento de desenvol-

vimento econômico e social. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4865, 26 out. 2016.

MARINHO, M.S. **O Poder de Polícia na Repressão de Crimes e o Uso Progressivo da Força**. Monografia – UniEvangélica, Anápolis, 2018.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PEREIRA, R. T. V. Histórico dos Conselhos de Fiscalização profissional In: FREITAS, V. P. (Coord.). **Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, R. T. V. **Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência**. 3 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINHEIRO, H. J. G.; VELOSO, R. C. poder sancionatório dos conselhos de fiscalização profissional: reflexão sobre hipótese de inelegibilidade da lei da ficha limpa. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**. v. 2, n. 2, p. 135 – 155, 2016.

REOLON, J, F. **Conselhos de fiscalização: curso completo**. Belo Horizonte, Fórum, 2018.

SANCTIS, F. M. **Responsabilidade Penal das Corporações e Criminalidade Moderna**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, M. A. N. **A participação social dos conselhos de classe profissionais: Ações civis públicas no contexto da saúde pública no Rio Grande do Norte**.

Monografia (Graduação em Administração) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento de Administração. Natal, RN, 2022.

SOUSA, E. L. B. **Lei de acesso à informação: avaliação do cumprimento da lei de acesso à informação pelos conselhos de fiscalização do exercício profissional.** 2019. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado), Ciências Contábeis, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

SOUZA, E. J. Polícia Militar atuando como polícia administrativa. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3087, 14 dez. 2016.

SUNDFELD, C. A; CÂMARA, J. A. Conselhos de fiscalização profissional: entidades públicas não estatais. **Revista de Direito do Estado**, n. 4, 2006.

TCU - Tribunal de Contas da União. **Orientações para os Conselhos de Fiscalização das Atividades Profissionais.** 2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A253D4239E0153F62AA3F46EA6>>. Acesso em: out,2022.

CAPÍTULO VIII

O PAPEL DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL COMO INSTRUMENTO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE SÓCIOS

THE ROLE OF BUSINESS MEDIATION AS AN INSTRUMENT FOR RESOLVING CONFLICTS BETWEEN PARTNERS

Áquila Cadeira de Moura Oliveira

Glauber Iure Cardoso de Menezes Silva ¹

Helmo Robério Ferreira de Menezes²

Francisco Ivo Gomes de Lavor ³

Bismarck Oliveira Borges ⁴

Antônio Leandro Florentino Brito ⁵

Wiliana Alsinete da Silva ⁶

José Ivo Ferreira de Souza ⁷

José Cezário de Almeida⁸

1 <https://orcid.org/0000-0002-8483-4488>

2 <https://orcid.org/0000-0001-9326-8548>

3 <https://orcid.org/0000-0001-8219-802X>

4 <https://orcid.org/0009-0001-1826-9716>

5 <https://orcid.org/0009-0004-6966-2894>

6 <https://orcid.org/0000-0002-5433-6648>

7 <https://orcid.org/0000-0001-8570-5525>

8 <https://orcid.org/0000-0001-8409-1242>

RESUMO

Existem momentos em que controvérsias e impasses entre sócios podem gerar conflitos e evitando que esses conflitos possam se transformar em problemas judiciais, por exemplo, tem-se a mediação que vem prevista pela Lei n. 13.140/2015, sendo uma nova via para a resolução de conflitos. O objetivo geral do estudo é descrever o papel da mediação empresarial como instrumento para a solução de conflitos entre sócios nas organizações. Fez-se a pesquisa bibliográfica, desenvolvida através de uma abordagem qualitativo- descritiva e exploratória com a coleta de dados em bases de informações como o Google acadêmico. Foi mostrado que a partir da Resolução 125, a sociedade vem percebendo que a mediação e conciliação não só contribuiu para desafogar o judiciário, mas também como um meio de pacificação social. A Lei nº 13.140/2015 conceitua a mediação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Conclui-se que a mediação empresarial é um instrumento capaz de viabilizar a solução de conflitos entre sócios nas organizações, diminuindo custos, possibilitando uma saída consensual por meio de um terceiro imparcial, de forma que os sócios possam estabelecer um diálogo e chegar ao que for melhor para as partes e para os negócios

Palavras-chave: Mediação. Sócios. Conflitos. Diálogo.

ABSTRACT

There are times when controversies and impasses between partners can generate conflicts between partners and preventing these conflicts from turning into legal problems, for example, there is the mediation that is provided for by Law n. 13.140/2015, being a new way

for conflict resolution, The overall objective of the study is to describe the role of business mediation as a tool for resolving conflicts between partners in organizations. A bibliographical research was carried out through a qualitative-descriptive and exploratory approach with the collection of data in databases such as Google academic. It was shown that from Resolution 125, society has been realizing that mediation and conciliation not only contributed to unburden the judiciary, but also as a means of social pacification. Law nº 13.140/2015 conceptualizes mediation as the technical activity carried out by an impartial third party without decision-making power, which, chosen or accepted by the parties, helps and encourages them to identify or develop consensual solutions to the controversy. It is concluded that business mediation is an instrument capable of enabling the solution of conflicts between partners in organizations, reducing costs, enabling a consensual solution through an impartial third party, so that the partners can establish a dialogue and reach what is necessary. better for parties and for business

Keywords: Mediation. Partners. Conflicts. Dialogue.

INTRODUÇÃO

No cotidiano empresarial, não é incomum haver conflitos, principalmente, quando se trata de empresas que têm à frente, dois ou mais sócios, e às vezes, a situação pode ficar mais crítica, havendo a necessidade de mediação que é um meio consensual de abordagem de divergências, realizada por uma pessoa imparcial, cuja atuação visa facilitar a comunicação entre as partes envolvidas, propiciando saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2018).

A mediação vem prevista pela Lei n. 13.140/2015, e tem vários benefícios, contribuindo, por exemplo, para diminuir a demanda

geralmente elevada do Sistema Judiciário, que é, muitas vezes, deficitário, exatamente por não ter condições de atender, nem de forma quantitativa nem qualitativa, a todas as causas. Com o instituto da mediação, tem-se uma nova via para a resolução de conflitos, diminuindo a sobrecarga da Justiça.

Por mais que as relações nas empresas tragam a necessidade de atitudes racionais, não se pode esquecer que o ser humano é, também, emocional, e por mais que se adote uma postura distanciada, nem sempre é possível deixar o fator emocional longe do nosso cotidiano, vinte e quatro horas por dia e isso às vezes, pode-se refletir na relação com o outro. Um pensamento, uma ideia, um objetivo diferente, no caso de sócios, podem ter impasses que comprometem a sociedade.

Chiavenato (2010) elenca alguns pontos em que se pode perceber o conflito, por exemplo, quando as partes envolvidas têm consciência do conflito, porque cada um tem objetivos diferentes; quando há provocações e comportamentos hostis mesmo que disfarçados e quando ocorrem de forma totalmente aberta, percebido pela conduta dos envolvidos.

Neste aspecto, é interessante a análise de Brondani (2010) quando destaca que cada pessoa tem crenças e valores que são apreendidos em seu entorno cultural, e elas não se tornam diferentes, porque estão no ambiente de trabalho. Algumas vezes, existem hábitos de comunicação que acabam afetando negativamente outras pessoas, enfim, todos têm defeitos, apresentam falhas em uma ou outra atitude. O que faz tudo isso se tornar um grande problema, é quando não há uma estratégia adequada, que possa contribuir para restabelecer o diálogo, o que é papel da mediação, instituto que pode ser o elo nas relações entre os colaboradores, através de um mediador competente para essa função.

Entende-se a importância do tema, quando se tem a visão do quanto os conflitos mal gerenciados podem atrapalhar o cotidiano das organizações. Compreendendo melhor a mediação e seu papel, sendo um operador de Direito, tem-se o embasamento para reconduzir casos que nem sempre necessitam de uma intervenção processual, via Sistema Judiciário. Daí a importância de estudantes de Direito conhecerem mais sobre o tema.

O conhecimento de que existem momentos em que controvérsias e impasses entre sócios podem gerar conflitos maiores, traz-se como questionamento deste estudo: como a mediação pode ser um instrumento para a solução de conflitos entre sócios nas organizações? Acredita-se que a figura do mediador, por ser uma pessoa neutra, seguindo o que vem prevendo em lei, pode promover a conciliação e os impasses, contribuindo para a melhor solução do problema.

Destaca-se a relevância profissional, pois a mediação empresarial pode estar presente no cotidiano de qualquer empresa, em qualquer área. Ter o embasamento para saber em que situação dentro de uma empresa pode ser necessária a mediação, contribui para um melhor posicionamento diante de um conflito.

2. METODOLOGIA

O procedimento é a pesquisa bibliográfica que, de acordo com Lakatos e Marconi (2009), a pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc.

Para tanto, faz-se necessário que o pesquisador realize um planejamento sistemático do processo de pesquisa, compreenden-

do desde a definição temática, passando pela construção lógica do trabalho até a decisão da sua forma de comunicação e divulgação.

O estudo é desenvolvido através de uma abordagem qualitativo- descritiva e exploratória. Segundo Gil (2010) nas pesquisas descritivas, os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados, sem que o pesquisador interfira sobre eles.

Segundo Lakatos e Marconi (2000), a pesquisa exploratória trata de investigações de pesquisa empíricas que tenham o objetivo de formular questões ou um problema com a finalidade de desenvolver hipóteses, elevar a familiaridade do pesquisador com o ambiente a ser estudado ou até mesmo modificar e esclarecer conceitos estudados

A pesquisa qualitativa versa sobre questões bem específicas, atentando-se a uma condição de realidade que não pode ser calculada, trabalha com sentidos, motivações, crenças, pretensões, valores e ações (GIL, 2010).

Nesta pesquisa, aspectos conceituais, jurídicos, abordagens teóricas sobre diferentes posicionamentos serão expostos, possibilitando ao pesquisador, debruçar-se sobre a temática escolhida, com mais fundamentação e propriedade para desenvolver os argumentos que darão respostas ao problema definido e aos objetivos que se pretende alcançar com a pesquisa.

A coleta de dados será feita em bases de dados como o Google acadêmico, norteando-se principalmente por revistas jurídicas, além de verificação em jurisprudências para o cumprimento do objetivo geral com ênfase em publicações atualizadas (preferencialmente a partir de 2010), sendo que para os objetivos específicos será considerado também esse critério, salvo em casos de clássicos que pelo teor que os constitui, são atemporais, como também, leis e decretos que, mesmo publicados antes de 2010, ainda sejam vigentes.

Para atendimento aos critérios de seleção, foram lidos artigos, periódicos e livros relacionados ao tema, extraindo aquelas ideias que estivessem mais condizentes com o que se pretende apresentar.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Os tipos comuns de conflitos e sua ocorrência entre gestores de empresas societárias

Pode-se conceituar a empresa privada como “um organismo econômico destinado à produção de mercadorias e/ou serviços, com o objetivo de lucro para o empresário” (SILVA, 2011, p.14).

Diferente da empresa pública, a empresa privada funciona voltada para a prestação de serviços, vendas ou produção de produtos e representa uma parcela fundamental para o crescimento da economia, principalmente, porque em seus diferentes tipos e, sobretudo, as micro e pequenas empresas privadas têm tido desenvolvimento contínuo, com crescimento acelerado.

Explicando sobre a origem das organizações ou empresas, com base em épocas mais remotas, apenas em um breve constructo histórico, o autor a seguir apresenta que:

Na Antiguidade, roupas e víveres eram produzidos na própria casa, para os seus moradores; apenas os excedentes eventuais eram trocados entre vizinhos ou na praça. Alguns povos, como os fenícios, destacaram-se intensificando as trocas e, com isto, estimularam a produção de bens destinados especificamente à venda. Esta atividade de fins econômicos, o comércio, expandiu-se com extraordinário vigor (COELHO, 2011, p. 5).

Daí surgem as organizações e, na sociedade contemporânea, resultado de todo um processo de desenvolvimento das mesmas, cresceram e adquiriram maior complexidade.

Assim, pode-se definir a organização em um contexto moderno, como “um artefato que pode ser abordado como um conjunto articulado de pessoas, métodos e recursos materiais, projetado para um dado fim e balizado por um conjunto de imperativos determinantes” (MEIRELES, 2003, p. 46).

Assim, pode-se definir a organização em um contexto moderno, com base em Chiavenato (2010, p.67), para quem a organização pode ser vista como um sistema sociotécnico, já que “consiste em uma combinação administrativa de tecnologia e de pessoas, de tal forma que ambos os lados se acham intimamente inter-relacionados”.

Estas concepções de organizações, estão relacionadas às mesmas como um todo, ou seja, são conceitos de organização de forma generalizada. No que diz respeito à organização empresarial e a forma como é estruturada, Araújo (2011, p. 110-111) explica que sua estrutura é formada por “diversas áreas que, juntas, ditam sua vida.”

Dessas áreas, depende o seu sucesso, e o autor relata que áreas são essas: finanças, marketing, operações e logísticas, organização, gestão de pessoas e tecnologia da informação, todos atuando de forma a complementar a outra, pois não há condições do funcionamento isolada, uma depende da outra. As organizações também, têm tipos definidos, e esses passam por diferentes classificações, conforme o foco que se dê, que podem ser desde a classificação mais simples, que é dividida em públicas e privadas; como se tratando de organizações empresariais, estender-se para a classificação de empresas quanto ao porte ou tipos societários.

Por exemplo, quanto ao porte, tem-se definidas de forma mais comum a Microempresa - ME e a Empresa de Pequeno Porte - EPP, fontes de vários estudos devido à importância desse tipo de empreendimento para a economia nacional.

Existe ainda o MEI – Microempreendedor Individual que, criado pela Lei Complementar nº 123/2006, que é diferente da ME e EPP, por ser um meio de formalizar aqueles empreendedores que trabalham por conta própria, ou seja, os trabalhadores informais (TORRES, 2018).

É comum ao se deparar com a razão jurídica de uma empresa, siglas como S.A, Ltda, ME entre outras. Estas classificam o tipo de empresa, seja quanto à natureza jurídica, o tipo de sociedade, o tamanho etc.

A sigla S.A (Sociedade Anônima), designa aquelas empresas cujo capital é aberto ou fechado ou ainda, aquelas formadas por mais de sete sócios. Se for formada até seis sócios, cabe-lhe a sigla LTDA, ou seja, Sociedade Limitada, sendo a definição sobre o dono majoritário da empresa definido pelo contrato social. O capital social das empresas LTDA é definido por cotas (NEGRÃO, 2020).

Torres (2018), apresenta ainda, sobre os tipos societários, que são:

- EI – Empresário Individual – segundo Torres (2018), trata-se de um tipo de empreendedor que não tem sócios e se faz presente de forma mais frequente na micro e pequena empresa como também como MEI.

Com a Lei 14.195 de 26 de agosto de 2021, o tipo societário EIRELI Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, é extinto, sendo substituído pelo SLU – Sociedade Limitada Unipessoal. De acordo com a referida Lei, em seu art. 41 - As empresas individuais de responsabilidade limitada existentes na data da entrada em vigor desta Lei serão transformadas em sociedades limitadas unipessoais, independentemente de qualquer alteração em seu ato constitutivo (BRASIL, 2021).

Com a mudança, há algumas alterações como na questão do capital social mínimo, pois na EIRELI, era necessário ter um capital social a partir de 100 salários-mínimos para abrir a empresa. Na SLU, não há limite mínimo. Mamede (2018), esclarece, com base no que vem estabelecido no artigo 1.020 do Código Civil brasileiro, sobre a obrigatoriedade dos administradores em prestar aos sócios, contas justificadas de sua administração, o que implica na apresentação anual do inventário, apresentação do balanço patrimonial e o do resultado econômico.

No que diz respeito à obrigação legal de prestação de contas e sua respectiva fiscalização, é importante frisar que:

O administrador tem o dever jurídico de dar a conhecer, de forma fiel e imparcial, o desempenho da empresa e sua situação econômico- financeira. Sua responsabilidade alcança mesmo a interpretação que dá ao valor de ativos, ao risco de operações e outros elementos (a justificar a formação de provisões ou fundos). (MAMEDE, 2018, p. 89).

É uma obrigação que deveria atender os interesses de todos os envolvidos, porque garante a transparência da sociedade, podendo ainda, evitar conflitos. Mezzari (2017), pondera que o conflito tem origem, principalmente, em se tratando daqueles que fazem parte da gestão das organizações, da diferença entre interesses, pode ser entre os sócios, ou entre as entidades e seus proprietários.

Quando ocorre entre os sócios, segundo ainda o autor, o conflito gera uma incompatibilidade integral, e a depender do grau, poderá se transformar em um certame de circunstâncias jurídicas, enquadrado no direito societário.

É algo, no entanto, que pode ser evitado, necessitando haver flexibilidade, como uma parte ceder, deixando de lado parcial ou integralmente, seus interesses.

De acordo com o que apresenta Chiavenato (2010), conflitos podem estar presentes em todos os ambientes, organizacionais ou em outros ambientes, isso porque sempre que existir a convivência entre um grupo de pessoas, de forma inevitável ocorrerá divergências de ideias, objetivos, valores e outros fatores, que são pontos que podem gerar conflitos. Para o autor, as organizações podem ver os conflitos de duas formas: conflitos como sinônimo de problema, ou como forma de trazer benefícios às atividades empresariais.

É importante salientar que as divergências não são, de regra, negativas. Na realidade, suas consequências dependem da forma como os gestores percebem e mediam esses impasses. É o que destacam Baldwin, Bommer e Rubin (2015, p.338) ao citarem a existência do conflito ruim e o bom:

O conflito de relacionamento é o “conflito ruim”. Ele ameaça a produtividade e interfere nos esforços que as pessoas colocam em uma tarefa porque elas estão preocupadas com retaliações (...) Ele provoca estresse significativo nos gestores e costuma estar associado a consequência negativa. Em contraposição, o conflito de tarefa pode ser visto como o “conflito bom”. Ele pode ser benéfico para tomada de decisão e solução de problemas mais eficazes e pode levar a maior precisão, discernimento e inovação.

Por conta deste entendimento, estudos destacando que os conflitos podem ser positivos têm sido cada vez mais comuns, como o de Burbridge e Burbrigde (2012), que consideram que os conflitos são importantes para o processo de mudanças necessárias e crescimento das organizações, embora não se possa esquecer que são geradores de custos, algumas vezes desapercebidos, porém, que influenciam no funcionamento da empresa.

Segundo Costa (2013), gerenciar conflitos no século XXI compreende habilidade competitiva que pode agregar um diferencial à organização, sobretudo em tempos nos quais se evidencia que as corporações dependem de pessoas e de suas interrelações. É

fundamental um olhar profissional sobre as incidências de conflitos nas organizações.

O conflito nem sempre foi encarado positivamente pela administração, especialmente pela escola clássica de administração. Mesmo a teoria das relações humanas tendia a vê-lo como algo que precisava ser resolvido para se evitar maiores problemas.

Atualmente a corrente interacionista encara o conflito não apenas como natural e até mesmo desejável, sobretudo quando deseja dinamismo, criatividade. Podemos distinguir duas formas de conflitos: o Conflito disfuncional, quando prejudica o desempenho do grupo e o Conflito funcional - quando contribui para o desempenho do grupo (COSTA, 2013).

Percepção: quando você percebe que suas necessidades, desejos ou interesses tornam-se incompatíveis pela presença ou atitude de uma outra pessoa;

Sensação: quando você tem uma reação emocional frente a uma situação ou interação que aponta para um sentimento de medo, tristeza, amargura, raiva, etc.

Ação: quando você torna explícito para a outra parte, ou outras partes, as suas percepções, os seus sentimentos ou age no sentido de ter uma sua necessidade satisfeita, mas essa sua ação interfere na satisfação de necessidades de outras pessoas.

Por isso, não cabe à compreensão de um conflito sob uma única dimensão e um único modo de resolução. Ele frequentemente tem as três dimensões, e a intensidade de cada dimensão pode variar durante o processo de conflito. O conflito quando se torna conhecido pelas pessoas envolvidas, pode ser destrutivo e violento, conciliatório ou amistoso; pode ser um exercício de poder ou pode ser construtivo (FARIA, 2006).

Não importa qual a origem do conflito, nem o caminho que se toma para a solução, ou não, do conflito. A pessoa na situação de

divergência sempre tem a intenção de expor as suas razões dentro do contexto e ter suas necessidades atendidas (FARIA, 2006).

Nesse mesmo entendimento, Azevedo (2011) afirma que desde que conduzido da maneira adequada, o conflito pode proporcionar o crescimento pessoal, profissional e organizacional dos litigantes, tornando-se um verdadeiro meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre indivíduos de forma a impulsionar relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional.

3.2 Política nacional dos meios adequados de solução de conflitos: Resolução n° 125/2010

O Conselho Nacional de Justiça- CNJ, em novembro de 2010, instituiu a partir da Resolução n. 125, a Política Judiciária Nacional que insere tratamento adequado à resolução de conflitos, o que para Vitoi (2016), é um marco evolutivo importante, pois acaba buscando um rompimento com a cultura do confronto judicial e do litígio meramente pelo litígio, prática ainda bem presente, entre os brasileiros.

A Resolução CNJ n.º 125/2010 é composta por dezenove artigos, distribuídos em quatro capítulos, versando sobre a política pública de tratamento adequado de interesses (capítulo I); atribuições do CNJ (capítulo II); atribuições dos tribunais (capítulo III) e do Portal de Conciliação (capítulo IV).

Contém, ainda, o anexo I, que dispõe sobre cursos de capacitação e aperfeiçoamento para magistrados e servidores; o anexo II, que cuida de sugestões de procedimentos a serem adotados nos setores de solução pré- processual e processual; o anexo III, que traz o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais; e o anexo IV, que cuida dos dados estatísticos (BRASIL, 2010).

A Resolução propõe diretrizes cujo eixo direcional e a resolução de problemas de interesse coletivo, e, nesta linha, de interesse público, sob norteamto basilar, os elementos que viabilizam a sua efetivação. Entende-se, portanto que:

A base principiológica da Resolução é operacionalizar o Judiciário quando da prestação do serviço público à coletividade em eventual conflito, significando dizer que pouco importa o meio pelo qual se obterá a resolução e, como consequência, a pacificação social. E está justamente no art. 4º, ao estabelecer a competência do CNJ na organização do programa e ações de incentivo à autocomposição, a proposta dos métodos alternativos de resolução de conflitos, ou seja, a conciliação e a mediação. (FARIAS, 2017, p.70)

A partir deste marco, vê-se que há uma vontade de trazer mudanças de mentalidade dos operadores de direito como também das partes que protagonizam o conflito, em que surgem novas alternativas com aplicação concretas dos métodos da autocomposição, no âmbito do poder judiciário. Em suma, é uma busca pela excelência na prestação jurisdicional, apresentando às partes alternativas viáveis de solução da lide (VITOI, 2016).

Traz o artigo 1 da Resolução 125/2010:

Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (BRASIL, 2010).

Percebe-se com essa formulação, como explica Vodoi (2016), que é visada a finalidade de modificar a didática, na qual o cidadão deve permanecer sob o julgo da decisão do Estado Juiz, atuando apenas como petionário. A melhor fórmula, sempre que possível, é a tomada de decisão conjunta, harmônica e coletiva entre os atores

envolvidos. Com isso, confere-se independência às partes para que elas mesmas possam resolver seus conflitos, sem esperar por a decisão abstrata de um terceiro.

Peluso (2011, p. 17), considera que são dois os objetivos básicos da Resolução:

[...] em primeiro lugar, firmar entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios, do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplica-se, senão a frustrar expectativas legítimas. Em segundo lugar, oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.

A partir de tal Resolução, os meios consensuais de resoluções de conflitos passam a ser tratados como políticas públicas, segundo o CNJ (2010), sendo algo imperativo, tendo em vista a evolução constante do judiciário brasileiro. Assim, métodos autocompositivos como a conciliação e a mediação são eleitos prioritariamente, com vistas à pacificação social.

Tratando sobre esses métodos autocompositivos, convém explicar que a autocomposição tem como fundamento o princípio da vontade das partes, buscando solucionar os conflitos com celeridade e eficiência, resultando em uma solução para a lide, de forma consensual.

Não seria equivocada a concepção apresentada por Nobre (2014), ao defender a autocomposição como uma aliada da justiça, quando se leva em conta as crises sempre relatadas por conta de uma estrutura judiciária brasileira que apresenta falhas, reproduzidas em morosidade e elevados custos dos processos entre outros. A autocomposição desenvolve um trabalho de apoio para suprir a necessidade de soluções:

Dentre as técnicas autocompositivas mais utilizadas, estão a negociação, a mediação e a conciliação, esta última, diferentemente das demais, extremamente vinculada ao processo judicial. A mediação que acontece com um profissional devidamente preparado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo onde as duas partes ganhem (NOBRE, 2014, p. 14).

Para Borges e Menegaz (2019), em virtude do amplo acesso ao Poder Judiciário, tem-se inúmeras demandas propostas pelas partes, e como resultado, o elevado aumento de processos em trâmite em todas as instâncias, sem previsão temporal de término. E juntamente a isso, corroborando ainda mais nesses fatores, tem-se o aumento da cultura do litígio, em que as partes delegam o poder de decisão a um terceiro imparcial, que é o Magistrado determinado para aquele caso concreto.

Isso tudo é decorrente da seguinte problemática: o Poder Judiciário passa por uma crise de processos em quantidade acima de sua capacidade, demandas elevadas, muitas delas que nem deveriam estar se avolumando, tendo em vista, outras alternativas. E essa crise acaba refletindo em vários aspectos, como em audiências que são designadas em datas muito distantes daquelas em que os processos são iniciados, prejudicando algumas provas e as próprias partes, que permanecem por longo período sem saber qual será a solução final (BORGES; MENEGAZ, 2019).

De acordo com relatório do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2015, o ano de 2014 se encerrou com mais de 70 milhões de processos pendentes de julgamento, ao passo que o número de feitos baixados foi de apenas 28,5 milhões. Enquanto isso, mais de 28,9 milhões de demandas foram ajuizadas nesse mesmo período (BRASIL, 2016).

É importante frisar que:

O aumento das demandas judiciais decorrentes da facilitação do acesso à justiça, trazida pela Constituição Federal de 1988, aliado

a outros fatores, impôs à comunidade jurídica a busca pela adoção de novas formas de enfrentamento dos conflitos sociais, como alternativa ao excesso de judicialização hoje enfrentado por todos os Tribunais do país (ALMEIDA; PATOJA; PELAJO, 2016, p. 57).

Tem sido perceptível, a ampliação da visão, nos últimos anos, no que diz respeito ao reconhecimento de que o processo judicial não constitui a via adequada para a composição de todos os conflitos, devendo o Estado oferecer outros mecanismos para garantir o acesso à justiça (TARTUCE, 2018).

Com o fortalecimento dos métodos autocompositivos, por meio da Resolução 125/2010, é pertinente entender que entre a mediação e a conciliação há diferença importante, conforme ensina Soares (2016), grau de intervenção de um terceiro na solução do conflito. Na conciliação, o terceiro tem um espaço maior de intromissão, podendo até mesmo apontar a melhor saída para o conflito.

Na mediação, existe uma participação mais sutil, conduzindo as partes, com abstenção de aconselhamento, emissão de parecer ou proposição de fórmulas de acordo, pois são as partes que devem chegar à resolução do conflito, não cabendo ao terceiro interferir mostrando saídas (SOARES, 2016).

Soares (2016), explica ainda que é papel do mediador apoiar as partes, de forma que a partir delas, surja a solução do conflito. A finalidade da mediação é a resolução do conflito, de forma abrangente, de maneira que cesse a lide, inclusive na sua esfera sociológica, não limitada somente à jurídica, tal qual ocorre na conciliação.

A partir do que se tem de forma expressa na Resolução 125/2010, foi determinada a criação e instalação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPMEC) – art. 07: Os tribunais deverão criar, no prazo de 30

dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.2016) e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCS) - art. 08 (PERPETUO *et al*, 2018).

A partir da Resolução 125, com a criação dos Centros e Núcleos de solução de conflito, a sociedade vem percebendo que a mediação e conciliação não só contribuiu para desafogar o judiciário, mas também como um meio de pacificação social (PERPETUO *et al*, 2018).

Para Bacellar (2020), com a Resolução 125, houve, mesmo de forma não intensa e até sutil, a institucionalização da Mediação e ainda sendo padronizados nomenclaturas relacionadas à temática. terminologias ligadas ao tema.

Com essa Resolução 125, tem-se, portanto, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário, o que significa que as discussões evoluíram dando abertura para que fosse implementada a Mediação no sistema Brasileiro, como se deu com o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação (BACELLAR, 2020).

3.2 Os benefícios da mediação empresarial na solução de conflitos

A Lei nº 13.140/2015, conceitua a mediação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

Quando o conflito ocorre entre sociedade e sócio administrador, havendo um impasse na tomada de decisão, gera um duplo

interesse: o do sócio, que é externo à empresa; e o interesse correspondente à firma. A polaridade de interesses poderá ser tal, que o sócio administrador, não conseguirá realizar ambos (MEZZARI, 2017).

É importante estar atento ao que expõe Coelho (2015), sobre as duas situações que podem ocorrer mediante conflito de interesses entre membros societários, que são:

1) “interesse social” é uma metáfora para o interesse dos sócios, quando relevantes apenas as relações intersocietárias, contrapõem-se os interesses do administrador aos dos sócios; 2) no segundo, é uma metáfora para os interesses metaindividuais que gravitam em torno de uma empresa de porte, inspirada nos valores contemporâneos da disciplina societária, contrapõem-se os interesses do administrador aos dos trabalhadores, consumidores, investidores, empresários titulares de empresas satélites e demais seres humanos a quem aproveita a continuidade do desenvolvimento da atividade econômica explorada pela sociedade empresária. (COELHO, 2015, p. 530)

Seguindo o que afirma Savelli *et al* (2020), a mediação sob o enfoque de conflitos entre sócios empresariais, parte do entendimento que contratos societários têm sua formação sob premissas negociais muito específicas e particulares, de forma que em alguns casos, tais premissas são conhecidas apenas pelas partes contratantes.

Dessa forma, o entendimento lógico é que a delegação da resolução de conflitos oriundos dessa relação contratual a um terceiro, seja o juiz ou árbitro, pode resultar na não observância de peculiaridades essenciais que formaram a base do negócio jurídico (SAVELLI *et al*, 2020).

Não há restrições para a inclusão da mediação como meio de resolução de conflitos nos diversos tipos de contratos societários: contrato ou estatuto social de uma empresa; acordos de acionistas ou sócios; instrumentos contratuais relacionados a operações de fusões e aquisições; memorando de entendimentos; contrato de compra e venda de ações, contrato de depósito; contratos relacionados à reestruturação societária, como os contratos de incorporação e cisão; entre outros (SAVELLI *et al*, 2020, p. 6).

Vendo sob o âmbito de empresas societárias, a própria relação nesses espaços contribui para o surgimento de conflitos, quando se considera, inclusive, que o vínculo societário é instável, podendo faltar lealdade ou ocorrer que um dos sócios falhem em seus deveres de diligência. A forma de lidar com as divergências pode ser fundamental no sentido de determinar a sobrevivência ou o fim da empresa (SAVELLI; SANTOS JUNIOR, 2021).

Daí se destaca o instituto da mediação, em que se conta com o mediador, terceiro imparcial e independente, cuja atuação se desenvolve em conformidade com princípios fundamentais estabelecidos no Art. 1 da Resolução no 125/2010 do CNJ, que são: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação (BRASIL, 2010).

O fundamento base do instituto da mediação é a imparcialidade, o que significa que o mediador não deve tomar partido ou impor seu pensamento ou vontade, cabendo-lhe, como explicam Braga e Alecrim (2008), um procedimento igualitário e leal sem posicionamento.

Um tipo de empresa em que há uma relação societária e nas quais os desafios são comuns, é a empresa familiar. Rossignoli e Galinski (2015, p. 06), considerando que uma questão importante é a governança familiar, que estrutura as demandas da família empresária, tanto em relação à empresa, como em relação aos objetivos individuais de cada membro, mas, que é pouco citada e conhecida, entretanto, na empresa familiar, ela é o pilar de sustentação da Governança Corporativa.

O grande problema é que as relações familiares podem contribuir para um prejuízo nos negócios. Esse problema pode acontecer, pois alguma divergência no relacionamento pode causar

confusão na compreensão dos interesses empresariais e das questões familiares.

Os conflitos sucessórios são presentes nessas empresas, e sobre isso Ricca (2007, p. 16), analisa que a questão da sucessão tem uma posição ambígua, pode dar as empresas uma nova perspectiva de atuação, ou pode ser a sua destruição, aliada à falta de profissionalismo. A sucessão da empresa familiar é de suma importância para sua continuidade, e deverão constar em seu planejamento todas as etapas necessárias, para acontecer de forma transparente e legítima, apoiada por todos os envolvidos na sociedade empresarial, familiar e patrimonial.

Beldi et al, (2010, p. 34) analisam que algumas vezes o processo de sucessão parece ser tão traumático, que a empresa chega a negar a sua existência ou não a colocar acima de alguém, no caso de uma doença, morte ou qualquer outro fato imprevisível.

Isso diz respeito, muitas vezes, aos conflitos existentes de herança, por exemplo, quando o processo sucessório não é estabelecido formalmente, e os familiares acabam em litígio para saber quem assumirá a empresa e nem sempre se chega a um consenso.

Deve-se instituir a mediação como instrumento de resolução de disputas, que o mediador seja alguém da confiança das partes com capacidade para estimular o diálogo, para entender o objeto do conflito, os interesses envolvidos e as consequências que poderão advir da solução adotada pelas partes para a resolução da disputa, não apenas sobre elas, mas sobre toda a família (RIBEIRO; SABINO; PEGUINI, 2020).

É preciso entender a mediação como um processo colaborativo que potencializa a possibilidade de soluções eficazes e com celeridade,

principalmente, em um país no qual os tribunais estão assoberbados (BERNARDES, 2017).

Com base nessas premissas pode-se afirmar que a mediação vem em sintonia com uma solução alternativa, já que os métodos utilizados pelo mediador objetivam não apenas resolver o conflito, mas antes de tudo restabelecer o diálogo e permitir que os próprios envolvidos criem soluções para os problemas enfrentados, de modo que seja possível a continuidade das relações negociais-empresariais (BERNARDES, 2017).

É importante o entendimento que recorrer a procedimento judicial é, na realidade, um inconveniente e reforça ainda mais o conflito, como analisa Gomm Neto (2015, p. 272):

Os advogados que lidam com as questões societárias percebem, quando os clientes direcionam as suas queixas aos sócios focando as suas agressões na pessoa do sócio, que possivelmente estão vendo apenas a ponta do iceberg. Debaixo deste, vicejam em águas profundas emoções, sentimentos, algumas vezes inconscientes, que denotam uma luta pelo poder, necessidade de estima, processos de rejeição que não decorrem do objeto da controvérsia. O advogado pode socorrer o aflito cliente com remédios jurídicos, tais como pedido judicial de prestação de contas, exibição judicial de livros, pedido de exclusão de sócio e outras medidas judiciais que servirão apenas para municiar o ódio do seu cliente contra o adversário e vice-versa.

O autor cita alguns aspectos que em sua opinião, tornam a mediação a melhor decisão, que inclui, as regras são flexibilizadas em função da autonomia de vontade das partes, que detêm o controle do processo e este por sua vez, tem o sigilo garantido, e assim os fatos discutidos na mediação não poderão servir de prova na hipótese de eventuais processos futuros.

Uma outra vantagem, é a constituição de um novo espaço de negociação, não apenas físico, mas também relacional, tendo em vista o princípio da circularidade da comunicação (GOMM NETO, 2015).

É importante salientar também que:

A mudança de cultura proposta pela mediação inicia com a desvinculação da ideia de que uma terceira pessoa deve decidir a questão ou impor uma decisão, gerando participação do sujeito, o que indica que o procedimento possui também um viés democrático. Não existe coerção, sanção ou imposição de algum acordo ou decisão; tudo é definido pelos litigantes com o auxílio do mediador. Por isso a importância das políticas públicas geradoras de um cenário onde os sujeitos possuem espaço para atuação mais ampla. (GHISLENI, 2018, p.78)

Por tudo isso, vale a atenção às palavras de Savelli e Santos Junior (2021), que vale para empresas societárias ou não, que alerta sobre a importância de uma análise antes de entrar com uma ação, ponderando que há prejuízos que podem ser evitados, envolvendo o custo financeiro, o custo de tempo, custos imensuráveis como o desgaste emocional.

De acordo com Savelli e Santos Junior (2021), ao se comparar a mediação com métodos heterocompositivos, em que um terceiro pode resolver pelas partes. Pode-se avaliar que a mediação possui um custo menor em todos os aspectos e ainda permite que os mediados usufruam de um processo estruturado, dotado de informalidade, flexibilidade, e, principalmente, de confidencialidade, além de possibilitar o aprimoramento de suas habilidades de gerir eventuais discordâncias futuras.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este estudo, foi possível ver que os conflitos são eventos comuns em empresas e ao analisar sobre os tipos de conflitos entre gestores de empresas societárias, constatou-se que podem surgir diferenças de interesses, gerando incompatibilidades. Podendo existir conflito de relacionamento, pessoas sejam sócias ou não, há a possibilidade de divergência em relação a uma ideia, o que pode ser

conversado para que se chegue a um consenso, do contrário, podem ser gerados desgastes e até rompimentos societários, culminando questões judiciais, se houver intransigência.

Um outro ponto discutido no estudo, foi sobre a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos, quando a partir da mesma, se faz alternativas que viabilizam a solução da lide por meio de métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação.

A Resolução e sobretudo, a Lei nº 13.140/2015, que é a Lei de Mediação, existem para também evitar contendas jurídicas que trazem custos elevados, desgastes, principalmente quando envolve conflitos entre sócios. Uma vez que sem o instituto de mediação, há a tendência de que esses conflitos evoluam, o que traz prejuízos, para os envolvidos, para a empresa, colaboradores etc.

Diante disso, pode-se afirmar que a mediação empresarial é um instrumento capaz de viabilizar a solução de conflitos entre sócios nas organizações, diminuindo custos, possibilitando uma saída consensual por meio de um terceiro imparcial, de forma que os sócios possam estabelecer um diálogo e chegar ao que for melhor para as partes e para os negócios, sem que terceiros interfiram nas decisões, como ocorreria em processos judiciais.

Conclui-se, portanto, que houve o alcance dos objetivos do estudo, e respostas ao problema, sendo a mediação o melhor caminho para solução de conflitos entre sócios, principalmente quando tal instituto encontra amparo legal, facilitado pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça e fortalecido por lei própria.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, D. A; PANTOJA, F. M; PELAJO, S. (Coord.). A mediação no novo Código de Processo Civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAÚJO, L. C. G. Teoria geral da administração: aplicação e resultados nas empresas brasileiras. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. (brochura).

AZEVEDO, A. G. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. In: GRINOVER, A. P; WATANABE, K. (Coords.) Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BACELLAR, R. P. Mediação e arbitragem. Curitiba: Contentus, 2020.

BALDWIN, T. T.; BOMMER, W. H.; RUBIN, R. S. Gerenciando o

comportamento organizacional: o que gestores eficazes sabem e fazem. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

BERNARDES, S. E. C. S. Mediação Empresarial: Um novo paradigma para resolução e pacificação de conflitos. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós- graduação no Novo Código de Processo Civil) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP, 2017.

BORGES, A. W; MENEGAZ, M. L. Mecanismos adequados de resolução de conflitos como política pública para a efetivação do acesso à justiça. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 14, n. 1, e30187, p. 1-20, 2019.

BRAGA, A. L. F; ALECRIM, K. G. A Mediação. In: BOMFIM, A. P. R;

MENEZES, H. M. F. MESCS – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53-68.

BRASIL - Conselho Nacional De Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em out.2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F., 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 ago. 2021.

BRONDANI, J. P. Relacionamento interpessoal e o trabalho em equipe: uma análise sobre a influência na qualidade de vida no trabalho. Porto Alegre- RS, UFRS, 2010

BURBRIDGE, R. Marc; BURBRIDGE, Anna. Gestão de conflitos: desafios do mundo corporativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, G. T. A conciliação como política pública de acesso à justiça nos juizados especiais cíveis do estado do Ceará. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

CARVALHAL, E. do. Como lidar com as diferenças culturais na hora da negociação? Rio de Janeiro: Vision, 2006.

CHIAVENATO, I. Gestão de pessoas: o novo papel dos recursos humanos nas organizações. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GIL, A.C. Como elaborar projetos de pesquisa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, F. U. Curso de direito comercial: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, F. U. Notas sobre conflitos de interesses na administração de sociedade anônima. RJLB, Ano 1, 2015, nº 2, 529-546.

COSTA, J. O. et al. Gestão de conflitos: estratégias adotadas em unidade básica de saúde. Revista de Administração em Saúde. v. 15, n. 61, p.134- 140, 2013.

FARIA, C.A. Conflito: o bem necessário. Florianópolis: SC, Merkatius, 2006.

GOMM NETO, H. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”). In: SOUZA, L. M. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

GHISLENI, A. C. O descrédito na jurisdição e a mediação enquanto política pública eficaz no tratamento dos conflitos conforme a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. **Metodologia do trabalho científico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAMEDE, G. **Direito empresarial brasileiro**: Direito societário. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARTINELLI, P. D. **Negociação Empresarial**: enfoque sistêmico e visão estratégica. 1. ed. São Paulo: Manole, 2002.

MEIRELES, Manuel. **Teorias da administração**: clássicas e modernas. São Paulo: Futura, 2003.

MEZZARI, G. F. **Conflitos de interesses societários e violações ao princípio da entidade**: evidências em uma empresa do segmento de esquadrias. Monografia, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, Santa Catarina, 2017.

NEGRÃO, R. **Manual de direito empresarial**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

NOBRE, R. D. C. **Autocomposição e novas diretrizes com a Resolução nº 125 do CNJ**. 40f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Prática Judiciária) - Universidade Estadual da Paraíba, João Pessoa, 2014.

PELUSO, C. Mediação e conciliação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 15-19, jul./set. 2011.

PERPETUO, R. S. et al. **Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação**, Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo, v.24, n.2, 2018.

PRAZERES, H. T. C. **Gestão de Pessoas na Pequena Empresa: parte II**. Viçosa/SP: CPT, 2010.

SANTOS, L. A. L. **A influência da motivação no ambiente de trabalho**. Monografia, Gestão de Recursos Humanos, Universidade Cândido Mendes, Teresina-Pi, 2013.

SARAIVA, L. A. S; IRIGARAY, H. A. R. Políticas de diversidade nas organizações: uma questão de discurso? **Rev. adm., empres.** São Paulo, v. 49, n. 3, p. 337-348, set. 2009.

SAVELLI, A. D; SANTOS JUNIOR, S. E. V. **Mediação no Âmbito Societário**. Grupo de Excelência em Mediação e Arbitragem - CRA/SP, 2021.

SAVELLI, A. D *et al.* **Advocacia na Mediação Societária**. Comissão Especial da Advocacia na Mediação e na Conciliação - Gestão 2019-2021. São Paulo: OAB, 2021.

SILVA, A. T. **Administração Básica**. 7. ed, São Paulo: Atlas, 2011.

SOARES, M. J. P. A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação - comentários ao art. 334 do CPC. **Revista de Processo**, v. 262, 2016.

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. 4 ed. São Paulo: Método, 2018.

TORRES, L. **Quais as diferenças dos principais tipos societários? ME, MEI, EPP, S.A, Ltda.** 24/01/2018. Disponível em : <http://www.lucenatorresadv.com/single-post/Quais-as-diferen%C3%A7as-dos-principais-tipos-societ%C3%A1rios-ME-MEI-EPP-SA-Ltda>. Acesso set.2022.

VITOL, M. V. **Os resultados alcançados com a implementação dos métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro: as novas perspectivas trazidas com a resolução nº 125/2010 do CNJ e a criação dos CEJUSCS**. Monografia (Bacharelado), Curso de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, Juiz de Fora - MG, 2016.

ÍNDICE REMISSIVO

- A 42, 46, 49, 57, 58, 59, 60, 67, 68, 69, 71, 73, 82, 84, 85, 86, 115, 169, 174, 193, 197, 205, 209, 211, 213, 219, 234, 250, 253
- Aposentadoria 13, 23, 25, 26, 42, 45, 46, 47, 51, 52, 53, 54, 61, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72
- C
- Conflitos 31, 87, 94, 118, 273, 294, 295, 296, 297, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321
- Conselhos 268, 270, 272, 277, 282, 283, 284, 289, 290, 291
- Constitucional 28, 36, 56, 57, 67, 70, 71, 78, 79, 80, 84, 86, 88, 94, 185, 187, 188, 193, 195, 196, 198, 199, 205, 206, 208, 209, 220, 221, 236, 240, 241, 243, 244, 264, 270, 285
- Constituição 7, 28, 30, 36, 39, 40, 44, 45, 47, 49, 50, 51, 55, 57, 59, 61, 65, 66, 68, 69, 71, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 95, 104, 105, 106, 108, 109, 112, 115, 119, 120, 132, 148, 153, 160, 169, 175, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 225, 226, 227, 231, 232, 233, 235, 239, 240, 241, 243, 244, 245, 247, 250, 251, 253, 254, 256, 257, 259, 260, 261, 263, 264, 265, 268, 270, 271, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 283, 285, 286, 289, 290, 302, 306, 307, 318, 320
- E
- Estudo 10, 14, 31, 40, 46, 76, 79, 106, 112, 121, 127, 128, 129, 131, 152, 156, 167, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 186, 194, 195, 196, 202, 204, 205, 211, 212, 233, 235, 237, 240, 241, 243, 255, 256, 259, 260, 270, 271, 294, 297, 298, 315, 316
- Exercício 8, 29, 52, 53, 54, 67, 68, 82, 119, 193, 200, 209, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 291, 305
- H
- Humana 10, 28, 29, 36, 42, 46, 49, 57, 58, 59, 60, 68, 71, 73, 82, 84, 85, 86, 115, 191, 192, 193, 195, 201, 205, 206, 209, 212, 219, 223, 224, 233, 234, 250, 253
- D
- Dignidade 10, 24, 28, 29, 30, 34, 36, 40,

- I
 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314,
 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321
- Inimigo 7, 28, 30, 36, 39, 40, 44, 45, 47,
 49, 50, 51, 55, 57, 59, 61, 65, 66, 68,
 69, 71, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82,
 83, 84, 85, 86, 88, 95, 104, 105, 106,
 108, 109, 112, 115, 119, 120, 132,
 148, 153, 160, 169, 175, 182, 184,
 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191,
 192, 194, 195, 196, 197, 199, 200,
 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207,
 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215,
 216, 217, 218, 219, 220, 222, 225,
 226, 227, 231, 232, 233, 235, 239,
 240, 241, 243, 244, 245, 247, 250,
 251, 253, 254, 256, 257, 259, 260,
 261, 263, 264, 265, 268, 270, 271,
 274, 275, 276, 277, 278, 279, 283,
 285, 286, 289, 290, 302, 306, 307,
 318, 320
- J
 Judiciário 46, 76, 78, 79, 80, 84, 85, 86,
 87, 88, 89, 93, 103, 104, 105, 106,
 107, 108, 109, 112, 115, 116, 118,
 119, 120, 130, 131, 134, 135, 142,
 148, 149, 177, 179, 281, 294, 306,
 307, 310, 321
- Justiça 7, 28, 30, 36, 39, 40, 44, 45, 47,
 49, 50, 51, 55, 57, 59, 61, 65, 66, 68,
 69, 71, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82,
 83, 84, 85, 86, 88, 95, 104, 105, 106,
 108, 109, 112, 115, 119, 120, 132,
 148, 153, 160, 169, 175, 182, 184,
 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191,
 192, 194, 195, 196, 197, 199, 200,
 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207,
 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215,
 216, 217, 218, 219, 220, 222, 225,
 226, 227, 231, 232, 233, 235, 239,
 240, 241, 243, 244, 245, 247, 250,
 251, 253, 254, 256, 257, 259, 260,
 261, 263, 264, 265, 268, 270, 271,
 274, 275, 276, 277, 278, 279, 283,
 285, 286, 289, 290, 302, 306, 307,
 318, 320
- M
 Mediação 294, 295, 296, 297, 306, 307,
- Medicamentos 23, 24, 35, 76, 78, 79, 80,
 84, 87, 89, 94, 95, 104, 105, 106,
 107, 108
- N
 Nacional 30, 58, 81, 118, 132, 237, 246,
 247, 251, 252, 253, 254, 258, 260,
 277, 301, 305, 316, 317
- O
 Ordenamento 13, 36, 46, 47, 58, 68, 86,
 109, 182, 184, 185, 186, 187, 188,
 193, 195, 203, 205, 206, 208, 209,
 210, 211, 212, 215, 219, 227, 229,
 230, 233, 234, 235, 237, 240, 241,
 247, 257, 259, 261, 268, 278, 280,
 284, 287
- P
 Polícia 200, 268, 270, 271, 272, 276, 278,
 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285,
 286, 287, 289, 291
- Política 82, 87, 118, 176, 191, 195, 197,
 201, 202, 206, 213, 221, 223, 224,
 231, 232, 235, 243, 245, 247, 254,
 261, 262, 283, 305, 316, 317, 318,
 319
- Processos 65, 76, 79, 86, 87, 106, 112,
 113, 116, 117, 118, 119, 122, 124,
 127, 131, 132, 133, 134, 138, 142,
 144, 147, 148, 149, 150, 151, 156,
 167, 170, 173, 209, 307, 308, 314,
 316
- Profissional 5, 267, 277
- Pública 16, 19, 21, 30, 81, 83, 88, 89, 94,
 95, 104, 106, 107, 108, 109, 112,
 117, 118, 119, 129, 132, 148, 151,
 158, 194, 200, 203, 204, 224, 245,
 248, 255, 260, 264, 275, 276, 277,
 278, 279, 280, 281, 284, 288, 289,
 290, 297, 299, 305, 312, 317, 318,
 319

R

Relação 13, 15, 18, 19, 32, 33, 42, 45, 48,
56, 80, 81, 93, 119, 124, 128, 130,
131, 133, 134, 135, 136, 137, 138,
139, 140, 141, 144, 159, 171, 182,
185, 193, 206, 211, 214, 216, 218,
223, 233, 234, 236, 239, 271, 272,
277, 282, 286, 296, 297, 311, 312,
316

V

Velocidade 182, 184, 185, 204, 211, 216,
218, 223, 225, 226, 228, 229, 230,
231, 233, 234, 235, 236, 237, 238,
239, 240, 241, 243, 244, 247, 248,
250, 251, 254, 256, 257, 258, 259,
260

Violência 28, 127, 156, 158, 159, 160,
161, 168, 169, 170, 171, 172, 174,
175, 176, 177, 178, 179, 194, 216,
242

APONTAMENTOS JURÍDICOS: PESQUISAS EM DIREITO

VOLUME 2

APONTAMENTOS JURÍDICOS - PESQUISAS EM DIREITO, Volume II, traz à lume as valorosas pesquisas e estudos prospectados pelos seus organizadores e autores, que esmerando-se à guisa de metodologias epistemológicas e investigativas conseguiram colacionar os diversos temas que compõem a coletânea categorizada neste livro.

Aqui, são expressados os pensamentos dos literatos juristas e doutrinadores da ordem dogmática e propedêutica do fascinante “mundo dos fatos jurídicos”, digo eu, ao preferir enaltecer o legado dos conteúdos das instigantes tutelas jurídicas que nos foram (são) legadas pelos formadores dos “operadores do direito”, reverberados nos textos produzidos por acadêmicos de todos os níveis – da graduação à pós-graduação -, com o propósito de mera divulgação científica.

Organizadores

RFB Editora
Home Page: www.rfbeditora.com
Email: adm@rfbeditora.com
WhatsApp: 91 98885-7730
CNPJ: 39.242.488/0001-07
Av. Governador José Malcher, nº 153, Sala 12,
Nazaré, Belém-PA, CEP 66035065

