

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO

PRODUÇÕES CIENTÍFICAS 2023.1



**Camila Yamaoka Mariz Maia
Maria Adelize da Silva Luz
Marcel Silva Luz
(Organizadores)**

ISBN 978-65-5825-228-3

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO 2023.1

Camila Yamaoka Mariz Maia
Maria Adelize da Silva Luz
Marcel Silva Luz

(Organizadores)

Centro Universitário UNIESP



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editor-assistente

Karelline Izaltemberg Vasconcelos Rosenstock

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura
Arlindo Monteiro de Carvalho Júnior – Medicina
Aristides Medeiros Leite – Medicina
Carlos Fernando de Mello Júnior – Medicina
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda
Érika Lira de Oliveira – Odontologia
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia
Patrícia Tavares de Lima – Enfermagem
Marcel Silva Luz – Direito
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores
Luciano de Santana Medeiros – Administração
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação
Thyago Henriques de Oliveira Madruga Freire – Ciências Contábeis
Márcio de Lima Coutinho – Psicologia
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária
Giuseppe Cavalcanti de Vasconcelos – Engenharia
Rodrigo Wanderley de Sousa Cruz – Educação Física
Sandra Suely de Lima Costa Martins – Fisioterapia
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2023 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Capa e diagramação
Vanessa Candeia de Sousa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)

D537 Diálogos científicos em direito 2023.1 [recurso eletrônico] /
Organizadores, Camila Yamaoka Mariz Maia, Maria
Adelice Silva Luz, Marcel Silva Luz. - Cabedelo, PB :
Editora UNIESP, 2024.

307 p.

Tipo de Suporte: E-book

ISBN: 978-65-5825-228-3 - Digital

1. Produção científica – Direito. 2. Direito –

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,

Bloco Central – 2 andar – COOPERE

Sumário

OS EFEITOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS: Refugiados ambientais e o reconhecimento de seu status jurídico como garantia à dignidade da pessoa humana.....	6
A INSERÇÃO DO TRABALHADOR MIGRANTE EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA COMO FENÔMENO PROPULSOR DO DUMPING SOCIAL NO CONTEXTO DAS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS.....	31
O FEMINICÍDIO QUE NÃO MATA O CORPO: Uma análise acerca dos direitos às vítimas de abusos em seus primeiros estágios	73
A CONSTITUCIONALIDADE DA GUARDA MUNICIPAL COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA	107
OS PROGRAMAS DE PROTEÇÃO AO EMPREGO: o programa seguro-emprego – PSE e o novo programa emergencial de manutenção do emprego e da renda	141
REFORMA TRABALHISTA: Principais Aspectos.....	168
A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O FUTURO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS.....	190
O IMPACTO DA MEDIAÇÃO NAS VARAS DE FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES PÓS-DIVÓRCIO	217
IMPACTOS DO CENÁRIO DA PANDEMIA DO COVID-19 NAS RELAÇÕES FAMILIARES: o aumento dos casos de alienação parental	234
A GUARDA COMPARTILHADA COMO ELEMENTO INIBIDOR DA ALIENAÇÃO PARENTAL	258
TRIBUNAL DE NUREMBERG: aspectos jurídicos precedentes históricos.....	284

OS EFEITOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS: Refugiados ambientais e o reconhecimento de seu status jurídico como garantia à dignidade da pessoa humana

Ana Carolina Couto Matheus¹

RESUMO

A pesquisa analisa as consequências das mudanças climáticas sobre os fluxos migratórios, especificamente os refugiados ambientais, a adequação e eficiência dos instrumentos internacionais vigentes à proteção e garantia da dignidade da pessoa humana desse grupo. Nesse contexto, duas hipóteses centrais conduzem a pesquisa em tela: as mudanças climáticas alteram os fluxos migratórios, tendo como consequência o surgimento dos refugiados ambientais e a insuficiência das normas atualmente vigentes ao atendimento da complexidade da problemática ante a crise ambiental global. Para tanto, propõe-se uma breve retomada histórica e conceitual referente às mudanças climáticas, à degradação ambiental, aos fluxos migratórios e ao contexto global correlacionado, demonstrando a necessidade pungente de encontrar soluções compartilhadas para tutelar aqueles que se encontram na condição de refugiados ambientais. Realiza-se uma pesquisa de natureza qualitativa de método indutivo, fonte bibliográfica, as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e do fichamento. Verifica-se que as mudanças climáticas constituem um fator preponderante à alteração dos fluxos migratórios, culminando na emergência dos refugiados ambientais que, ante a lacuna no atual sistema normativo internacional, carecem de proteção específica, o que escancara a necessidade de renovação na hermenêutica internacional, de modo a considerar a dignidade da pessoa humana elemento insubstituível de proteção por meio da concepção de responsabilidades compartilhadas e a solidariedade internacional entre as nações.

Palavras-chave: Refugiados ambientais. Mudanças climáticas. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The research analyzes the consequences of climate change on migratory flows, specifically environmental refugees, the adequacy and efficiency of current international instruments to protect and guarantee the dignity of the human person in this group. In this context, two central hypotheses drive research on screen: climate change alters migratory flows, resulting in the emergence of environmental refugees and the insufficiency of the standards currently in force to meet the complexity of the problem faced with the global environmental crisis. To this end, a brief historical and conceptual review is proposed regarding climate change, environmental degradation, migratory flows and the related global context, demonstrating the poignant need to find shared solutions to protect those who find themselves in the condition of environmental refugees. Qualitative research is carried out using an inductive method, bibliographical

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Graduada em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Associada I do Departamento de Ciências Jurídicas, do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Professora de Direito Processual Civil do DCJ/CCJ/UFPB. Orientadora. Conferencista. Conselheira Editorial. Pesquisadora. Advogada. Consultora Jurídica. E-mail: carol.couto2023@gmail.com.

source, referent, category, operational concept and registration techniques. It appears that climate change is a preponderant factor in altering migratory flows, culminating in the emergence of environmental refugees who, given the gap in the current international regulatory system, lack specific protection, which highlights the need for renewal in international hermeneutics, in order to consider the dignity of the human person as an irreplaceable element of protection through the conception of shared responsibilities and international solidarity between Nations.

Keywords: Environmental refugees. Climate changes. Dignity of human person.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa sobre a aplicação do princípio da dignidade humana para garantir a defesa dos interesses dos migrantes atingidos pelas mudanças globais do clima. A abordagem do tema na investigação científica que se pretende desenvolver abrange as relações entre mudanças climáticas, fluxos migratórios e a decorrente necessidade da garantia de seus direitos a partir do seu reconhecimento jurídico como “refugiados ambientais”.

A criação de mecanismos que alterem as mudanças climáticas é a principal pauta debatida pelas nações no mundo, como é o caso da Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças climáticas (COP), que ocorre anualmente com participação massiva de mais de 150 nações em prol de vencer os desafios de diminuir a emissão de gases do efeito estufa e alinhar suas condutas em prol de um meio ambiente que possibilite a vida do ser humano.

O desenvolvimento do capitalismo a partir da Revolução Industrial intensificou a pressão do homem sobre a natureza, a busca cada vez maior pelos recursos naturais que geram riquezas, colocou de lado a preservação do meio ambiente, produzindo ao longo de mais de um século, grandes descargas de poluição que atingem o ar, o solo, os rios e os mares.

O homem vem alterando as condições de equilíbrio do clima irrestritamente e várias pessoas são atingidas por desastres causados pela crise climática. Os povos de países mais pobres não têm assistência, obrigando o deslocamento de populações devido a temperaturas extremas, frio, enchentes, deslizamentos, terremotos, entre outros. É necessário o reconhecimento do *status* jurídico dessa população, para desenvolver política pública que assista os deslocados ambientais, assolados por catástrofes ambientais e obrigados a se deslocar e para que os países que os recebem tenham meios de acolhê-los com dignidade.

A problemática da pesquisa em tela resume-se no seguinte questionamento: como as mudanças climáticas têm efeito sobre os fluxos migratórios e de que forma o reconhecimento do *status* jurídico dos refugiados ambientais em instrumentos internacionais pode garantir a dignidade da pessoa humana?

Considerando a conjuntura global e a construção de pactos internacionais, dos quais diversos países são signatários, entre eles o Brasil, grande protagonista em defesa da conscientização e proteção do meio ambiente, as nações não podem fechar

os olhos para os efeitos devastadores das mudanças climáticas acentuadas nos últimos trinta anos têm sobre as populações ao redor do mundo. Apesar do reconhecimento da urgência em pautar o problema climático e da divulgação nos veículos de comunicação sobre as grandes migrações de pessoas devido às catástrofes climáticas, não existe uma legislação que reconheça a figura do “refugiado climático” ou “refugiado ambiental”.

Essas pessoas são despidas casas, empregos, muitas vezes estão sob o luto da perda de parentes e amigos, são invisíveis ao poder público sem o reconhecimento do seu *status* jurídico, ficam à margem das políticas públicas e falta acesso efetivo que impossibilita um recomeço digno. O reconhecimento desse *status* jurídico é a principal premissa para uma política pública direcionada especificamente ao problema, garantindo o princípio norteador dos principais tratados internacionais, qual seja a garantia da dignidade da pessoa humana.

Partindo da problemática proposta, as hipóteses mais prováveis são nesse contexto: as mudanças climáticas alteram os fluxos migratórios, tendo como consequência o surgimento dos refugiados ambientais; a insuficiência das normas atualmente vigentes ao atendimento da complexidade da problemática ante a crise ambiental global.

O objetivo principal da pesquisa consiste em analisar as consequências das mudanças climáticas sobre os fluxos migratórios, especificamente no que tange aos “refugiados ambientais”, a adequação e a eficiência dos instrumentos internacionais vigentes à proteção e garantia da dignidade da pessoa humana desse grupo. Para tanto será utilizada uma abordagem qualitativa de método indutivo, fonte de pesquisa bibliográfica e técnicas como o referente, a categoria, o conceito operacional e o fichamento.

Dessa forma, será demonstrada a perspectiva histórica, conceitual e migracional, bem como o desenvolvimento econômico, agente propulsor das mudanças climáticas que influenciam no fluxo migratório internacional. Em seguida, identificará o surgimento de um novo grupo migratório internacional, conceituará os refugiados ambientais à luz do direito internacional e suas ramificações. Por fim, analisará a relação que o reconhecimento do *status* jurídico de “refugiado ambiental” tem como elemento essencial para que as responsabilidades compartilhadas e a

solidariedade internacional assumam compromissos com base na proteção à dignidade humana, trazendo o caso dos haitianos no Brasil.

2 MUDANÇAS CLIMÁTICAS: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA, CONCEITUAL E MIGRACIONAL

É necessário conceituar mudanças climáticas para em seguida localizar em que ponto da história seus efeitos deixaram de ser naturais e passaram a ser causados pela ação humana. Para tanto, faz-se necessário recorrer a uma pequena retrospectiva histórica do desenvolvimento econômico da humanidade.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), as mudanças climáticas são alterações ao longo do tempo nos padrões de temperatura e no clima global, tais mudanças causam o desequilíbrio ambiental que se torna o vetor dos principais desastres naturais da atualidade, trazendo consequências econômicas, políticas, ambientais e principalmente para o ser humano.

O homem está na posição de principal causador dessas mudanças, e também é quem sofre muitas das consequências de suas ações em relação à natureza, isso porque há muito tempo “deixou de ser apenas um simples agente biológico integrante do meio natural em que vive e passou a influenciar nas mudanças climáticas ocorridas no planeta através de suas intervenções” (Crutzen, 2002, p. 23).

Nos últimos séculos as atividades humanas se intensificaram, e nas palavras do autor: Nos três últimos séculos, os efeitos dos humanos no ambiente global se intensificaram. Por causa dessas emissões antropogênicas de dióxido de carbono, o clima global poderá distanciar-se significativamente do comportamento natural por muitos milênios. Parece apropriado aplicar o termo “Antropoceno” à [...] época geológica presente, dominada por humanos, que complementa o Holoceno - o período quente dos últimos dez a doze milênios. Poder-se-ia considerar que o Antropoceno começou na parte final do século XVIII, quando análises do ar preso em gelo polar evidenciaram o início das crescentes concentrações globais de dióxido de carbono e metano. Essa data também coincide com o projeto do motor a vapor de James Watt, de 1784 (Crutzen, 2002, p. 23).

O conceito de Antropoceno é pertinente ao debate, pois esclarece de forma concisa toda influência humana e sua devida participação direta nos fatos, “não apenas como parte integrante de um sistema como agente biológico, mas como uma força geofísica importante, capaz de alterar as condições bio termodinâmicas do

planeta” (Fleury, 2019, p. 20). Para Artaxo (2020, p. 55) “tal é a dimensão das alterações determinadas pela ação humana no planeta, que a comunidade científica considera esta como uma nova era geológica, o Antropoceno”, que muda radicalmente a relação existente entre o homem e a natureza.

O impacto do homem sobre a terra advém de sua busca cada vez maior por recursos naturais, essa crescente degradação dos recursos naturais disponíveis, porém limitados, “está comprometendo um número cada vez maior de indivíduos, colocando em risco a sobrevivência de comunidades inteiras devido ficar impossível sua permanência no espaço que ocupa” (Ramos, 2011, p. 48).

Atualmente, pequenos Estados insulares, conhecidos como “Small Island Developing States”, são alguns dos países mais vulneráveis do mundo sofrem a perda de seus territórios continuamente devido à subida do nível do mar.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, Pnuma, afirma que muitas dessas nações estão lutando para escapar da pobreza agravada pela emergência do clima; iniciativa lançada pela Década da ONU para a Restauração de Ecossistemas abrange Vanuatu, Santa Lúcia e Comores.

Na linha de frente dos impactos climáticos, as nações insulares estão liderando pelo exemplo no enfrentamento das crises ambientais globais.

Os líderes dos Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento, Sids na sigla em inglês, pressionaram a comunidade internacional para estabelecer a meta de limitar o aquecimento global a 1,5°C, como reza o Acordo de Paris.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, Pnuma, muitas nações insulares estão lutando para escapar da pobreza, conforme a mudança climática acelera a degradação dos recursos naturais que sustentam suas economias.

A agência alerta que os recifes de corais e os estoques de peixes estão em declínio. A elevação do nível do mar está causando a salinização de rios e lagos, tornando a água doce escassa nas ilhas. E o aumento do nível do mar também está erodindo as costas atingidas por tempestades cada vez mais intensas (ONU NEWS, 2023).

Dessa forma, é necessário abordar qual o caminho percorrido pela humanidade para atingir esse estágio descrito pela ONU de um ponto de vista histórico-econômico e social elencando alguns dos fatos mais relevantes ao tema proposto.

O desenvolvimento econômico é o agente propulsor das mudanças climáticas e da degradação ambiental que influenciam no fluxo migratório internacional.

O desenvolvimento econômico é o processo de sistemática acumulação de capital e de incorporação do progresso técnico ao trabalho e ao capital que leva ao aumento sustentado da produtividade ou da renda por habitante e, em consequência, dos salários e dos padrões de bem-estar de uma determinada sociedade. Definido nestes termos, o desenvolvimento econômico é um fenômeno histórico que passa a ocorrer nos países ou Estados-nação que realizaram sua Revolução Capitalista já que só no capitalismo se pode falar em acumulação de capital, salários, e aumento sustentado da produtividade. Nas sociedades pré-capitalistas ocorreram momentos de prosperidades, mas nada semelhante ao que hoje denominamos desenvolvimento econômico. Uma vez iniciado, o desenvolvimento econômico tende a ser relativamente auto-sustentado na medida em que no sistema capitalista os mecanismos de mercado envolvem incentivos para o continuado aumento do estoque de capital e de conhecimentos técnicos. Isto não significa, porém, que as taxas de desenvolvimento serão iguais para todos: pelo contrário, variarão substancialmente dependendo da capacidade das nações de utilizarem seus respectivos Estados para formular estratégias nacionais de desenvolvimento que lhes permitam serem bem-sucedidas na competição global (Bresser-Pereira, 2008, p. 01).

Esses grandes centros urbanos foram o início das grandes metrópoles atuais e viram o crescimento exponencial da população mundial, que aliada aos planos de desenvolvimento econômico consumiram cada vez mais os recursos naturais para o seu conforto, geraram cada vez mais desigualdades sociais e despejaram toneladas de gases do efeito estufa na atmosfera.

Em relação aos impactos das mudanças climáticas no fluxo migratório, novas fronteiras agrícolas foram abertas ao custo de florestas, rios e populações vulneráveis. A região agrícola Matopiba, que engloba parte do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia, presenciam guerras pela terra em função da expansão do agronegócio, assim comunidades inteiras de povos indígenas, populações quilombolas e povos ribeirinhos são expulsos de suas terras e passam a fazer parte das estatísticas de pessoas marginalizadas nas cidades, esse é um deslocamento interno que também é considerado migração.

As mudanças climáticas por si mesmas, não promovem fluxos migratórios, mas produzem efeitos ambientais e aumentam vulnerabilidades pré-existentes que eventualmente serão a causa próxima dos movimentos migratórios. Mudanças climáticas acentuam as causas que inviabilizam que as pessoas permaneçam em seus locais de origem e trabalho nos casos dos grandes desastres, por outro lado, de

forma mais sutil e contínua ao longo do tempo tais mudanças vão tornando insustentável a vida em certos ambientes, agravando fatores que levam ao deslocamento em massa devido à escassez de recursos essenciais à sobrevivência, gerando a falta de água, insegurança alimentar e acirrando os conflitos nas localidades onde vivem (UNHCR, 2023).

Múltiplos desastres afetam a economia de países que já se encontram em situação caótica, realçando ainda mais o descontrole político, econômico e social, afundando-os em grandes crises financeiras, e tornando essas nações incapazes de arcar com suas responsabilidades financeiras, de proteção e prevenção a novos desastres, também de recuperação de áreas afetadas e apoio a população afetada através de políticas de assistência social governamental.

A questão ambiental humanitária gerou movimento forçado de populações de forma interna ou internacionalmente, principalmente no século XXI, onde os efeitos de pelo menos trezentos anos de exploração dos recursos naturais parece estar enfim chegando a um ponto de “não retorno”, onde as alterações do sistema natural que manteve o clima na terra estável por milhares de anos são perturbados de maneira irreversível (Azevedo, 2023).

Na África, a região de fronteira entre Mauritânia e Mali sofre com a onda de calor causadora de períodos cada vez maiores de estiagem que está causando o sumiço de rios que outrora serviam de fonte de subsistência para as comunidades ribeirinhas através da pesca, irrigação e também como fonte de água potável. Fatores mais delicados devido ao conflito na região, local com recursos escassos e muitas tensões na luta por condições mínimas de sobrevivência. Houve o deslocamento forçado dos malianos em direção à Mauritânia, Níger e Burkina Faso para salvar suas vidas.

Esse tipo de catástrofe devido ao clima está cada vez mais recorrente, as pessoas são afetadas com a perda de suas moradias, queda de poder aquisitivo, tensões sociais e violência exacerbada, no caso do Afeganistão, que historicamente vive tensões e conflitos armados, este também é um dos países mais suscetíveis ao clima, passando por cheias recorrentes, é uma das populações mais afetadas do mundo, segundo estimativas quase metade da sua população não tem comida suficiente.

Furacões, enchentes e terremotos assolam cidades pelo mundo, deixando sua população em pânico e seus governos inertes, o terremoto que atingiu o Marrocos devastou a cidade de Marrakech no dia 08 de setembro de 2023 matando milhares de pessoas e deixando outros milhares desabrigadas.

No Brasil, enchentes cada vez mais frequente assola a Bahia e Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina vivenciam com frequência inédita a passagem de ciclones extratropicais causados por aumento da temperatura dos oceanos pacífico e atlântico, ondas de calor causam incêndios generalizados na Amazônia e nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, e estiagem cada vez mais frequente no sertão nordestino, com temperaturas comparadas à das regiões desérticas do planeta.

Um momento delicado de tensão em relação aos “refugiados climáticos”, embora pareçam claros os efeitos causados pelo homem, a referida revisão histórica e econômica não teve a pretensão de abarcar todos os fatos e estatísticas, e sim criar uma linha coerente de acontecimentos para endossar que essa era geológica é resultado de ações antrópicas. As ações do homem são a principal causadora dos desequilíbrios climáticos extremos experimentados atualmente.

3 O SURGIMENTO DE UM NOVO GRUPO MIGRATÓRIO INTERNACIONAL

As pessoas forçadas a deslocar-se internacionalmente devido a conflitos armados abrangem a maioria dos registros históricos da humanidade e, portanto, já são bastante conhecidas, porém o novo grupo que surge registra números preocupantes, a exemplo dos dados divulgados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), estima 22 milhões de pessoas refugiadas ambientais em 2013, e em 2050 esse número poderá chegar a 200 milhões.

Apesar dos novos dados apresentados pelas principais agências mundiais em relação ao crescimento do número de “refugiados climáticos”, e como o debate sobre o tema é relativamente recente, não encontra guarida na legislação internacional, especificamente no Direito Internacional Público. A Convenção relativa ao Tema dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de 1967 são as principais legislações sobre o tema dos refugiados, encontram-se defasados quando se trata de “refugiados climáticos”. Falta uma proteção legislativa específica para os “refugiados climáticos” e de como devem ser tratadas no campo jurídico as pessoas que forçosamente precisam se deslocar em virtude de circunstâncias climáticas.

Mesmo tangenciando os principais conceitos já existentes, os “refugiados climáticos” ainda se encontram desamparados juridicamente. Migrantes internacionais são pessoas que deixam seu país em busca de trabalho, estudo, segurança, em razão de guerras, perseguições religiosas, liberdade, etc. Os motivos de sua partida não precisam estar diretamente relacionados a nenhum tipo de perseguição.

O Brasil define o migrante segundo o art. 1º, II e III da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), explicando que “imigrante é a pessoa nacional de outro país ou o apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; e emigrante é o brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior”.

O fenômeno da migração é complexo e apresenta várias facetas, quando se trata do “refugiado”, o termo é abarcado pela Convenção de 1951, que definiu em caráter universal, no entanto limitou seu alcance do ponto de vista temporal e geográfico. O texto legal restringia o período para que as pessoas fossem consideradas como “refugiadas” e tivessem a oportunidade de usufruir dessa benesse. Em 1967 o texto tornou-se mais abrangente, derrubando certas limitações. O Protocolo de 1967 tornou possível que fossem reconhecidos como “refugiados” todas as pessoas obrigadas a deixar seu país por conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos, rompendo as restrições de tempo e espaço anteriormente definidas e ampliando sua abrangência.

No Brasil, a Convenção de 1951 sobre refugiadas e o Protocolo de 1967 foram ratificadas e transformadas na Lei 9.474 de 1997, que define também em seu artigo 1º quem é reconhecido como “refugiado”:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
- III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, 1997).

Em 1969 foi aprovada na África, pela antiga Organização da Unidade

Africana, uma Convenção sobre refugiados, que inovou estabelecendo uma “definição ampla de refugiado”, considerando violações a direitos humanos como motivo para o pedido de refúgio. Em 1984 a Declaração de Cartagena reconheceu problemas jurídicos e humanitários principalmente na América Central aos refugiados, tentou harmonizar os esforços dos países para solução do problema ampliando o conceito de refugiados. Em 2019 o Brasil reconheceu os preceitos da Declaração de Cartagena, aplicando de forma ampliada aos pedidos de refúgio feitos por venezuelanos.

A Declaração de Cartagena amplia o conceito de refugiado, mas não vincula os Estados ao cumprimento do acordo. Nem os entendimentos mais amplos do conceito de refugiado englobam os deslocados em decorrência de desastres devido à alteração do clima causado pela ação humana. Refugiados ambientais, refugiados climáticos, migrantes ambientalmente forçados, migrantes ambientalmente induzidos, deslocados ambientais, não há uma nomenclatura, nem definição oficial para a expressão refugiado ambiental.

Lester Brown criou o termo “refugiado ambiental” em 1970, tendo grande divulgação em 1985, quando Essam El-Hinnawi o reproduziu no relatório do PNUMA, porém o debate se restringiu a como definir esses refugiados, abandonando a investigação de quais fatores determinam seu surgimento ou qual tipo de proteção (Claro, 2015). Refugiados ambientais não têm garantias suficientes no âmbito internacional para um acolhimento digno nos países a que se dirigem. É preciso reconhecer o *status* jurídico dessas pessoas para conceder condições mínimas compatíveis com os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no preâmbulo garante dignidade e igualdade entre os seres humanos.

Os tratados internacionais dependem que as nações sejam voluntárias a aderir, desafios que rodeiam a cooperação internacional, onde se encontram em jogo fatores e interesses próprios de cada país. O enfrentamento não é simples e deverá ser feito de maneira colaborativa entre os agentes internacionais, com alocação de recursos e construção colaborativa de legislações transnacionais.

Para Charlesworth (2012) o direito internacional enquanto sistema legal está incessantemente sendo desafiado. Tendo em vista a proteção aos refugiados ambientais, o Direito pode valer-se de alternativas já existentes e adaptá-las em

função da realidade, mesmo sem que não exista um instrumento específico atualmente que module essa demanda.

“Refugiado ambiental” é um ser humano, os ramos já existentes no Direito Internacional podem preencher a lacuna formal temporariamente. Os ramos do Direito Internacional estão divididos em: Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), Direito Internacional dos Refugiados (DIR), pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), Direito Internacional das Migrações (DIM), Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA), Direito Internacional das Mudanças Climáticas (DIMC) e Direito dos Desastres Ambientais (DDA).

O DIDH possui como principais características a universalidade, também possui a vantagem de não necessitar da reciprocidade entre nações, porque é direcionada a pessoas, permitindo que o indivíduo tenha acesso a mecanismos internacionais de proteção e fiscalização, criando um conjunto de processos internacionais de Direitos Humanos.

Esse sistema tem intrínseca a vantagem de ser aplicada a todas as pessoas sem distinção, ainda vincula os Estados a cumprir suas obrigações em relação ao tema, essa universalidade sujeita os Estados a um sistema de responsabilidade global de Direitos Humanos, desse modo os “refugiados ambientais” podem valer-se dessa estrutura já consagrada de forma genérica, pois a redação dada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos protege em seus artigos 13 e 14, dizendo:

Artigo 13

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.

Artigo 14

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Esse direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas (Organização das Nações Unidas, 1948, p. 4).

De forma geral fica resguardado o direito de buscar asilo em outros países, soma-se a esse texto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que nos artigos 12 (1) e 12 (2) diz que “todo o indivíduo legalmente no território de um Estado tem o direito de circular livremente e de aí escolher livremente a sua

residência” e que “todas as pessoas são livres para deixar qualquer país, incluindo o seu” (Claro, 2015).

O DIDH é um sistema amplo de proteção à pessoa humana. Para Aras (2023) esse sistema pode “ser utilizado no plano interno, por mecanismos judiciais e extrajudiciais, ou no plano internacional, por meio do sistema global (ou universal ou onusiano) de proteção dos direitos humanos e dos sistemas regionais (africano, europeu e interamericano)”. As tentativas de construção de um sistema regional envolvendo o mundo árabe e asiático não obteve sucesso até o momento (Piovesan, 2018a). O DIDH fornece mais instrumentos de proteção institucional aos “refugiados ambientais”, instaurando sistemas de fiscalização e vinculando os Estados ao cumprimento das normas de proteção da pessoa humana (Claro, 2015).

O marco principal do DIR é a Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, alterado pelo Protocolo de 1967 que estabeleceu a proteção para pessoas deslocadas em função das grandes guerras mundiais, criando logo em seguida o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). O Estatuto de 1951 definiu “refugiado”:

Art.1º Definição do termo ‘refugiado’

1) Para os fins da presente Convenção, o termo ‘refugiado’ se aplicará a qualquer pessoa: 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos refugiados. As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção; 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão ‘do país de sua nacionalidade’ se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade (Organização das Nações Unidas, 1951, p. 2).

O Protocolo de 1967 retirou a modulação temporal e geográfica que existia no Estatuto de 1951, passando a aplicar a definição em que qualquer pessoa ou grupo de pessoas vítimas de perseguições ou que temem perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e que tenham ultrapassado sua fronteira nacional, não desejando, por temor ou por impossibilidade concreta, retornar ao País de residência habitual.

O princípio da não devolução protege as pessoas que se encontram em outro país devido à “perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou ainda em razão de generalizada violação de direitos humanos, de serem expulsas ou devolvidas para suas nações” (Hartmann, 2017, p. 41).

Existem ramificações do DIR, como a Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA), que disciplina os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados na África, de 1969 e a Declaração de Cartagena, de 1984. Ainda que se entenda de forma ampla o DIR, é difícil aplicar aos refugiados ambientais, pois é árduo o trabalho de identificar o requisito do “fundado temor de perseguição” que a proteção de refúgio impõe (Claro, 2015).

O DIH regula juridicamente as ações dos países que se encontram em guerra, visando a proteção do indivíduo que está nesse território, seu desenvolvimento está associado às atividades da Cruz Vermelha Internacional. Trata-se do somatório do Direito de Genebra, originado na Convenção de Genebra de 1864, Direito de Haia, Direito de Nova York e Direito de Roma, formando o “direito internacional dos conflitos armados, o ramo do direito internacional que se volta para a redução dos efeitos deletérios dos conflitos armados sobre a pessoa humana” (Aras, 2023, p. 310).

O DIH não nasceu para proteger o Direito dos “refugiados ambientais”, mas seus princípios tornam possível sua aplicação, devido ao fim e ao cabo de defender a pessoa humana objetivamente. O Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu*, composto por DIDH, DIR, DIH refugia-se em um denominador comum que é a proteção dos direitos humanos, possibilitando seu uso de forma geral aos “refugiados ambientais”. Contudo, é necessário reconhecer que existe um cabo de guerra entre Direitos Humanos e soberania.

É necessário verificar as normas de Direito Internacional das Migrações, que respaldam os migrantes, a exemplo da DUDH de 1948 que protege o direito de

locomoção inclusive transfronteiriço. Tratados locais e regionais reconhecem e defendem os “refugiados ambientais”.

A Convenção Árabe sobre a Regulação da Condição de Refugiado nos Países Árabes, de 1994, no artigo primeiro amplia o conceito de refugiado previsto na Convenção de 1951 admitindo que para os países árabes também são considerados refugiados as pessoas que contra sua vontade, deixam seu país de origem em decorrência de desastres naturais, porém não foi ratificada por Estado algum, não tendo poder vinculante.

A Convenção da União Africana para a Proteção e Assistência das Pessoas Internamente Deslocadas na África, de 2009, ou Convenção Kampala, adotou os preceitos do DIH. Apesar do avanço representativo nenhum dos dois instrumentos apresentados prevê uma forma de coerção jurisdicional para o cumprimento das normas acordadas.

O Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) vem se desenvolvendo rapidamente nas últimas décadas. A questão passou da soberania nacional sobre os recursos naturais dentro do território de um país ou sob sua jurisdição para o uso adequado e os efeitos da ação humana e suas consequências. O DIMA não prevê nenhuma norma em relação aos “refugiados ambientais”. Princípios são meios de proteção e merece destaque o princípio da precaução e o da responsabilidade.

O princípio da precaução versa sobre a incerteza científica no que tange a possibilidade de um dano ao meio ambiente, utilizado no âmbito internacional durante a Segunda Conferência Internacional do Mar do Norte em 1987, quando se assentou que emissões de poluição potencialmente poluentes, deveriam ser reduzidas, mesmo quando não haja prova científica evidente donexo causal entre as emissões e os efeitos. É um risco global, irreversível e futuro, herança para as próximas gerações. É preciso que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de umnexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta.

O princípio da responsabilidade versa sobre a responsabilidade dos Estados nos danos ambientais ocorridos, criando normas e subsídios. No Direito Internacional das Mudanças Climáticas, subgrupo ou vertente do DIMA, a temática dos refugiados ambientais é expressamente reconhecida, especificamente no Acordo de Cancun, de 2010 e nas Conferências das Partes (COP), especialmente na COP-18 em 2012.

As decisões tomadas em convenções e também pelas agências internacionais têm grande relevância na cena política internacional no que diz respeito aos direitos humanos. É preciso garantir a execução dos tratados acordados.

Inserido no DIMA, encontra-se o Direito Internacional dos Desastres Ambientais (DDA) que tem como objeto a exposição do risco e a reparação do dano, é aplicado a qualquer desastre natural, independente se existe ação antrópica, ganhou vulto após os efeitos do tsunami de 2004 no Oceano Índico e com a passagem do furacão Katrina em 2005 nos Estados Unidos, somados aos efeitos do terremoto, seguido de tsunami, em março de 2011 em Fukushima, no Japão. Aqueles inseridos no cenário de desastres possuem seus direitos humanos prejudicados, notadamente os refugiados ambientais, o DDA deve redobrar os esforços para a proteção desse grupo no cenário internacional.

O Direito Internacional protege o meio ambiente, integra os direitos humanos, e constrói um aparato jurídico para os indivíduos que se deslocam forçadamente em decorrência de fatores ambientais, com alicerce na dignidade humana. Apesar de algum grau de proteção nos mecanismos internacionais aplicáveis aos “refugiados” ambientais, não são suficientes, apenas podem ser aplicados genericamente. A Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, a partir de todos os princípios desenvolvidos no direito internacional, deve se adequar à nova demanda social-humanitária em curso, desenvolvendo regra específica ou até englobando no termo de refugiado aqueles deslocados em função de desastres ambientais.

4 O RECONHECIMENTO DO STATUS JURÍDICO DE REFUGIADO AMBIENTAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Carta das Nações Unidas de 1945 menciona a dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 determina em seu artigo primeiro que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Do mesmo modo, a Carta Magna de 1988 traz em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (Silva, 2022).

A noção de dignidade da pessoa humana aparece no campo ético, em debates políticos e religiosos, para defender os mais variados pontos de vista, pode

ser uma questão ambígua colocando-se desde a defesa intransigente da vida humana quanto ao lado do direito à morte digna. O conceito de dignidade da pessoa humana relaciona-se como um valor moral fundamental pertencente a todos de forma igualitária, que delimita uma linha, protegendo o ser humano quando se encontra em qualquer situação incompatível com os ditames reconhecidos plenamente nos tratados internacionais.

Por dignidade humana Sarlet (2009) pondera que se trata da qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, de modo que o torna destinatário de respeito e consideração pelo Estado e pela comunidade que integra, inserindo-se um conjunto de direito e deveres fundamentais que resguardam a pessoa de qualquer ato degradante e desumano que venha infringir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

A dignidade da pessoa humana está marcada como atributo inerente a todos os seres humanos, com contorno de caráter universal, independente de onde esteja geograficamente. Princípio jurídico fundamental que acompanhará e terá validade, independente da religião, cor de sua pele ou de qualquer outra característica que teoricamente o particularize.

O princípio da dignidade da pessoa humana é elemento central de proteção aos refugiados ambientais, como forma de garantir-lhes a efetiva tutela ante o direito internacional. O princípio da dignidade da pessoa humana passou por uma construção ao longo do tempo, a partir de lutas, avanços e retrocessos. Para assegurar os direitos das pessoas deslocadas com um mínimo de dignidade em razão de causas ambientais deve ser garantido acesso a alimentos, água potável, assistência médica e respeitado seu modo de vida.

É necessário fornecer o realojamento, o trabalho e muitas vezes a nacionalidade desses indivíduos, garantindo que não sofram atos xenófobos nas pátrias receptoras. Assim, buscar consolidar os direitos mínimos para garantir uma vida digna em outro lugar em resposta às atividades antrópicas que avançam sobre a sociedade é urgente.

Desta forma, devido à lacuna existente na legislação internacional em relação aos “refugiados ambientais” devem ser utilizados os sistemas existentes de proteção aos direitos humanos como forma de obter acesso à justiça. A falta de tutela jurídica configura uma afronta a dignidade da pessoa humana. A ausência de normas

corroborar para que a proteção deva ser promovida pela legislação que objetiva resguardar a dignidade do ser humano.

Diante da omissão jurídica-normativa direcionada à tutela, proteção, assistência e responsabilização dos Estados ante as pessoas que migram forçadamente por causas ambientais, uma reação possível e concreta no momento seria compreender a atual situação dos refugiados ambientais como violação de direitos humanos, notadamente a dignidade da pessoa humana, para que, a partir dessa premissa, seja viável preencher o atual vazio normativo internacional.

O reconhecimento do *status* jurídico de “refugiado ambiental” tem como elemento essencial para que as responsabilidades compartilhadas e a solidariedade internacional assumam compromissos com base na proteção à dignidade humana, trazendo o caso dos haitianos no Brasil.

Em 2010, a história do Haiti ficou marcada por mais uma tragédia, o terremoto que devastou principalmente a capital, Porto Príncipe. Para Godoy (2011) uma catástrofe ambiental que deixou muitos feridos e desabrigados. Grande parte da população do Haiti iniciou uma peregrinação pelo continente americano, buscando amparo frente sua condição desesperadora, com o objetivo de chegar ao Brasil. Passaram por países como República Dominicana, Panamá, Equador, Peru, até chegarem ao Brasil; ou, ainda, do Equador para a Colômbia e, por fim, o Brasil. Em geral, chegaram pela fronteira norte brasileira, adentrando o país pelos Estados do Acre e do Amazonas.

Desde então o Brasil passou a acolher as pessoas provenientes desse “êxodo” haitiano, atravessando algumas fases para acolher até que fosse utilizado o protocolo de proteção humanitária complementar balizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

No início após chegar ao Brasil os haitianos faziam o pedido de refúgio, o processo burocrático de apreciação pelo governo brasileiro os obrigava a ficar de dois a três meses na cidade de Brasileia. A CONARE, porém, esbarrou na ausência do elemento perseguição, elemento esse já analisado quando foi estudada a Convenção de 51 e o Protocolo de 67. A polícia federal passou a negar o registro das solicitações de refúgio. Em 2012, o governo federal, por meio do Conselho Nacional de Imigração, criou o visto por razões humanitárias para os haitianos, que passaram a ter o direito a todos os direitos dos cidadãos brasileiros.

Porém, o Brasil alterou novamente as normas, condicionando a apresentação de visto emitido em Porto Príncipe, medida que dificultou as pretensões de quem já estava em solo brasileiro e de outros que já se encontravam no meio de sua jornada (Godoy, 2011). Em 2012, em razão da demanda o governo aumentou o teto anual e alterou o local de concessão do visto, facilitando novamente a concessão de vistos humanitários.

O grande fluxo de pedidos de asilo foi um fato nunca enfrentado pelo Brasil. Evidenciou as falhas e trouxe avanços, pois passou de um entendimento restrito sobre refugiados (Convenção de 51), para admitir uma forma ampliada (Tratado de Cartagena 1984), construindo uma política de migração baseada na efetiva proteção da dignidade da pessoa humana. Para ser reconhecido como pessoa é necessário ter autonomia pessoal respeitada, porém cidadania necessita de reconhecimento político, é o direito de ter direitos.

O grande ingresso de haitianos fez o Brasil considerar primeiro a normativa tradicional do Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815 de 1980, ainda vigente à época, que foi inviável por se tratar de vítimas de uma crise humanitária agravada pelos efeitos do terremoto, e não de migrantes econômicos.

O segundo foi por meio da Lei de Refúgio em razão da característica forçada da migração dos haitianos e balizando-se pela definição ampliada de refugiado recomendada pela Declaração de Cartagena, tendo em vista que a Lei nº 9.474/1997 contempla os mecanismos de proteção da Convenção de 1951 sobre Refugiados e do seu Protocolo de 1967, bem como parte da definição ampliada do termo refugiado insculpida pela Declaração de Cartagena de 1984. Assim, a lei brasileira reconhece como refugiado aquele:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país,
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
- III - **devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país** (Grifo nosso) (BRASIL, 1997).

Todavia, ainda encontrava entrave, porque o Manual do ACNUR de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado, defende que é essencial a comprovação do “fundado temor de perseguição”.

A solução encontrada foi que a expressão tem um elemento objetivo e um subjetivo segundo o artigo 38 do mesmo manual, assim o governo tem que considerar ambos, ou seja, deve ser analisado o caso concreto e seu contexto, considerando a incapacidade total de ação do Estado de origem; a carência de paz duradoura; e o reconhecimento da comunidade internacional sobre a grave e generalizada violação de direitos humanos no território ou Estado em questão.

Desta forma, emerge a proteção humanitária complementar como saída para a tutela dos haitianos no Brasil e a concessão do visto humanitário, visto de permanência outorgado pelo CNIg e legitimado pela resolução normativa nº 13 do CONARE, que possibilitou o acesso aos serviços públicos de saúde, educação, assistência social e a obtenção de documentos de identidade, integrando os haitianos como sujeitos de direito no Brasil.

O visto humanitário foi uma resposta complementar diante da lacuna existente no direito internacional em caso de refugiados naturais, baseado na garantia da dignidade humana, princípio basilar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Brasil passou a adotar uma política de facilitação de entrada permitindo a concessão de vistos humanitários por meio das embaixadas brasileiras em Porto Príncipe, no Haiti, e de Quito, no Equador, porque o fluxo migratório se intensificou nos anos de 2011 e 2012 devido às vias ilegais de tráfico humano. A finalidade era acabar com o tráfico ilegal e proporcionar condições seguras de viagem aos refugiados.

A Lei n. 13.445 de 2017, Nova Lei de Migração Brasileira, revogou o Estatuto do Estrangeiro de 1980 e regulamentou o visto humanitário, que poderá ser concedido para o apátrida e nacional de qualquer país. Apesar do avanço conferido pela nova legislação, não houve reconhecimento da condição de “refugiado ambiental”. Ao lançar os haitianos como exemplo concreto de quem se desloca forçadamente em razão de desastres ambientais, não há de se concluir pela presença do fator voluntariedade e, portanto, deveriam ser reconhecidos como refugiados ambientais, concedendo proteção jurídica específica de modo a garantir a máxima tutela dos

direitos desse grupo, especialmente a dignidade da pessoa humana, reconhecendo-os como sujeitos ativos de direito perante a sociedade a que integra.

Os haitianos não migraram para o Brasil como migrantes comuns. É perceptível a não voluntariedade nos deslocamentos ocorridos por um desastre ambiental, o que de certo os colocam na categoria de “refugiados ambientais”, requerendo tratamento específico pelo direito internacional, o que pode ser realizado com base nas responsabilidades compartilhadas dos Estados e na solidariedade internacional, como compromissos à dignidade humana.

O reconhecimento do *status* jurídico do “refugiado ambiental” é urgente no Direito Internacional. As tentativas de adaptar os instrumentos que já existem encontram resistência nas particularidades das referidas normas, que foram criadas em um contexto específico de sua época. É preciso um novo compromisso global considerando premissas mais amplas, sopesando a responsabilidade de cada nação solidariamente, ou seja, responsabilidades comuns, mas diferentes, para proporcionar aos refugiados ambientais uma tutela internacional específica com base na dignidade da pessoa humana.

A responsabilidade do Estado pode ser uma responsabilidade compartilhada, ou uma responsabilidade comum, porém diferenciada. Suas aplicações aos “refugiados ambientais” podem assumir três categorias: a responsabilidade geral por ação ou omissão; política, direito nacional e internacional e a terceira é a responsabilidade comum, porém difere-se da responsabilidade do Direito Internacional do Meio Ambiente no que tange à prevenção dos motivos que ensejam a migração forçada decorrente de eventos ambientais (Claro, 2015).

Assumir a proteção e assistência compartilhada deve envolver toda a comunidade internacional, em uma coesão global, forjando um compromisso normativo de colaboração e solidariedade, com os Estados tomando para si a responsabilidade de institucionalizar essas ações (Ramos, 2011).

A solidariedade internacional é um fundamento do direito de terceira geração, recoberto pela universalidade e direcionado ao ser humano como um valor supremo. O Direito Internacional e o direito interno fazem parte de uma rede de constante diálogo entre si, pois no campo internacional se adere aos tratados, que necessitam de implementação nacional. E isso decorre da instantaneidade que as obrigações

ergam omnes de proteção consolidam-se conforme uma concepção integral e universal dos direitos humanos.

A degradação ambiental e seus consequentes danos ao modo de vida humano pressiona pela busca de meios globais e integrados de solução, porém, é fato que a construção de um pensamento de solidariedade no campo internacional enfrenta resistência. Buscar o alinhamento dos agentes atuantes na ordem internacional para fornecer respostas aos problemas climáticos globais, entre eles o dos refugiados ambientais, ainda que em tempo e intensidade distinta é o caminho necessário a percorrer em direção a reestruturação do direito internacional.

Para que isso aconteça a sociedade internacional precisa mudar o paradigma ligado ao desenvolvimento do capital, e passar a priorizar a dignidade da pessoa humana como pauta que não se pode prescindir (Curraladas, 2013). Ao centralizar a dignidade da pessoa humana como regra norteadora à tutela dos refugiados ambientais, reforça-se a construção de uma interpretação que exige da comunidade internacional uma verdadeira cooperação mútua para a proteção do ser humano sem qualquer ressalva. Trata-se de garantir segurança do exercício de direito aos indivíduos em estado de vulnerabilidade, como os refugiados ambientais, concedendo-lhe a efetividade a dignidade inerente a pessoa humana.

Hoje, não se pode mais admitir que a tutela jurisdicional não alcance os refugiados ambientais por conta de uma hermenêutica gramatical literal, deixando-os invisíveis e negando a sua dignidade enquanto pessoas livres e iguais, e não destituídos de qualquer tutela no sistema jurídico, sendo desqualificados como sujeito de direitos que ostentam a inaceitável condição de verdadeira não pessoa. A dificuldade em avançar no tema reside na esfera política dos entes internacionais, e não estritamente jurídica, já que o fundamento jurídico pode ser extraído do princípio das responsabilidades compartilhadas e da solidariedade internacional com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana.

A resolução desta problemática global deve ser alicerçada no valor ético de respeito à dignidade da pessoa humana por meio dos princípios mencionados, para revisar o refúgio em sentido mais amplo e proteger o ser humano, como sujeito de direitos, efetivados em quaisquer circunstâncias, sem a limitação decorrente de uma lacuna no sistema normativo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa analisou como o avanço da atividade humana sobre a natureza interfere na dinâmica dos fluxos migratórios, emergindo um novo grupo de deslocados que, por suas especificidades, precisa ser tutelado pelo ordenamento jurídico internacional segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. Pela análise histórica e conceitual dos aspectos relacionados às mudanças climáticas, o grande desafio social que este tema impõe tem abrangência global, atinge países ricos e pobres, desencadeia problemas que carecem da atenção da comunidade internacional, a alteração e a criação de novos fluxos migratórios.

Sob a perspectiva histórica, a Revolução Industrial foi o marco histórico desencadeador de novas formas de pensar o trabalho e as interações humanas entre si e com a natureza, a busca pelo desenvolvimento econômico pautado pela lógica capitalista acentuou a exploração dos recursos naturais em sentido global, criando o antropoceno. Compreender os avanços das atividades econômicas no meio ambiente permitiu relacioná-los ao processo de degradação ambiental e sua influência nas mudanças climáticas, que impactam nos fluxos migratórios. Mudanças climáticas por si não geram migrações, mas seus efeitos aumentam vulnerabilidades pré-existentes, eventualmente são causadoras diretas dos fluxos migratórios.

A gradativa escassez dos recursos naturais, aliada ao aumento de eventos climáticos extremos, relaciona-se diretamente com a dificuldade e/ou impossibilidade de permanência em um local originalmente habitado por um grupo, desencadeando migrações forçadas em massa. Assentadas as perspectivas históricas, conceituais e panorâmicas acerca das variações climáticas e suas interferências nos fluxos migratórios foi possível analisar os refugiados ambientais, compreendendo, em um primeiro momento, o conceito e alcance do termo.

A definição de refugiados da Convenção de 1951 (Estatuto dos Refugiados) não contempla os que forçadamente migram por razões ambientais. Uma lacuna normativa sobre os refugiados ambientais, sendo necessário analisar a terminologia do termo para permitir uma melhor compreensão das diversas vertentes. Ao analisar a proteção internacional já existente ou que, em complementaridade pode ser conferida aos refugiados ambientais, especialmente nas ramificações do direito internacional, concluiu-se que, apesar de ser viável conferir uma certa proteção geral,

todas as tentativas esbarram em alguma limitação inerente às próprias particularidades da norma.

Restou evidenciado o desamparo dos refugiados ambientais ante o atual direito internacional e a urgência de se conferir tratamento jurídico eficiente a esse grupo. O objetivo da pesquisa foi alcançado à medida que se compreendeu a dignidade da pessoa humana como ponto central para construir uma base sólida de proteção às pessoas na condição de refugiadas ambientais, uma vez que a ausência de seu reconhecimento desencadeia uma série de limitações de direitos básicos, como ocorreu com os haitianos no Brasil. Constatada a negativa ao direito de refúgio e encontrado o acolhimento pela via humanitária, não impediu que os haitianos como refugiados ambientais passassem por diversas privações de direitos da pessoa humana, permanecendo em condições de precariedade de direitos.

Portanto, as pessoas que migram forçadamente por razões ambientais encontram um vácuo no atual sistema normativo internacional, que necessita renovar para uma hermenêutica que considere a dignidade da pessoa humana como elemento insubstituível de proteção, pela concepção de responsabilidades compartilhadas e solidariedade internacional entre as nações.

REFERÊNCIAS

1. **ACNUR**, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Disponível em: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>. Acesso em: 29 dez. 2023.
2. ARAS, Vladimir. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Gen, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646500/>. Acesso em: 01 jan. 2024.
3. ARTAXO, P. **As três emergências que nossa sociedade enfrenta**: saúde, biodiversidade e mudanças climáticas. *Estudos Avançados*, v. 34, n. 100, p. 53–66, set. 2020.
4. AZEVEDO, Julia. Ecycle. **Saiba o que é ponto de não retorno**. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/ponto-de-nao-retorno/#:~:text=Em%20outras%20palavras%2C%20o%20conceito,est%C3%A1vel%20por%20milhares%20de%20anos>. Acesso em: 30 dez. 2023.
5. BRASIL. **Lei 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 28 dez. 2023.

6. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O conceito histórico de desenvolvimento econômico.** 2008. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/08.18.ConceitoHist%C3%B3ricoDesenvolvimento.31.5.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2023.
7. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Eds.). **The Cambridge Companion to International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
8. CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A Proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional.** 2015. 327 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional, Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/6RvcMPkjMrpF4Hn7ttNdJkS/?format=html>. Acesso em: 21 dez. 2023.
9. Convenção de 1951, **Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de1951/#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas,ap%C3%B3s%20a%20Segunda%20Guerra%20Mundial>. Acesso em: 29 dez. 2023.
10. CRUTZEN, P. **Geologia da humanidade.** Nature 415, 23, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/415023a>. Acesso em: 27 dez. 2023.
11. CURRALADAS, Marilu Aparecida Dicher Vieira da Cunha Reimão. **O Direito dos Refugiados e os “Refugiados ambientais”:** a via necessária à proteção dos homólogos. Osasco, 2013.
12. DUDH, **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** Centro de Informação das Nações Unidas, Portugal Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 21 dez. 2023.
13. FLEURY, L. C.; MIGUEL, J. C. H.; TADDEI, R.. **Mudanças climáticas, ciência e sociedade.** Sociologias, v. 21, n. 51, p. 18–42, maio 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/SHRnFKJmJdF7pmQkCBXt6hb/?format=html&lang=pt#> Acesso em: 22 dez. 2023.
14. HARTMANN, Régis. **Pela necessária construção da proteção jurídica internacional dos refugiados ambientais:** uma crítica à luz do exemplo da migração haitiana para o Brasil. 2017. 139 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31384>. Acesso em: 24 dez. 2023.
15. ONU News. **Pequenos Estados Insulares combatem perda da natureza e mudanças climáticas.** 2023. Nações Unidas. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/03/1810737>. Acesso em: 28 dez. 2023.

16. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018a.
17. RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional**. 2011. 150 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf. Acesso em: 29 dez. 2023.
18. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
19. SILVA, Thiago Delaíde da. **Dignidade e Autonomia na Filosofia Moral de Kant**. (Coleção Anpof). Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9788562938887. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788562938887>. Acesso em: 26 dez. 2023.
20. UNHCR. The Un Refugee Agency. **Deslocados nas fronteiras da emergência climática**. Disponível em: <https://storymaps.arcgis.com/stories/9b67d41f272f466a98ce7048a6d267d6>. Acesso em: 30 dez. 2023.

A INSERÇÃO DO TRABALHADOR MIGRANTE EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA COMO FENÔMENO PROPULSOR DO DUMPING SOCIAL NO CONTEXTO DAS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

Ana Carolina Couto Matheus²

RESUMO

A globalização ressignificou as interações do indivíduo a nível regional e mundial. A intensidade do câmbio de informações e tecnologias, o fluxo de pessoas e capitais criou e adicionou novos sujeitos e ocorrências que não são resolvidas de forma satisfatória, incluindo-se as migrações, a situação social e o trabalho do migrante. Para tanto, discute-se a transnacionalidade para resolver eventos presentes e futuros, bem como o Direito Transnacional como instrumento regulatório. Urge a interpretação dos direitos dos trabalhadores migrantes, desde o reconhecimento deste direito e as normas atinentes, formando o arcabouço de garantia e proteção. O *dumping* social enquanto prática transgressora de direitos visa o lucro de grandes empresas em detrimento da violação de direitos trabalhistas. O método dedutivo será utilizado nas fases de investigação e tratamento dos dados. Nas distintas fases da pesquisa serão acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. A pesquisa constatará que a inserção do

² Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Graduada em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Associada I do Departamento de Ciências Jurídicas, do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Professora de Direito Processual Civil do DCJ/CCJ/UFPB. Orientadora. Conferencista. Conselheira Editorial. Pesquisadora. Advogada. Consultora Jurídica. E-mail: carol.couto2023@gmail.com.

trabalhador migrante em situação de vulnerabilidade socioeconômica é elemento propulsor do *dumping* social, reputando-se necessária a coibição desta conduta para a consecução de relações comerciais e trabalhistas mais justas.

Palavras-chave: Transnacionalidade. Direito Transnacional. *Dumping* Social. Trabalhador Migrante.

ABSTRACT

Globalization has given new meaning to individual interactions at a regional and global level. The intensity of the exchange of information and technologies, the flow of people and capital created and added new subjects and occurrences that are not resolved satisfactorily, including migration, the social situation and the migrant's work. To this end, transnationality is discussed to resolve present and future events, as well as Transnational Law as a regulatory instrument. There is an urgent need to interpret the rights of migrant workers, from the recognition of this right and the related norms, forming the guarantee and protection framework. Social dumping as a practice that violates rights aims to profit large companies to the detriment of violating labor rights. The deductive method will be used in the research and data processing phases. In the different phases of the research, the referent, category, operational concept, bibliographic research and registration techniques will be used. The research will establish that the insertion of migrant workers in a situation of socioeconomic vulnerability is a driving force behind social dumping, and it is considered necessary to curb this conduct in order to achieve fairer commercial and labor relations.

Keywords: Transnationality. Transnational Law. Social Dumping. Migrant Worker.

1 INTRODUÇÃO

O advento da globalização trouxe ressignificação das interações do indivíduo a nível regional e mundial. A intensidade do câmbio de informações e tecnologias e o seu fluxo de pessoas e capitais proporcionou a criação e adição de novos sujeitos e ocorrências que não são resolvidas de forma satisfatória, incluindo-se neste âmbito, as migrações, a situação social e o trabalho do migrante. Discute-se a transnacionalidade como proposta para a resolução de eventos presentes e futuros e do Direito Transnacional como instrumento regulatório.

Desta forma, busca-se entender as facetas da fragilidade na qual o trabalhador migrante está inserido e como isso é causado pela conduta de alguns empregadores que, de forma consciente e reiterada, violam os direitos dos trabalhadores, para conseguir vantagens comerciais e financeiras, aumentando a competitividade desleal no mercado, pelo baixo custo da produção de bens e prestação de serviços. Surgindo daí a importância de investigar sobre a vulnerabilidade socioeconômica do trabalhador migrante como agente propulsor do fenômeno do *dumping* social no contexto das migrações transnacionais.

O objetivo geral da pesquisa em tela foi investigar como o trabalhador migrante impulsiona o *dumping* social em decorrência da sua vulnerabilidade socioeconômica no cenário das migrações transnacionais. Representam objetivos específicos: compreender o significado e a aplicação da transnacionalidade, do direito transnacional e das migrações transnacionais; examinar episódios em que os trabalhadores migrantes foram vítimas de abusos e supressão de seus direitos tendo como causa direta o superfaturamento econômico para os donos do meio de produção; estudar como o *dumping* social se manifesta como uma prática atentatória à dignidade e direitos dos trabalhadores migrantes.

O método dedutivo foi utilizado nas fases de investigação e tratamento dos dados. Nas distintas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. Foi analisado o *dumping* social enquanto prática transgressora de direitos, pois visa o lucro de grandes empresas em detrimento da violação de direitos trabalhistas. O estudo tem caráter essencialmente qualitativo, com ênfase no estudo documental,

simultaneamente foi necessário o cruzamento com os estudos bibliográficos, a fim de se entender os seus motivos e causas.

O trabalho foi estruturado em três partes. A primeira se debruçou sobre os principais conceitos utilizados ao longo da pesquisa. A segunda discorreu acerca dos direitos atinentes ao trabalhador migrante no contexto transnacional e a atuação dos órgãos internacionais, bem como os direitos presentes na legislação brasileira, concluindo com esclarecimentos sobre como funciona *dumping* social. A última parte demonstrou na prática a vulnerabilidade social vivenciada pelo trabalhador migrante em postos de trabalhos violadores de direito e, por consequência, sendo vítimas do *dumping* social, trazendo alguns casos concretos.

2 A GLOBALIZAÇÃO, A TRANSNACIONALIDADE, O DIREITO TRANSNACIONAL E AS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

A globalização é um fenômeno que tem transformado o cenário mundial nas últimas décadas, promovendo a integração econômica, política, social e cultural entre diferentes países e regiões. Esse processo de interconexão e interdependência tem sido impulsionado, em grande parte, pela crescente transnacionalidade de diversos aspectos da vida humana, incluindo o comércio, finanças, tecnologia, cultura e, especialmente, as migrações. Migrações transnacionais abrange direitos humanos e trabalhistas e direito transnacional. As migrações transnacionais dos trabalhadores migrantes representam um dos principais fluxos populacionais em escala global, envolvendo milhões de indivíduos que deixam seus países de origem em busca de oportunidades de trabalho e melhores condições de vida.

Esses movimentos de pessoas ultrapassam fronteiras físicas e legais, desafiando conceitos tradicionais de soberania e territorialidade. É essencial analisar a interseção entre a globalização, a transnacionalidade, o direito transnacional e os desafios enfrentados pelos trabalhadores migrantes em suas trajetórias laborais além das fronteiras nacionais. A pesquisa em tela objetiva contribuir para o entendimento aprofundado das migrações transnacionais dos trabalhadores migrantes, fornecendo uma análise crítica e abrangente sobre as implicações da globalização, da transnacionalidade e do direito transnacional nesse contexto.

A partir dessa análise, busca-se identificar os principais desafios e oportunidades para a promoção de melhores condições de trabalho, proteção e respeito aos direitos humanos dos trabalhadores migrantes em escala global. Observando, ainda, como o direito transnacional emerge como uma abordagem jurídica que transcende as fronteiras nacionais para lidar com questões complexas que ultrapassam a jurisdição de um único Estado.

O termo globalização foi criado na década de oitenta e veio para nomear uma reconfiguração da economia-mundo, tendo em vista a forte pressão gerada com o intuito de que todos os governos dos Estados nacionais abrissem suas fronteiras para a livre circulação de mercadorias e capitais. Em consequência da abertura de divisas ocorreram transformações imensuráveis em todo o globo, ocasionando uma multiplicidade de centros políticos, uma complexidade de interligações das culturas envolvidas nessas migrações, influenciando principalmente no modo de vida das pessoas, não apenas no âmbito pessoal, com a injeção de influências culturais dos mais diversos países, mas também uma revolução trabalhista.

A globalização foi o principal difusor de alterações no pensamento crítico das pessoas. Mudou a percepção da realidade política, econômica e social de acordo com o território geográfico. Para Tarrow (2009) “a expansão dos mercados mundiais e das comunicações globais aproxima os cidadãos do norte e do oeste dos cidadãos do leste e do sul, tornando os primeiros mais cosmopolitas e os últimos mais conscientes de sua desigualdade”.

As duas esferas que mais sentiram a mudança provocada pela globalização foram as relações econômicas e tecnológicas, que incidiram precipuamente nas formas de comunicação, alterando a maneira como os indivíduos pensam, a partir do contexto territorial no qual estão inseridos. Na prática, a revolução tecnológica, intensificada pela globalização, encurtou distâncias, além de fortalecer as relações de comunicações e trocas que foram cruciais para quebrar os contextos culturais fechados de alguns países.

Essa maior intercomunicação coincide com o crescimento das ondas migratórias desencadeadas pelas mudanças geopolíticas ou geoeconômicas, acompanhadas de problemas, como o tráfico de pessoas para serem exploradas no mercado de trabalho clandestino. Diante das mudanças provocadas pela globalização com a invasão das multinacionais aos países, enxergou-se uma necessidade de que

os Estados nacionais precisassem ser fortalecidos frente às empresas transnacionais, devendo, de igual modo, robustecer suas políticas públicas a fim de que seus trabalhadores não ficassem à mercê de empresas violadoras de direitos.

As multinacionais procuram instalar suas empresas em locais que não tem leis trabalhistas fortes, tampouco trabalhadores sindicalizados, para que assim possam explorar mão de obra barata, aumentando seus lucros, sem nenhuma penalização e, quando houver, sabe-se que será inexpressiva. Os Estados atuais foram afetados pelos efeitos da globalização, o que ocasionou soberanias enfraquecidas com reduzida capacidade para regular seus ordenamentos jurídicos como também sua estrutura política. Esses Estados geralmente atravessam inúmeras relações que não mais respeitam os limites geográficos, como se suas fronteiras não mais existissem, abrindo espaço para a atuação da transnacionalidade.

Por consequência, problemas econômicos que outrora eram locais atingem proporções gigantescas e afetam todo o globo. A globalização foi o pontapé inicial para o estreitamento das relações entre os países, não só no âmbito econômico e comercial, mas também no meio de comunicação e fluxo de pessoas. Somando-se a isso o deslocamento de grandes empresas para países em busca de mão de obra, atraindo trabalhadores dos mais diversos países em busca de emprego e melhores condições de vida, depara-se com a transnacionalidade que atua para dirimir conflitos envolvendo múltiplas nações.

Cabe esclarecer o que significa o termo transnacionalidade para o Direito. Partindo da sua nomenclatura, o vocábulo “trans” indica a ideia de “para além de”, “para além da nação”. Transnacionalidade diz respeito às relações de ordem econômica, política e jurídica existentes entre os Estados na ordem global, externalizada pela formação de blocos econômicos mundiais, como a união europeia, a qual gera uma integração entre os países que a compõe, como também a transnacionalidade se manifesta na ordem mundial por meio dos organismos internacionais de regulação, como a ONU. A transnacionalidade para o Direito se refere ao arcabouço de normas que regulam atos ou fatos que ultrapassam as fronteiras nacionais.

Transnacionalização pode ser entendida com a finalidade de anunciar o processo de transição entre o plano internacional – entre nações – para transnacional – para além das nações. A transnacionalidade surge no cenário internacional com a

intenção de dirimir conflitos existentes entre os Estados-Nação, por meio de deliberações consensuais nas cúpulas dos organismos internacionais adequados para cada situação. A transnacionalização se compagina com a desterritorialização de algumas matérias afetas ao modelo de Estado modelo, por isso o campo de sua mobilidade tem diminuído no mesmo ritmo em que decisões de relevo são tomadas em âmbito transnacional (Stelzer, 2009).

O aprofundamento das relações entre os Estados devido a globalização, gerando a transnacionalidade, deve ser ajustada à necessidade de concessões multilaterais, buscando a promoção da paz e harmonia sociais, a preservação do meio ambiente saudável, e sobretudo, a dignidade da pessoa humana, sendo este alguns dos pilares das Constituições modernas. A expressão “transnacionalidade” indica um foco difuso, onde existe uma pluralidade de atores, instituições e ordens jurídicas que debruçam em volta de questões com base em um diálogo político, econômico, social e jurídico, que é travado para além das fronteiras nacionais.

A diminuição das distâncias culturais ocasionada pela aproximação dos povos das mais variadas nacionalidades, permeado pela revolução técnico-comunicativa, causa a sensação de todos estarem inseridos em uma única e global sociedade, tendo em vista que não existe mais problemas nacionais ou locais, pois toda a coletividade é de alguma forma atingida, sendo tudo amplamente divulgado e transmitido em tempo real simultaneamente para o mundo, por meio da internet e da imprensa televisiva. O desmatamento da Amazônia, o derretimento das calotas polares e situações de trabalhos análogos à escravidão interessam a todos e exige política mundial para dirimir os malefícios que atingem todos os cidadãos.

Daí onde se pode extrair a relação existente entre a globalização e a transnacionalidade, pois para solucionar questões derivadas da globalização, tem-se que fazer uso da transnacionalidade, ou seja, uma união de todos os Estados nacionais e órgãos internacionais para conjuntamente, nos fóruns dos governos transnacionais, empreenderem esforços e traçarem estratégias, como ocorrem, por exemplo, como as conferências realizadas pela OIT para tratar sobre trabalho escravo ou com a ECO-92 que tratou sobre o desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, vê-se que o Estado não é mais o personagem principal e puro o qual se conserva a cultura e aspectos políticos, sociais, jurídicos e econômicos sem a intervenção de terceiros. O Estado moderno agora se mostra como uma entidade

política cada vez mais plural e interdependente. Os problemas do mundo globalizado devem ser tratados em consenso entre os variados Estados também afetados. Atualmente pouco se fala em uma unicidade ou independência estatal para resolver problemas que afetam ao globo.

Estado Transnacional é a “emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção” (Cruz; Bodnar, 2010, p. 6) para projetar a construção de um novo pacto de civilização. Transnacionalidade é resultado irremediável da globalização, onde se exige um diálogo consensual e democrático entre os Estados. Globalização também é sinônimo de avanços e riquezas, as quais só atendem aos interesses de uma classe, a classe dos detentores dos meios de produção, trazendo prejuízos avassaladores a classe trabalhadora e aprofundando ainda mais as desigualdades sociais.

Percebe-se que, apesar de muitos esforços para combater a prática de trabalhos degradantes e análogos à escravidão, por meio de punições e legislações mais duras, essa é uma prática que ainda persiste em algumas empresas, pois estão certas dos lucros e da impunidade adjacentes a essas condutas. O trabalhador migrante é a figura mais vulnerável dessa relação, deixa seu país de origem em busca de melhores condições de vida, muitas vezes não conhece a língua daquele novo local, tampouco seus direitos trabalhistas, sendo vítima para a exploração de mão de obra barata e práticas desumanas, em prol de lucros.

Diante deste cenário, ao longo dos anos, foram criados organismos internacionais, reuniões e conferências para tratar dessa questão que é de interesse global, um exemplo é a Declaração da Cúpula Mundial das Nações Unidas de 2004, na qual os chefes de Estado e Governo de 150 países se comprometeram a sustentar o desenvolvimento baseado no pleno emprego e no trabalho decente (OIT, 2004), bem como iniciativas da ONU que, no ano de 2015, lançou a Agenda 2030, tendo como um dos seus objetivos promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos. Entendendo-se que trabalho decente deve ser uma garantia mínima para todos os trabalhadores, sejam nacionais ou migrantes.

Estando em xeque um princípio que é basilar tanto na Constituição Brasileira como na maioria das Constituições dos Estados Modernos, que é a garantia da dignidade da pessoa humana, dado que o trabalhador é antes de tudo um ser humano. Deve-se considerar a dignidade como elemento essencial a toda relação trabalhista, devendo o empregador respeitá-la, valorizá-la e garanti-la, se abstendo de agir de modo que viole esta garantia fundamental.

Atualmente discute-se o “Direito Transnacional do Trabalho”. Trata-se de um conjunto de normas de todo tipo que regulam as relações entre sujeitos desprovidos de *imperium* com transcendência supranacional (Avilé, 2017). Porém, não se está diante, ainda, de um novo ramo do Direito, mas apenas uma nova abordagem que se detém de forma mais comprometida aos direitos trabalhistas regulados internacionalmente.

Os direitos transnacionais dos trabalhadores migrantes são de suma importância e tema crucial de debates nas searas dos direitos humanos e no contexto da globalização. Com a crescente mobilidade de pessoas em busca de melhores oportunidades de emprego e condições de vida, tornou-se essencial garantir a proteção e o respeito aos direitos fundamentais desses trabalhadores, independentemente da nacionalidade ou local de trabalho.

A migração tem sido uma realidade intrínseca à história da humanidade, porém, nos últimos anos, testemunha-se um notável aumento dos fluxos migratórios em escala global. Essa dinâmica, por sua vez, suscita uma série de desafios e questões fundamentais que devem ser abordados à luz dos direitos humanos.

A migração dos trabalhadores desempenha um papel fundamental na economia mundial, contribuindo para o crescimento econômico de muitos países de acolhimento, bem como para o desenvolvimento das nações de origem, por meio das remessas financeiras enviadas pelos trabalhadores migrantes.

Além disso, a proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes é uma questão crucial sob a perspectiva da justiça social e da equidade. Muitos desses trabalhadores enfrentam situações de vulnerabilidade, exploração e discriminação em seus locais de trabalho, devido à sua condição de migrantes e ao status legal muitas vezes precário. Garantir seus direitos fundamentais é essencial para assegurar condições de trabalho dignas e justas.

A discussão sobre direitos transnacionais também revela a necessidade premente de uma cooperação internacional efetiva entre países de origem, trânsito e destino dos trabalhadores migrantes. A migração é uma realidade global e exige abordagem colaborativa para enfrentar os desafios relacionados à proteção dos direitos humanos desses indivíduos.

Ações coordenadas podem contribuir para a promoção de políticas mais inclusivas e garantir que os trabalhadores migrantes sejam tratados com dignidade e respeito em todos os países envolvidos. Respeitar os direitos de todos os trabalhadores, independentemente de sua origem, é um imperativo ético e moral que deve ser defendido e promovido em todo o mundo.

Uma das motivações mais comuns para a migração de trabalhadores é a busca por melhores perspectivas econômicas. Muitas vezes, as pessoas deixam seus países na busca de empregos que ofereçam melhores salários e condições de trabalho. A migração econômica pode ocorrer tanto em nível interno, de áreas rurais para urbanas, quanto em escala internacional, em busca de países com economias mais desenvolvidas e oportunidades de crescimento profissional.

Ademais, em regiões afetadas por conflitos armados, guerras civis, perseguições políticas, étnicas ou religiosas, a migração pode ser uma questão de sobrevivência e proteção. Muitos indivíduos e famílias fogem de suas terras natais em busca de segurança e refúgio em países que ofereça um ambiente mais estável e pacífico.

A melhoria na qualidade de vida é um fator motivador para a migração. Isso pode incluir acesso a melhores serviços de saúde, educação, infraestrutura e oportunidades para o desenvolvimento pessoal e profissional. Desastres naturais, como terremotos, furacões, inundações e secas, também são causas que levam as pessoas a migrarem temporariamente ou permanentemente em busca de condições mais seguras e sustentáveis. Igualmente, pessoas que enfrentam discriminação, violações de direitos humanos ou falta de oportunidades em seus países podem optar pela migração como uma forma de escapar de situações adversas.

Além do desejo de alguns migrantes de enviar ajuda financeira para suas famílias, contribuindo para o desenvolvimento local e melhorando as condições de vida de seus entes queridos. De mais a mais, há inúmeros outros motivos para que um indivíduo deseje realizar a migração, seja em busca pela reunificação familiar, seja

pela atração por novas culturas e experiências, enfim motivos não faltam para a diáspora dos povos.

Os direitos humanos dos trabalhadores migrantes são protegidos por diversos instrumentos internacionais que buscam garantir a igualdade, dignidade e proteção desses indivíduos, independentemente de sua condição migratória. Neste sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, a DUDH é um dos principais marcos da proteção dos direitos humanos em todo o mundo. Embora não seja um tratado legalmente vinculativo, a DUDH estabelece princípios fundamentais de igualdade, dignidade e liberdade, aplicáveis a todas as pessoas, incluindo trabalhadores migrantes.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1990, é o principal tratado internacional específico para a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes. Reconhece direitos humanos fundamentais dos trabalhadores migrantes e estabelece obrigações para os países de origem, trânsito e destino para garantir sua proteção, prevenção da exploração e garantia das condições de trabalho dignas.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada em 1965, proíbe a discriminação racial em todas as suas formas e aplica-se a todas as pessoas, incluindo trabalhadores migrantes, garantindo que sejam tratados com igualdade e dignidade, independentemente de sua origem racial ou étnica. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 1966, reconhece o direito ao trabalho digno e justo, incluindo o direito de todos a condições de trabalho justas e favoráveis. Trabalhadores migrantes são abrangidos por esses direitos, independentemente de sua situação migratória.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979, busca garantir a igualdade de gênero em todas as áreas da vida. As trabalhadoras migrantes também estão protegidas por essa convenção, que visa eliminar a discriminação de gênero e garantir igualdade de oportunidades no trabalho e na sociedade.

Sendo esses alguns dos principais instrumentos internacionais que estabelecem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes. É importante ressaltar que a aplicação efetiva desses instrumentos depende do compromisso dos Estados

em implementar políticas e legislações que protejam e garantam os direitos dos trabalhadores migrantes em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. Além desses tratados, existem outras convenções e declarações regionais e internacionais que também abordam questões relacionadas aos direitos dos trabalhadores migrantes, formando um arcabouço jurídico amplo e abrangente para a proteção desses indivíduos em escala global.

No entanto, apesar dos instrumentos internacionais promulgados por organizações internacionais (como a OIT, a ONU, a OCDE), a maioria das convenções só são ratificadas por um número ínfimo de Estados membros e sua eficácia imperativa é quase inexistente. Dificultando e tornando insatisfatório o nível de proteção e garantias aos trabalhadores por parte dos Estados, os quais muito mal cumprem as suas legislações internas. Sendo assim, a desregulamentação e o atual estágio insatisfatório das condições de trabalho não podem ser exclusivamente depositados à custa da globalização, uma vez que existe um indiscutível déficit de atuação dos organismos públicos internacionais e estatais.

Tal situação demonstra-se muito prejudicial para o tema, tendo em vista que abordar questões trabalhistas sob o ponto de vista transnacionalista seria enriquecedor, pois ao analisar conflitos similares, nas mais diversas localidades do globo, poderia também achar soluções semelhantes, sendo a saída mais vantajosa para as relações trabalhistas e internacionais.

Uma questão suscitada pelos estudiosos é sobre qual lei deveria ser aplicada nas relações de trabalho, tendo em vista as diferenças culturais, econômicas e políticas em cada nação, um obstáculo para a consolidação do direito transnacional do trabalho, já que diferentes legislações trabalhistas podem ser aplicáveis ao mesmo trabalhador, a depender da sua localização. Então ocorre um aparente conflito de normas a ser resolvido. Parâmetros podem ser objeto de indicação para determinar qual lei deve ser utilizada, pode ser a lei do local do empregador, do idioma do contrato ou a nacionalidade das pessoas envolvidas, do local de onde advém as regras, do local de origem do salário, ou uma junção desses pontos.

No entanto, sob a ótica do princípio da proteção ao trabalhador que é um dos corolários do direito do trabalho brasileiro, previsto no art. 468 da CLT, o legislador firmou a tese de que a lei mais favorável ao trabalhador é a que deve ser aplicada nos casos que houver conflitos de normas. A Lei nº 11.962/2009 alterou a Lei nº 7.064/82,

estabelecendo que a legislação brasileira será aplicada em detrimento da local do país em que ocorreu o trabalho, se forem mais benéficas ao trabalhador. Faz-se necessário o direito transnacional, a regulamentação de um devido processo legal para que os agentes internacionais, como os Estados-nação, as organizações internacionais, as empresas multinacionais, as organizações não governamentais e os indivíduos possam executá-las perante um tribunal.

Atualmente, no Brasil, essa questão trabalhista é suscitada perante a justiça do trabalho, competente nos termos do disposto no art. 114 da Constituição Federal, que abrange como integrantes na lide também os entes de direito público externo. O § 2º, do art. 651 da CLT prevê que é de competência da justiça do trabalho julgar ações nas quais os dissídios ocorreram em agência ou filial no exterior, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispendo em contrário. Entretanto, para fazer valer o livre acesso à justiça e a efetividade da jurisdição, os requisitos mencionados vêm sendo mitigados pelos tribunais, para que trabalhadores estrangeiros possam ajuizar reclamação trabalhista no Brasil.

As migrações transnacionais têm sido um fenômeno significativo ao longo da história humana e continuam a desempenhar um papel importante na sociedade contemporânea. O termo “migração transnacional” refere-se ao movimento de pessoas através das fronteiras nacionais, com a intenção de estabelecer residência em um país diferente do seu país de origem. Esse tipo de migração pode ser impulsionado por diversos fatores, dentre eles o principal é a busca por oportunidades de trabalho e melhores condições de vida.

Os trabalhadores migrantes transnacionais apresentam ampla diversidade de perfis. Suas características podem variar conforme a região de origem, nível educacional, habilidades profissionais e os setores de emprego que buscam em países de destino. Muitos migrantes transnacionais vêm de regiões com poucas oportunidades de emprego ou onde os salários são baixos. Esses trabalhadores podem ter níveis de escolaridade baixos ou habilidades profissionais limitadas, o que os leva a buscar empregos em setores como agricultura, construção civil, limpeza, serviços domésticos e trabalho em fábricas.

Já alguns trabalhadores migrantes optam por empregos temporários ou sazonais em outros países para ganhar dinheiro durante períodos específicos do ano. Sendo comum em setores como agricultura, turismo, pesca e colheita de frutas. Outro

grupo de trabalhadores migrantes é composto por profissionais altamente qualificados, como médicos, engenheiros, cientistas, professores e profissionais de tecnologia da informação. Eles migram para países que têm demanda por essas habilidades específicas e buscam oportunidades de trabalho mais bem remuneradas e desenvolvimento profissional.

Com relação às condições de trabalho enfrentadas pelos trabalhadores migrantes em seus países de destino, estas podem variar significativamente dependendo do contexto específico de cada país e do setor em que estão empregados. Embora alguns trabalhadores migrantes possam desfrutar de boas condições de trabalho, muitos enfrentam desafios significativos que podem resultar em explorações e violações de seus direitos trabalhistas.

Muitos trabalhadores migrantes enfrentam dificuldades em conhecer e reivindicar seus direitos trabalhistas devido à falta de informação, barreiras linguísticas ou ao medo de represálias. Além disso, em alguns países, os trabalhadores migrantes podem não ter acesso total à proteção legal ou são excluídos das leis trabalhistas e mais vulneráveis a abusos.

Em paralelo, estes trabalhadores são frequentemente mal remunerados, recebem salários abaixo do padrão mínimo ou enfrentam atrasos no pagamento de seus salários, sendo suscetível a práticas exploratórias por empregadores inescrupulosos que se aproveitam da vulnerabilidade desses trabalhadores, que por muitas vezes não dominam o idioma e tampouco conhece os direitos assegurados por aquele país.

Muitos trabalhadores migrantes enfrentam jornadas de trabalho excessivamente longas, sem direito a folgas regulares ou descanso adequado, resultando em fadiga e problemas de saúde. Combinado a isso, o escasso acesso a benefícios sociais ou de saúde disponíveis, tornando-os ainda mais desamparado. Os trabalhadores sem documentação legal estão em maior risco de serem explorados e abusados por empregadores, que fazem usos de chantagens, ameaçando-os com a justificativa da deportação ou retaliação caso denunciem as más condições de trabalho. Em muitos casos tais trabalhadores enfrentam discriminação e xenofobia, não só por parte dos empregadores, mas também pelos colegas de trabalho ou da sociedade em geral, ocasionando um ambiente de trabalho hostil.

Para enfrentar as referidas situações, é de suma importância a adoção de medidas adequadas de proteção e políticas inclusivas. É necessária a implementação e fiscalização efetiva das leis trabalhistas, o acesso a informações sobre direitos e recursos disponíveis, a promoção da integração e da inclusão social dos trabalhadores migrantes, além do combate à discriminação e exploração.

É crucial a colaboração entre governos, organizações internacionais, sindicatos e a sociedade civil para melhorar as condições de trabalho desses migrantes e garantir que seus direitos sejam protegidos de forma adequada. Com relação às políticas e legislações de imigração dos países de destino, estas desempenham um papel fundamental na determinação das condições em que os trabalhadores migrantes podem entrar, permanecer e trabalhar nesses países. Essas políticas variam amplamente de país para país e podem ter um impacto significativo na vida e nos direitos dos trabalhadores migrantes.

Muitos países exigem que os trabalhadores migrantes obtenham um visto de trabalho antes de entrarem no país. Os vistos de trabalho podem ser temporários ou permanentes, dependendo do tipo de emprego e da duração do contrato. A obtenção de um visto de trabalho geralmente envolve requisitos específicos, como comprovação de qualificações, oferta de emprego de um empregador local e atendimento a critérios de salário mínimo, e muitas vezes o processo de obtenção de visto é burocrático e caro, dificultando o acesso de trabalhadores migrantes a certos mercados de trabalho.

Por outro lado, alguns países têm políticas que permitem que trabalhadores migrantes sem status legal possam regularizar sua situação e obter permissão para trabalhar formalmente. Essas políticas podem variar quanto aos critérios de elegibilidade e aos procedimentos de regularização. É importante destacar que, muitas vezes, a falta de uma regulamentação adequada pode acabar levando à exploração e vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes em situação irregular.

Muitos países adotam programas para atrair trabalhadores temporários para preencher lacunas de mão de obra em setores específicos, como agricultura, construção e turismo. Programas que podem ter regras e limitações específicas, incluindo prazos de contratação, restrições de mobilidade e exigência de retornar ao país de origem após o término do contrato.

O ponto negativo desse tipo de contrato, é que, em alguns casos, os trabalhadores migrantes que participam desse tipo de programa, podem ser mais vulneráveis à exploração, pois podem depender fortemente de seus empregadores para manter o status legal e, portanto, podem ser menos propensos a denunciar abusos. Em geral, é essencial que as políticas e legislações de imigração sejam justas, transparentes e sensíveis às necessidades dos trabalhadores migrantes. Isso inclui o estabelecimento de processos de visto de trabalho simplificados e acessíveis, a proteção dos direitos trabalhistas e a implementação de medidas para evitar a exploração e a discriminação.

Além disso, as políticas de imigração devem considerar a importância da integração social e econômica dos trabalhadores migrantes em suas comunidades de destino, reconhecendo as contribuições positivas que eles trazem para a sociedade. Outrossim, as questões de saúde e bem-estar dos trabalhadores migrantes são aspectos importantes a serem considerados na discussão sobre migração. Os trabalhadores migrantes frequentemente enfrentam desafios específicos relacionados ao acesso a serviços de saúde, segurança no trabalho e impactos psicossociais do deslocamento.

Esse grupo frequentemente são empregados em setores que podem ser mais perigosos ou expostos a riscos à saúde e segurança, como agricultura, construção e trabalho manual. A falta de treinamento adequado, medidas de proteção e regulamentações trabalhistas podem aumentar os riscos de acidentes e doenças ocupacionais. Somado a essa preocupação, muitos trabalhadores migrantes têm dificuldade em acessar serviços de saúde adequados em seus países de destino, sendo uma das principais causas a barreira linguística e a falta de familiaridade com o sistema de saúde local.

Além disso, trabalhadores migrantes em situação irregular ou temporária podem temer buscar atendimento médico devido a preocupações com sua situação legal. Para superar essas barreiras, é essencial que o governo garanta que os trabalhadores migrantes tenham acesso igualitário a serviços de saúde, independentemente de seu *status* legal ou de sua ocupação. Assim como estabeleça regulamentações de segurança no trabalho e fiscalização adequada para proteger os trabalhadores migrantes de riscos ocupacionais. Além de criar canais seguros para denúncias de abusos e exploração garantindo que esses trabalhadores possam

reportar violações de seus direitos sem medo de represálias. Proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores migrantes é essencial para promover uma migração segura e digna.

As organizações internacionais que representam e defendem os direitos dos trabalhadores migrantes desempenham um papel crucial na proteção e promoção dos direitos humanos e trabalhistas desses indivíduos em todo mundo. Seu trabalho é essencial para garantir que os trabalhadores migrantes sejam tratados com dignidade e justiça, tenham acesso a seus direitos básicos e estejam protegidos contra a exploração e o abuso. Tais organizações desempenham o importante papel de pressionar por mudanças políticas e legislativas que garantam melhores condições de trabalho e proteção. Também se envolvem em campanhas de sensibilização para conscientizar a sociedade sobre as questões enfrentadas pelos trabalhadores migrantes e combater estereótipos e preconceitos.

Essas organizações monitoram as condições de trabalho dos migrantes e denunciam casos de exploração, abuso e violação dos direitos humanos e trabalhistas. Isso coopera para trazer à tona as injustiças e a buscar responsabilização por práticas ilegais. Como também oferecem assistência direta aos indivíduos, fornecendo informações sobre seus direitos, ajudando na regularização de documentos e fornecendo apoio em questões jurídicas e de saúde. Esse suporte é fundamental para garantir que os trabalhadores migrantes possam acessar os recursos e serviços disponíveis.

Essas organizações são muito atuantes e já garantiram algumas conquistas a esses trabalhadores. Devido à advocacia que as integram, alguns países têm implementado políticas e legislações mais inclusivas que oferecem maior proteção aos trabalhadores migrantes. Isso inclui regulamentações mais rigorosas para garantir salários justos, condições de trabalho seguras e direitos laborais. Apesar dos desafios, as organizações e movimentos de defesa dos trabalhadores migrantes continuam desempenhando um papel vital na busca por melhores condições de trabalho e proteção aos trabalhadores migrantes. Seu trabalho é essencial para garantir que os direitos desses trabalhadores sejam respeitados e que a migração seja uma experiência mais justa e segura para todos os envolvidos.

3 OS DIREITOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES NO CONTEXTO TRANSNACIONAL E O *DUMPING* SOCIAL ENQUANTO PRÁTICA TRANSGRESSORA DE DIREITOS

Ultrapassada a exposição acerca de como a globalização, juntamente com a transnacionalidade foram fortes influência e consequência lógica da situação atual pela qual alguns trabalhadores migrantes vivenciam, se faz mister evidenciar os direitos atinentes ao trabalhador migrante no plano internacional. Inicialmente será estudado esse trabalhador, dado a sua circunstância especial, abordando o direito de migrar e alguns dos instrumentos essenciais no que diz respeito aos Direitos Humanos e ao Direito Internacional.

Será abordado o papel da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como órgão principal na tentativa de padronização de normas trabalhistas no cenário internacional. Também serão expostas as convenções e recomendações internacionais atinentes ao trabalhador migrante e seus principais objetivos. Ao final serão tecidas considerações temáticas sobre o *dumping* social enquanto prática violadora dos direitos dos trabalhadores, dos instrumentos internacionais de proteção aos trabalhadores migrantes e da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é documento fundamental que estabelece os princípios básicos dos direitos humanos que devem ser protegidos e respeitados em todo o mundo. O reconhecimento do direito de migrar não se encontra explicitamente mencionado na DUDH. No entanto, esse importante instrumento assecuratório aborda questões relacionadas à liberdade de movimento e busca assegurar a dignidade e os direitos de todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade ou status migratório.

Os artigos 13, 14 e 15 da DUDH trazem garantias a respeito da locomoção dos povos, como o direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado; o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar; o direito de procurar e de gozar asilo em outros países; bem como o direito a uma nacionalidade. Os referidos artigos não tratam expressamente do direito de migrar, ou seja, o direito de se estabelecer permanentemente em outro país, mas abordam questões sobre mobilidade.

Tais dispositivos podem ser utilizados de forma análoga, fazendo-se uso da interpretação extensiva para abarcar as demais situações, tendo em vista que é um documento de caráter garantista que visa à declaração e proteção de direitos, sem cunho restritivo. Já questões envolvendo os direitos dos migrantes, sobretudo aquele em situação irregular, têm sido temas discutidos em níveis nacionais e internacionais, não podendo restar sem amparo.

Enquanto a DUDH não contém uma disposição explícita sobre o “direito de migrar”, ainda assim é considerada um importante instrumento garantista em termos mundiais, pois contém princípios relacionados à mobilidade e à busca de asilo que vem sendo utilizados como base para discussões na proteção dos direitos dos migrantes. Assim como o DUDH, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos inclui várias disposições que estão relacionadas aos direitos das pessoas em contextos migratórios ou de refúgio.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é um tratado internacional adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, entrou em vigor em 1976, faz parte do conjunto de instrumentos conhecidos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. É um dos principais documentos que estabelecem padrões universais de direitos.

O art. 12 do pacto trata do direito à liberdade de movimento e reconhece o direito de todas as pessoas se deslocarem livremente no interior de um país. Embora seja limitado por questões de segurança nacional, ordem pública, saúde pública e outros motivos, implica que as pessoas que se deslocam internamente dentro de um país devem ter seus direitos respeitados. O art. 9º se refere à proteção contra detenção arbitrária e estabelece que ninguém poderá ser detido arbitrariamente. O art. 7º do pacto prevê a proteção contra tortura e tratamento cruel, desumano e degradante, independentemente do status migratório da pessoa.

O art. 26 do pacto trata da igualdade perante a lei, assegurando que todas as pessoas têm direito à igual proteção perante a lei, sem discriminação, inclui proteção contra discriminação com base no status de migrante. O art. 23 do citado pacto trata sobre a proteção da família, reconhecendo a sua família e protegendo o direito de formar e manter uma família, o que também é relevante para migrantes que podem estar buscando reunificação familiar.

Tal qual a DUDH, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece princípios e direitos fundamentais, sendo uma norma geral que têm implicações significativas para as pessoas em situações migratórias. Migração é um tema complexo que envolve várias dimensões legais, sociais e econômicas. O tratamento dos migrantes varia de acordo com as leis e políticas de cada país. Esses documentos internacionais têm status de orientação, estabelecem princípios que devem ser seguidos por todos Estados membros que o ratificarem.

Outro importante instrumento que versa sobre o direito do trabalhador migrante é a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias. Tal convenção é um importante marco no reconhecimento dos direitos dos trabalhadores migrantes e suas famílias, visando garantir que eles sejam tratados com dignidade e justiça, independentemente de sua condição migratória.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias é um tratado adotado pelas Nações Unidas em 1990 com o objetivo de proteger os direitos humanos e trabalhistas dos migrantes. Elaborada para abordar as preocupações específicas enfrentadas por essa população vulnerável, muitas vezes em situações precárias, vítimas de discriminação e exploração. Reconhece a contribuição significativa dos trabalhadores migrantes para o desenvolvimento econômico tanto em seus países de origem quanto nos países de destino. Reafirma o princípio de que todos os cidadãos, independentemente de sua condição migratória, possuem direitos humanos fundamentais que devem ser protegidos e respeitados.

Um dos principais aspectos abordados pela convenção em relação aos direitos dos trabalhadores migrantes é a igualdade de tratamento, pilar essencial ao combate à discriminação, tendo em vista que, assim como abordado em outros instrumentos internacionais, os trabalhadores migrantes devem receber tratamento igualitário em relação aos trabalhadores nacionais em várias áreas, como condições de trabalho, salário, segurança social, acesso a serviços de saúde e educação, além de outros direitos fundamentais.

A convenção proíbe a exploração, o abuso e o tratamento degradante dos trabalhadores migrantes. Os Estados signatários são obrigados a adotar medidas para prevenir o tráfico humano e o trabalho forçado, além de garantir que os trabalhadores

migrantes não sejam submetidos a práticas degradantes. A liberdade de associação também é reconhecida pela convenção aos trabalhadores migrantes, assegurando a livre associação a sindicatos e organizações de trabalhadores, a fim de defenderem seus interesses e direitos.

Como seu próprio título indica, a convenção estende suas proteções aos membros da família dos trabalhadores migrantes, reconhecendo que as decisões de migrar frequentemente têm um impacto sobre toda a família. Isso inclui a garantia de que os membros da família também tenham acesso a serviços essenciais, independentemente de sua situação migratória. Nem todos os Estados-membros da ONU ratificaram ou aderiram a esta convenção.

Pela convenção os trabalhadores têm o direito de buscar recursos legais e judiciais quando seus direitos são violados. A convenção estabelece procedimentos para que possam apresentar queixas e receber assistência adequada. Trabalhadores migrantes têm o direito de transferir seus salários e economias para seus países de origem sem restrições injustificadas.

A convenção é um instrumento legal internacional que requer ratificação por parte dos Estados para entrar em vigor em cada país. Nem todos os países são signatários dessa convenção e, mesmo nos países em que foi ratificada, a implementação efetiva dos seus princípios pode variar. Os direitos dos trabalhadores migrantes são conferidos pela ordem jurídica internacional, mas há que se registrar que também é oriundo de normas internas, o direito doméstico. É necessário que os Estados ratifiquem as normas internacionais, para que sejam utilizadas em sua jurisdição, a fim de que cumpram e possam ser cobrados sobre as obrigações contidas no instrumento. A proteção concedida em favor dos indivíduos não se limita às fronteiras territoriais, já que os direitos humanos têm um alcance universal.

A criação de convenções e a sua observância é fator primordial que contribui para a existência de um arcabouço jurídico abrangente que ultrapassa os poderes jurisdicionais estatais, uma vez que estabelecem direitos fundamentais inerentes e inalienáveis a todos cidadãos, independentemente de qualquer condição, mesmo que esta condição seja o seu status de migrante. O grande problema o qual se enfrenta está relacionado ao direito de ir vir e permanecer em determinado país ou território. Tendo em vista que tal direito é determinado pela lei de cada Estado, que impõe requisitos ao ingresso ou permanência em seus territórios.

Segundo Torres-Marenco (2011), tal concepção promove a discriminação dos trabalhadores migrantes, muitas vezes vistos como movimentos criminosos que não são bem-vindos aos países de destino, incutindo na cabeça dos nacionais, que os migrantes só estão para levar desordem ao seu país ou roubar seus empregos. Esse contexto conduz a uma revitimização na condição do migrante, tendo em vista que eles já saem do seu país de origem, pois as condições de sobrevivência não são fáceis, buscando no país de destino constituir uma vida digna, mas se deparam com discriminação e aporofobia.

Aporofobia significa o desprezo pelos pobres, à rejeição para aqueles que não podem devolver nada em troca ou pelo menos parecem incapazes de fazê-lo (Cortina, 2017). O direito de ir vir e permanecer em um determinado território não pode ser decisão de um Estado, mas decisão da pessoa, pautado na autonomia e na dignidade da pessoa humana, reconhecido como Direito Humano Universal em uma sociedade multicultural. É essencial que os Estados adequem as suas legislações internas às Convenções e Tratados internacionais que os vinculam, com o escopo de estabelecer políticas migratórias que respeitem e reconheçam o direito de migrar como um Direito Humano Universal.

A internacionalização do direito do trabalho é um processo que envolve a busca por padrões e normas comuns que regulem as relações laborais em escala global. Esse processo teve sua origem no final do século XIX e ganhou impulso ao longo do século XX, influenciado por fatores como a expansão do comércio internacional, a preocupação com os direitos humanos e a crescente mobilidade dos trabalhadores em um mundo globalizado.

A Primeira Internacional, promovida por Karl Marx e Friedrich Engels, em 28 de setembro de 1864, em Londres na Inglaterra, foi um marco importante na origem da internacionalização do direito do trabalho, visto que ter sido uma organização que visava unir os trabalhadores em todo o mundo para promover seus interesses. Embora não tenha tido sucesso em estabelecer padrões legais internacionais, contribuiu para o debate sobre as condições de trabalho e a proteção dos trabalhadores.

A conferência de Berlim de 1889 marcou a origem da internacionalização do direito do trabalho, abordou questões de previdência social e acidentes de trabalho. Foi organizada por Otto Von Bismarck e, apesar de não ter resultado em tratados

vinculativos, foi um passo significativo em direção à discussão internacional sobre direitos trabalhistas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, grande instrumento assecuratório do direito em todo o mundo, participou da internacionalização do direito do trabalho, embora não seja focada no direito do trabalho, reconheceu o direito ao trabalho e a remuneração justa como parte dos direitos humanos fundamentais. Teve importante papel para a conscientização sobre a importância dos direitos trabalhistas no contexto dos direitos humanos.

A integração econômica e a crescente globalização da economia, a partir do final do século XX, trouxe a necessidade de harmonização de normas trabalhistas, pois empresas multinacionais operavam em diferentes jurisdições. Aumentou a demanda por padrões globais para evitar a concorrência baseada na exploração dos trabalhadores, exigindo-se a criação de normas internacionais trabalhistas. A internacionalização do direito do trabalho continua evoluindo à medida que os desafios laborais se transformam em um mundo cada vez mais interconectado. A busca por padrões justos e consistentes que garantam os direitos dos trabalhadores em diferentes países é um esforço contínuo, promovido por organizações internacionais, governos, sindicatos e grupos de defesa dos direitos humanos.

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi um marco importante na história dos direitos dos trabalhadores e nas relações internacionais. Fundada em 1919 em um momento crítico da história mundial, como parte do Tratado de Versalhes, após a Primeira Guerra Mundial. Tornou-se a primeira agência especializada das Nações Unidas, tendo como missão promover condições de trabalho justas e decentes em todo o mundo, desenvolvendo e supervisionando normas internacionais de trabalho. Surgiu como uma resposta às preocupações crescentes com as condições de trabalho precárias, a exploração laboral e a necessidade de promover padrões decentes de trabalho em nível global. Emitiu convenções e recomendações sobre uma variedade de questões trabalhistas, incluindo trabalho infantil, liberdade sindical, igualdade de remuneração e segurança no trabalho.

A OIT foi criada após a Primeira Guerra Mundial, contexto sob o qual o mundo estava lidando com devastação, deslocamentos em massa e questões sociais e econômicas complexas. Em consequência houve uma crescente conscientização sobre as condições de trabalho precárias e a exploração dos trabalhadores, bem

como a necessidade de abordar essas questões de maneira global. Em 1919, durante a Conferência de Paz de Paris, representantes de diversos países discutiram a criação de uma organização internacional que se concentraria em questões trabalhistas. Essas discussões levaram à inclusão da Parte XIII no Tratado de Versalhes, que tratava das “cláusulas relativas ao trabalho”. Estabeleceu as bases para a criação da OIT e reconheceu a importância de normas internacionais para melhorar as condições de trabalho e de vida.

Foi estabelecido como parte do Tratado de Versalhes de 1919, que também criou a Liga das Nações e reorganizou o mapa geopolítico do mundo após a guerra. Introduziu a ideia da criação de uma organização que abordasse questões trabalhistas, determinando o alicerce para a criação da OIT. A primeira sessão da Conferência Internacional do Trabalho, que mais tarde se tornaria a OIT, reuniu representantes de 42 países e resultou na adoção do Tratado de Versalhes e na criação da OIT como uma agência autônoma.

Em 1919 foi adotada a Constituição da OIT que estabeleceu os princípios e objetivos da organização. Afirmava o compromisso de promover padrões de trabalho decentes, melhorar as condições de vida, garantir a justiça social e promover o diálogo entre governos, empregadores e trabalhadores. Entrou em vigor no mesmo ano, após a ratificação do Tratado de Versalhes e tem desempenhado papel fundamental na promoção de direitos trabalhistas e na criação de convenções e recomendações que abrangem diversas áreas do trabalho.

A criação da OIT representou esforço pioneiro na promoção de padrões de trabalho justo e condições de vida digna para os trabalhadores em todo o mundo. Voz influente na defesa dos direitos dos trabalhadores e na melhoria das condições de trabalho, promovendo o diálogo social e a cooperação internacional entre governos, empregadores e trabalhadores. Desenvolve normas laborais internacionais e promove condições de trabalho decentes para todos, incluindo os trabalhadores migrantes. A ONU possui agências específicas que se concentram em questões trabalhistas e migratórias, como a OIT e a Organização Internacional para as Migrações (OIM), que lida diretamente com questões de migração de trabalho, mobilidade e proteção dos direitos dos migrantes.

A OIM foi criada em 1951 e dedica-se a questões relacionadas à migração e mobilidade humana em nível global. Sua missão é promover uma gestão ordenada e

humana da migração, bem como ajudar a entender as necessidades operacionais dos migrantes e das comunidades afetadas. Seus principais objetivos incluem facilitar a cooperação entre Estados-membros na gestão da migração, fornecer serviços e apoio aos migrantes em necessidade, promover o desenvolvimento social e econômico por meio da migração e fortalecer a compreensão sobre a migração em nível global.

A OIM realiza uma ampla gama de atividades, incluindo a assistência aos migrantes em situações de crise, o fornecimento de apoio a migrantes vulneráveis, o desenvolvimento de políticas e programas relacionados à migração, a promoção da conscientização sobre os benefícios e desafios da migração e a coleta e disseminação de dados sobre tendências migratórias. Empenha-se em proteger os direitos dos migrantes e combater a exploração e o tráfico humano. Trabalha para garantir que os migrantes sejam tratados com dignidade e respeito, independentemente de seu status legal.

A referida agência reconhece a relação entre migração e desenvolvimento. Maximiza os benefícios da migração para os países de origem, trânsito e destino, buscando formas de promover a contribuição positiva dos migrantes para o desenvolvimento social e econômico. Colaborando com uma variedade de parceiros, incluindo governos, organizações não governamentais, outras agências da ONU, instituições acadêmicas e setor privado. Essas parcerias são fundamentais para abordar os complexos desafios da migração. Desempenha papel fundamental na promoção da cooperação internacional e na busca por abordagens humanas e eficazes para lidar com as questões migratórias. Sua atuação abrange situações de crise, deslocamentos forçados e promove desenvolvimento sustentável por meio da migração.

A ONU desempenha um papel significativo na promoção e proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes no contexto transnacional. Trabalhadores migrantes enfrentam desafios devido à sua mobilidade internacional, que muitas vezes os colocam em situações vulneráveis de exploração e violação de direitos. A ONU desenvolve abordagens para lidar com essas questões, oferece diretrizes, monitoramento, advocacia e coordenação internacional para melhorar a proteção desses trabalhadores e garantir reconhecimento e valorização.

A ONU utiliza convenções, isto é, tratados internacionais que servem como base para a elaboração das leis para aqueles estados-membros ratificarem. Dentre

as convenções da ONU está a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das Suas Famílias. A ONU adotou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, parte da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, cujo seu Objetivo 8 é o “Trabalho Decente e Crescimento Econômico”, que visa promover condições de trabalho justas e inclusivas para todos, incluindo os trabalhadores migrantes.

A ONU e suas agências frequentemente lançam campanhas de sensibilização para destacar os desafios enfrentados pelos trabalhadores migrantes, promover a igualdade de direitos e combater a discriminação. Campanhas que visam conscientizar e mobilizar a ação global para proteger os direitos desses trabalhadores. A ONU produz relatórios regulares sobre a situação dos direitos dos trabalhadores migrantes em diferentes regiões do mundo e ajudam a identificar lacunas na proteção e implementação de direitos, fornecem recomendações aos Estados-membros para melhorar suas políticas e práticas.

A ONU também facilita o diálogo entre os Estados-membros, organizações da sociedade civil e outras partes interessadas para promover a cooperação internacional na proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes. Isso inclui a troca de melhores práticas, políticas e experiências para enfrentar os desafios migratórios de maneira mais eficaz. A legislação brasileira relacionada aos trabalhadores migrantes busca garantir direitos básicos, proteção e igualdade de tratamento para aqueles que se encontram em território brasileiro.

Princípio muito presente em todas as legislações mundiais é o princípio da igualdade de tratamento, presente na Constituição Federal do Brasil ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Para que tal princípio seja obedecido, os trabalhadores migrantes precisam receber o mesmo tratamento em termos de remuneração, condições de trabalho e direitos trabalhistas. A legislação brasileira proíbe a discriminação por motivo de origem nacional ou étnica. Os trabalhadores migrantes têm o direito de buscar proteção contra a exploração e o abuso por parte dos empregadores.

A Lei de Migração, Lei nº 13.445/2017, substituiu o antigo Estatuto do Estrangeiro, objetiva regular a entrada, permanência e saída de estrangeiros no território brasileiro, bem como estabelecer direitos e deveres dos migrantes. Enfatiza a proteção dos direitos humanos dos migrantes, incluindo o direito ao trabalho digno,

igualdade de tratamento e acesso aos serviços públicos. Prevê diferentes modalidades de autorização de residência para estrangeiros que desejam trabalhar no Brasil, como a autorização de residência temporária e a autorização de residência por prazo indeterminado. Essas autorizações são concedidas com base em critérios específicos, como oferta de emprego, investimento, pesquisa acadêmica, entre outros.

Com relação aos Direitos Trabalhistas, os trabalhadores migrantes têm direito aos mesmos benefícios trabalhistas que os brasileiros assegurados pela CLT, como jornada de trabalho limitada, pagamento de salário mínimo, férias, 13º salário e contribuição à previdência social. Eles também têm direito a condições de trabalho seguras e saudáveis. O trabalho infantil e o trabalho escravo também são proibidos, pela legislação brasileira aos trabalhadores migrantes, aplicando penalidades rigorosas para quem comete essas violações.

A aplicação das leis e a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes podem variar dependendo de vários fatores, incluindo o status legal dos migrantes, a fiscalização por parte das autoridades competentes e a conscientização sobre os direitos trabalhistas. O Brasil é signatário de várias convenções internacionais relacionadas aos direitos dos trabalhadores migrantes, o que influencia a legislação e as políticas nacionais nessa área.

Em 1948, após o término da Segunda Guerra Mundial, criou-se o *General Agreement on tariffs and Trade* (GATT) para diminuir os efeitos decorrentes dos conflitos internacionais oriundos da guerra, que afetaram principalmente o setor comercial. É um documento complementar a Carta de Havana, responsável pelo compromisso que os países membros assumiram acerca do comércio externo, estabelecendo o conceito da prática de *Dumping* e o desenvolvimento do Código *Antidumping*. O art. 2º do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 estabeleceu a prática do *dumping* quando a oferta de um produto no comércio de outro país está com um preço inferior ao seu valor normal. *Dumping* está presente nos casos em que o preço de exportação de um produto é inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto, quando destinado ao consumo no país exportador.

Para Fernandez (2014) *dumping* social representa uma atuação econômica na qual empresas ou países buscam ganhos competitivos ao reduzir os custos

trabalhistas e sociais de maneira não ética ou injusta. Isso geralmente ocorre em um contexto de comércio internacional e tem implicações significativas para a concorrência justa, os direitos dos trabalhadores e o equilíbrio econômico global.

Empresas envolvidas em *dumping* social buscam reduzir suas despesas de produção à custa dos trabalhadores. Isso pode incluir o pagamento de salários baixos, a falta de regulamentação de segurança no trabalho, a ausência de benefícios sociais, jornadas de trabalho extenuantes e condições precárias para exercício regular do ofício. O *dumping* social leva a exploração dos trabalhadores, prejudicando seus direitos e condições de trabalho e isso inclui a falta de segurança no emprego, a ausência de benefícios como assistência médica e a negação de sindicatos ou negociações coletivas.

Quando empresas de um país adotam essas práticas para reduzir seus custos de produção, podem vender produtos a preços artificialmente baixos no mercado internacional. Isso cria uma concorrência desleal para empresas de outros países que operam de maneira ética e têm custos trabalhistas e sociais mais altos. Pode levar ao declínio das indústrias locais, já que os produtos importados a preços mais baixos prejudicam a produção local, resultando em perda de empregos e desequilíbrios econômicos em nível regional. A prática do *dumping* social cria uma pressão descendente sobre os padrões globais de trabalho, à medida que as empresas competem para reduzir seus gastos a qualquer custo. Pode minar os esforços para melhorar as condições de trabalho e elevar os padrões de vida em todo o mundo.

Para combater o *dumping* social muitos governos e organizações internacionais adotaram normas trabalhistas internacionais, bem como a aplicação rigorosa de regulamentações comerciais e tarifas antidumping. As empresas e os consumidores podem desempenhar um papel importante ao fazer escolhas éticas de compra, apoiando produtos e empresas que respeitam os direitos dos trabalhadores e os padrões sociais adequados.

Tratando dos trabalhadores migrantes, a prática do *dumping* social por empresas é especialmente prejudicial e atentatória contra a dignidade e aos direitos dos trabalhadores migrantes e representa uma séria ameaça à sua dignidade e bem-estar. Isso ocorre devido a inerente característica do migrante em, muitas vezes, ser mais vulnerável e suscetível à exploração devido à sua situação legal, cultural e

econômica, condição que os tornam facilmente manipuláveis, se apresentando como potenciais vítimas dessa prática.

Cresce o número de trabalhadores migrantes com seus direitos humanos violados, submetidos a maus-tratos e exploração, além de carência de proteção social. Não obstante as inúmeras, declarações, convenções e estruturas destinadas à proteção desses trabalhadores promovidas pela ONU, passaram-se quase oito décadas e a classe ainda continua marginalizada. Empresas que praticam o *dumping* social frequentemente recrutam trabalhadores migrantes a salários extremamente mais baixos que os padrões locais e oferecem condições de trabalho precárias. A maioria desses trabalhadores aceita essas condições pela falta de opções e o medo de perder seus empregos ou status legal. Esses salários injustos não apenas prejudicam a qualidade de vida dos trabalhadores, mas também violam o direito básico a uma remuneração justa e digna, conforme estabelecido em convenções internacionais de direitos humanos e trabalho.

As condições de trabalho inseguras e insalubres além de colocarem em risco a saúde e segurança desses trabalhadores, também viola seu direito a condições de trabalho decente, estipulado em convenções da OIT. Conseqüentemente, utiliza-se mão de obra migrante no cenário comercial de modo desenfreado e precário, levando a um esgotamento dos direitos sociais do trabalhador em prol do notório favorecimento do empregador. Esses trabalhadores enfrentam muitos desafios ao tentar reivindicar seus direitos e buscar proteção legal contra a exploração. Isso pode ser devido a barreiras linguísticas, falta de conhecimento ou não estar familiarizados com as leis e direitos locais, por temer represálias, como a deportação, caso denunciem as más práticas de seus empregadores ou políticas migratórias restritivas.

Esses trabalhadores vivenciam o isolamento social e cultural nos novos países, são mais suscetíveis à exploração, devido à ausência da rede de apoio. Isso cria dependência de seus empregadores para alojamentos, transporte e até mesmo alimentação, cria uma relação de poder desigual, onde os empregadores podem exercer controle sobre os trabalhadores e explorá-los impunemente, ameaçando sua dignidade e autonomia.

O *dumping* social pode criar tensões sociais e culturais nas comunidades locais, à medida que os trabalhadores migrantes são percebidos como uma ameaça aos empregos e aos padrões salariais locais. A hostilidade em relação aos migrantes

e a segregação no local de trabalho prejudicam ainda mais a integração e a dignidade desses trabalhadores. Quando um trabalhador local se revolta contra a concorrência da mão de obra estrangeira, o foco deveria ser questionar a exploração que esses trabalhadores são submetidos. Entretanto, se tem medo do próximo roubar seu emprego, ao aceitar situação precária que o trabalhador local não aceitaria, mas a realidade a qual se depara é apenas outro trabalhador tentando ter vida digna.

A prática do *dumping* social pode levar a formas de violência como assédio sexual, trabalho forçado e tráfico humano, representando grave violação aos direitos humanos e a dignidade. A ausência de regulamentação da política interna e a falta de medidas transnacionais para migrantes demonstram um cenário inseguro envolvendo os direitos sociais migratórios e reflete a ilegitimidade para reivindicar junto às autoridades públicas.

Há sérias violações ao direito da personalidade desse grupo, direitos fundamentais garantidos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, como direito à vida, liberdade, igualdade e segurança, bem como os arts. 11 e 12 do Código Civil de 2002 que tratam dos direitos da personalidade como intransmissíveis e irrenunciáveis. Trabalho decente promove diálogo social, proteção social e cria empregos. Trabalho não é mercadoria, não pode ser negociado pelo maior lucro ou menor preço. “Deve haver política de resultados nos países, com distribuição de renda, fiscalização trabalhista, permitindo que as pessoas possam trabalhar com dignidade” (Martins, 2014, p. 86).

O local de trabalho inadequado apresenta sérios riscos aos direitos da personalidade, inatos e inerentes à pessoa humana de forma perpétua. É essencial proteger a saúde do trabalhador para evitar danos à sociedade. A efetividade aos direitos da personalidade do trabalhador deve ser prioridade nas políticas protecionistas, pois viola não a vítima e a sociedade que sofre os reflexos de constantes violações a direitos tão imprescindíveis.

4 A INSERÇÃO DO TRABALHADOR MIGRANTE EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA COMO FENÔMENO PROPULSOR DO DUMPING SOCIAL

A análise do plano internacional atual, envolto no conceito de transnacionalidade em âmbito global, bem como o aprofundamento sobre os direitos

e garantias atinentes aos trabalhadores migrantes neste contexto, é imprescindível para a compreensão da situação em que esses trabalhadores estão inseridos. Faz-se necessário debruçar-se acerca do indivíduo migrante como ser humano, como trabalhador e a sua inserção compulsória no cenário de vulnerabilidade socioeconômica.

Em meio à circunstância de necessidade vivenciada por esses grupos e a ausência de oportunidades em postos de trabalho condizentes com sua qualificação, a maioria dessas pessoas se veem sem opções e tendo que aceitar empregos que estão aquém da sua especialização e ausentes de segurança jurídica, como também são violadores da sua dignidade, sendo suscetíveis aos efeitos drásticos de uma pandemia. Paralelamente, as empresas se aproveitam dessa situação, descumprindo direitos trabalhistas e impulsionando seus lucros, fenômeno este denominado de *dumping* social. A presente seção se encerra trazendo alguns casos notórios de violação desses direitos.

O termo vulnerabilidade evoluiu ao longo do tempo, ultrapassando o aspecto biológico e comportamental do indivíduo, a percepção da situação de vulnerabilidade social pelo trabalhador migrante é um tema complexo e multifacetado, que envolve diversos aspectos econômicos, sociais e culturais. Ser vulnerável significa que o sujeito ou um grupo social está exposto a danos físicos ou morais devido à condição a qual se encontra. Tais aspectos identificam o risco de contágio, o surgimento de doenças e o grau de suscetibilidade dos trabalhadores migrantes. Os trabalhadores migrantes são pessoas que deixam seus locais de origem em busca de oportunidades de emprego e melhores condições de vida em outro lugar.

A busca por uma vida melhor, muitas vezes, os coloca em situações de vulnerabilidade social. Vulnerabilidade é diferente de pobreza, o indivíduo vulnerável não está carente ou necessitado, mas se encontra inseguro, indefeso e exposto a inúmeros riscos, stress e choques. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) classifica os imigrantes no rol de pessoas vulneráveis quando comparados com os nacionais ou residentes de um Estado, tendo em vista as condições de desvantagem inerentes e legalmente estabelecidas e estruturadas.

O Relatório do Desenvolvimento Humano de 2014 classifica como vulnerável a pessoa que está desamparada, sem moradia, impossibilitada de frequentar uma escola ou hospital, entre outros requisitos, considera grupos vulneráveis: os pobres,

os trabalhadores informais e os socialmente excluídos, como as mulheres, a pessoa com deficiência, migrantes, minorias, crianças, idosos e jovens, mas não somente. O acesso dos imigrantes aos recursos e benefícios disponibilizados pelo Estado é distinto, agravando os preconceitos culturais que aprofundam a situação de vulnerabilidade enfrentada por essas pessoas.

O Relatório Anual de 2022 do Observatório das Migrações Internacionais o perfil da maioria dos imigrantes que chegam ao Brasil é proveniente da própria América do Sul, como venezuelanos, bolivianos e paraguaios e aumentou com haitianos nos últimos anos, além de africanos, chineses e coreanos com menos expressividade. O Brasil produz muitos emigrantes em busca de melhores condições de salários, procuram países como os Estados Unidos e os da Europa. Segundo o referido relatório, entre 2011 e 2021, o número de trabalhadores imigrantes foi ampliado em mais de três vezes. O Brasil é um país relativamente fácil de entrar e conseguir emprego comparado aos Estados Unidos, por exemplo.

Para intensificar o nível de vulnerabilidade desses trabalhadores, no ano de 2020 a pandemia da Covid-19 acarretou a elevação dos níveis de pobreza e desigualdade de renda, que afetaram não só os imigrantes, como também as famílias nacionais, mas por possuir a inerente condição de vulnerabilidade, aqueles sentiram ainda mais os impactos. O número de trabalhadores migrantes contaminados representava um terço do total de população que foi diagnosticada com Covid-19. Por exemplo, os frigoríficos localizados no sul do Brasil possuem força de trabalho predominantemente composta por imigrantes, conforme dados da Relação Anual de Informações Sociais de 2018.

O Brasil possui um elevado índice de desigualdade social e com o advento da pandemia da Covid-19. Essa característica se aprofundou em virtude de uma gestão que estava voltada para proporcionar a propagação do vírus e conseqüentemente as mortes por ela decorrentes (Asano *et al*, 2021). Os trabalhadores imigrantes estavam no epicentro dessa tragédia e foram os mais afetados por um governo que negava a ciência, prescrevia medicamentos sem efeitos cientificamente comprovados e desrespeitava regras internacionais.

Após 2010 a imigração de haitiano para o Brasil se intensificou, em virtude do terremoto que assolou o país e intensificou a crise política e econômica, muitos haitianos enxergaram no Brasil uma oportunidade melhor de vida, realizando a

migração laboral, como os venezuelanos que nos últimos anos migraram para o país. Esses trabalhadores conseguiram empregos, em sua maioria, nos frigoríficos existentes no sul do país. Os abatedouros industriais, principalmente de porcos e aves, foram os principais focos da Covid-19, pelo ambiente frio e úmido, que favorecia a contaminação (Les abattoirs, 2020).

Os fatores socioeconômicos desempenharam importante papel no contágio da Covid-19. A variedade de nacionalidade, de línguas e culturas dificultou a aplicação das medidas de biossegurança aos migrantes, somado ao modo precário de vida, em alojamentos coletivos, insalubridade, famílias numerosas e o deslocamento ao trabalho em transportes coletivos aumentou o contágio.

As condições de trabalho dos imigrantes no Brasil são precárias. Os trabalhadores imigrantes se encontram nos locais de abate, corte e desossa. Não por escolha própria, mas para a sua sobrevivência, mesmo levando a risco de vida próprio e de seus familiares. O que se fazia necessária era uma política governamental de fiscalização, regulação e sanção nesses postos de trabalho. Para Antunes (2020), a pandemia do coronavírus foi consequência de uma simbiose entre uma crise estrutural do capital, crises sociais e políticas profundas.

É evidente a interrelação entre mobilidade humana, pandemia e capitalismo, desembocando em um quadro mais amplo de políticas que determinam quais classes de pessoas devem ficar protegidas e quais devem ser expostas à riscos de contaminação para servir aquelas. É um setor em que a produção é essencial, mas as pessoas são descartáveis.

Trata-se de um cenário de necropolítica, que para Mbembe (2016) é um conjunto de regras e suas aplicações embutidas em um governo que pela gestão de crise decide quem pode viver e os que são deixados morrer. Empresários e o governo enxergaram os trabalhadores, sobretudo os imigrantes mais vulneráveis, como um corpo que não pode parar de produzir, e se acaso ficarem doentes e se tornarem impossibilitados de produzir, serão substituídos, forçando-os a permanecerem nesses ambientes insalubres.

O mercado imobiliário prejudica os imigrantes, fazendo-os se deslocar para longe do centro e de áreas nobres, longe do trabalho e de boas condições de vida, como acesso a boas escolas, hospitais e lazer. Devido ao valor elevado dos imóveis nessas áreas, algumas corretoras não aceitam o Registro Nacional de Estrangeiros

e exigirem um fiador. Como alguns imigrantes são acusados de crimes, o que justifica a negativa da locação. Os imigrantes sofrem discriminações por seus hábitos alimentares, pela composição familiar ao receberem negativa de locar imóvel por famílias que possuam crianças.

O resultado é a péssima qualidade e o acesso à moradia por essa população, evidenciando a fragilidade social dos imigrantes. Muitos imigrantes recorrem à informalidade e a uberização do trabalho pela dificuldade de encontrarem emprego. Na informalidade ou no trabalho autônomo os imigrantes recorrem a vendas, como a venda de alimentos, roupas, tecido, eletrônicos, devido à uberização do trabalho, atuam também como entregadores ou motoristas de aplicativos. As mulheres costumam fazer faxinas em residências, atuar como babás ou em salões de beleza como cabeleireiras e manicures.

O aprisionamento desses imigrantes é outra ocorrência resultado da vulnerabilidade socioeconômica na qual são inseridos. A baixa escolaridade e o trabalho informal são dois fatores que influenciam a inserção no tráfico internacional. O principal motivo é a desigualdade socioeconômica vivenciada em seus países de origem, as quais se tornam suscetíveis em serem recrutados pelo tráfico, para servirem de mulas, promovendo o tráfico internacional entre os países e facilitando a entrada de drogas no Brasil.

Tais indivíduos aceitam a função de mula pensando em ser algo temporário, apenas para passar por alguma situação difícil ou para complementar a renda, outras são submetidas a essa função contra a sua vontade, sendo mais uma vítima desse sistema de tráfico. O resultado é o grande número de encarceramento de imigrantes por tráfico de drogas no país. Variados são os desafios enfrentados pelos imigrantes e refugiados que adentram outro país em busca de melhor qualidade de vida, seu cotidiano é inundado de violações.

Pessoas que são maltratadas apenas pelo nome que possui ou por suas características físicas, quando buscam auxílio em postos de saúde ou algum outro serviço público, os quais deveriam receber amparo, são destratados ao perceberem o sotaque. A mídia digital que deveria ser útil no combate a essas violações, acaba por fomentar e agravar a violência.

Ambiente de trabalho é o espaço no qual o trabalhador está desempenhando suas atividades. Não importa se é em um escritório ou dentro de um quarto, será

considerado ambiente de trabalho o lugar no qual desempenha as atividades laborais. Para compor o ambiente de trabalho é necessário caracterizar o meio, a técnica e a pessoa. Sendo o meio as condições de trabalho, abrangendo os arranjos físicos, estruturais e biológicos. A técnica se caracteriza pela organização do trabalho, o arranjo técnico-organizacional, normas de produção, modo de produção, tempo, ritmo, conteúdo de tarefas, jornada e remuneração.

Ao discorrer sobre a vulnerabilidade social vivenciada pelo trabalhador migrante, foi mencionada uma situação trabalhista a qual evidenciou ainda mais o quesito vulnerabilidade social no âmbito laboral, tendo em vista o elevado índice de contágio pela COVID-19 em trabalhadores de frigoríficos. Agora este estudo será aprofundado, trazendo mais algumas situações às quais os trabalhadores migrantes teus seus direitos trabalhistas violados.

O art. 6º da Convenção nº 190 da OIT impõe que os Estados-Membros adotem leis, regulamentos e políticas que garantam o direito à igualdade e a não discriminação no emprego e na profissão. Migrantes são grupos vulneráveis, sendo necessário aplicar essa disposição, sobretudo no que diz respeito ao assédio moral, haja vista que não é tão debatido como as outras violências, como a violação de direitos. Para a OMS, trabalhadores migrantes, especialmente aqueles que situação irregular, ou seja, sem portar os documentos necessários para permanecer no país, são os mais vulneráveis à violência e o assédio na relação de trabalho durante todas as etapas do processo migratório.

Para o Comitê das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes a estadia irregular do trabalhador migrante ilegal não deve ser considerada infração penal e os migrantes irregulares não são e nem devem ser tratados como criminosos. A sociedade entende equivocadamente como uma concorrência desleal para benefícios sociais e empregos, insuflando ainda mais a xenofobia e outros tipos de discriminação. A OIT aplica medidas para combater preconceitos e estereótipos enfrentados pelos trabalhadores migrantes e familiares, protegendo-os da vulnerabilidade social e dessas dificuldades em conseguir emprego acabam sendo mais suscetíveis ao envolvimento de crime ou violências.

A presente seção irá discorrer sobre os trabalhos em canaviais que sujeitam os migrantes em mais uma situação de penosidade, insalubridade e periculosidade. O fato dos migrantes serem admitidos para esses postos de trabalho já é resultado do

processo de vulnerabilidade o qual estão inseridos, os quais se deslocam para o nordeste e lá passam a morar em pequenos municípios, onde se deparam com a dificuldade de trabalho, de acesso a terra, irregularidade das chuvas e ausência de políticas públicas. A exploração nos canaviais brasileiros é amplamente discutida, exaustivas jornadas de trabalho, desrespeito aos descansos intrajornadas, inalação de fumaças oriundas das queimas da cana-de-açúcar, nenhuma estrutura de proteção aos trabalhadores e o enorme índice de produtividade para atingir.

A Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador classificou os riscos que estão expostos os trabalhadores no desempenho de suas funções: 1) Riscos situacionais: ergonômicos e psicossociais; 2) Riscos ambientais: físicos, químicos e biológicos; e 3) Riscos Humanos ou comportamental: mecânicos e de acidentes. Sobre os riscos ambientes, a Norma Regulamentadora nº 9 (NR-9), do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) dispõe que: “consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador” (Brasil, 1994).

Classifica agentes físicos como “as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como: ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes etc”. Os agentes químicos são “as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória, na forma de poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores, ou que possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão”. Por último, os agentes biológicos são “as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros” (Brasil, 1994).

Riscos situacionais retratam a postura irregular dos trabalhadores, caracterizando um risco ergonômico, fadiga e a tensão ocasionadas pelo ritmo de trabalho intenso (Chiodi; Marziale, 2006). Riscos humanos ou comportamentais se relacionam a estrutura do ambiente de trabalho, como por exemplo, a iluminação inadequada.

Os trabalhadores migrantes no desempenho da função de cortador de cana-de-açúcar estão suscetíveis a: 1) riscos físicos (exposição ao sol, raios ultravioletas, fuligem da cana, altas temperaturas sem proteção adequada); 2) picadas de animais que caracterizam risco biológico; 3) riscos comportamentais (esforços repetitivos que

podem comprometer a estrutura corporal, podendo evoluir para doenças musculares e/ou articulares); 4) Riscos de acidentes durante o percurso (terrenos irregulares e o plantio da cana é distante da moradia).

Para amenizar ou erradicar esses riscos, a segurança do trabalho identifica elementos e determina condutas que visem identificar e prevenir as situações que podem ocasionar riscos a esses trabalhadores. O desenvolvimento de EPI's é exemplo disso, muitos são os disponíveis no mercado cuja função é prevenir ou amenizar acidentes, porém ainda há muita repulsa pelos trabalhadores para adotar o seu uso, devido às dificuldades de adaptações do equipamento ao corpo, isto porque, muitos EPI's são custosos, ineficientes e muitos desconfortáveis em determinadas situações ou prejudicam a produtividade exigida pelos patrões.

As empresas promovem palestras educativas sobre a importância do uso dos EPI's e colocam o trabalhador como o principal responsável por esse cuidado. Tal contexto transfere a responsabilidade ao trabalhador, são também responsáveis pelos acidentes, incapacitações ou até mesma a própria morte. Há riscos que esses trabalhadores são inseridos que sequer são mencionadas pela segurança do trabalho para que haja algum mecanismo de prevenção, como é o caso da inalação da fuligem da cana, os agrotóxicos usados no plantio e a exposição a alterações climáticas. Enfermidades e acidentes retratam o cotidiano desses trabalhadores que exercem a função de cortadores de cana.

Essa função acaba adoecendo seus trabalhadores implica consequências sociais. Para Nardi (1998) o acidente de trabalho ou a doença que deixa o homem impossibilitado e o retira do ambiente público, o realocando ao ambiente privado (lugar este específico da mulher, segundo imaginários sociais), além de deixar sofrimento físico, também causaria um sofrimento psíquico ao se sentir envergonhado e culpado por não mais poder cumprir o seu papel de homem da família que é trabalhar e dar sustento a sua família. A majorante é estarem longe de casa, e ao não ter condições físicas ou econômicas de retornarem a sua família, acabam vivendo a mercê da caridade e apoio dos companheiros de trabalho.

Na indústria têxtil também é comum o *dumping* social à custa dos trabalhadores migrantes. Grandes marcas e grifes famosas utilizam trabalho análogo a escravidão, barateando seus custos através do não pagamento de salários ou não recolhendo dos devidos encargos sociais oriundos da prestação de serviços.

Tal prática ainda pode ocorrer de duas formas: o baixo custo de produção ocasiona uma concorrência desleal em relação a outras empresas do ramo, que por motivos éticos não utilizam do mesmo procedimento e, por consequência, não conseguem atribuir a mercadoria o mesmo preço competitivo; ou, as grandes marcas que vendem artigos de luxo, com o custo de produção muito baixo devido à utilização de mão de obra análoga a escravidão e por possuir um renome diante a indústria, consegue colocar suas peças a preços altíssimos e ainda assim, ter consumidores, gerando um lucro ainda maior.

A Zara e a M. Officer são marcas que foram recentemente denunciadas por realizar tais condutas. Marcas como a Collins, Marisa, Pernambucanas e a C&A estão em processo de investigação. Tais condutas infringem o artigo 1º, III e IV da Constituição da República e diversas leis que tratam da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. O art. 5º, X e art. 6º da Constituição asseguram o direito à saúde, ao trabalho e à honra. Tais proteções também são abordadas pelo Código Civil em seu art. 186, ao preceituar que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Apesar do princípio da livre iniciativa como instrumento basilar da ordem econômica, presente no art. 1º, IV e art. 170, *caput* ambos da CRFB/1988, tal princípio não pode sobrepujar os direitos trabalhistas, principalmente porque são protegidos por princípios fundamentais.

Os princípios da proteção ao trabalho e do *in dubio pro operário* estão se tornando cada vez mais utópicos diante da realidade social e da exploração do mercado de trabalho. Os recentes acordos bilaterais de trabalho estão aderindo disposições sobre as quais afirmam que os trabalhadores migrantes devem obedecer e serem tratados de acordo com a lei do país de destino o que expressem seus direitos humanos como trabalhadores migrantes.

O novo acordo realizado entre os EUA, México e Canadá que sucedeu o Acordo de Livre Comércio da América do Norte, nos artigos 23.3 e 23.9 incluiu uma específica referência sobre a necessidade de se garantir todos os direitos do trabalho da legislação aos trabalhadores migrantes, inclusive todos os princípios e direitos fundamentais no trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa muito se assemelha com o ato de migrar. Inicia-se com o conhecimento no estado em que o encontramos, mas que, movido por determinada razão, ocorre o encaminhamento para o processo instigador de descoberta para uma nova realidade, a qual somente será vista e compreendida com a chegada em seu destino final. Assim se fez no desenvolvimento do presente trabalho, possibilitando a percepção da condição de vulnerabilidade socioeconômica suportada pelo trabalhador migrante e sua involuntária suscetibilidade à sujeição do exercício do labor em condições degradantes como fórmula de grandes empresas que galgam o lucro máximo.

A interligação deste evento com a discussão sobre a transnacionalidade, tratada no capítulo inicial deste estudo foi salutar para a demonstração de uma nova conjuntura das relações resultantes da globalização, e que esta não consegue mais comportar de maneira satisfatória as interfaces multifatoriais intrínsecas às necessidades do tempo contemporâneo e, conseqüentemente, refletem nas migrações ao redor do planeta, motivadas por diversas circunstâncias, sendo objeto de análise àquela baseada na melhoria de condições de vida através do trabalho no país de destino.

O estabelecimento de direitos atinentes a estes trabalhadores no plano internacional perfaz como instrumentos pertinentes que visam à proteção da dignidade inerente à pessoa humana dentro e fora das relações de trabalho, tendo como instituição de maior relevância a Organização Internacional do Trabalho (OIT), não olvidando a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU) para a consecução desse propósito.

Em contrapartida, restou manifesto a ocorrência de práticas de empregadores, em especial, grandes empresas, que usurpam e realizam a subversão dos direitos consagrados, para que assim, tenham vantagens perante a concorrência, dando-se a nomenclatura de *dumping* social. O fenômeno encontra o cenário ideal para execução com a situação de vulnerabilidade de cunho social e econômico do trabalhador migrante, conforme visto com a análise de casos concretos expostos no último capítulo dessa pesquisa.

Desta forma, atesta-se o alcance do objetivo proposto, na medida em que se demonstrou as lacunas e a avidez pela conquista de capitais dentro um sistema acarreta em ciclos perenes de fragilidades de todas as ordens, tornando a sua ruptura como medida premente para o assentamento de estruturas humanitárias, comerciais e trabalhistas mais justas.

A pesquisa em testilha não tem o condão de esgotar o tema abordado, dada a importância que traz consigo, além de outras facetas relacionadas e que não foram mencionadas. Assim, o debate deve ser realizado com a profundidade que o assunto exige, utilizando abordagens multidisciplinares que envolvem as ciências sociais, jurídicas, econômicas e demais áreas correlatas, tendo em vista as especificidades de um grupo social dotado de particularidades inserido à margem dos estudos científicos e de políticas públicas que promovam a sua proteção, a fim de que nacionais e migrantes possam usufruir a existência de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

1. ANTUNES, R. **Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado**. São Paulo: Boitempo, 2020.
2. ASANO, C. L. et al. (ed.). **Direitos na pandemia: monitoramento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil**. São Paulo: Conectas Direitos Humanos: Centro de Pesquisas e Estudos sobre Direito Sanitário, n. 10, 20 jan. 2021.
3. AVILÉS, Antonio Ojeda. **Direito transnacional do trabalho e constituição global**. 18 mai. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/17807/10929>. Acesso em: 4 dez. 2023.
4. BRASIL. Ministério do Trabalho. **Norma regulamentadora 9: riscos ambientais: Programa de Prevenção de Riscos Ambientais**. Brasília, DF, 1994.
5. CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; SILVA, B. G. **Relatório Anual OBMigra 2022**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022.
6. CHIODI, M. B.; MARZIALE, M. H. P. **Riscos ocupacionais para trabalhadores de Unidades Básicas de Saúde: revisão bibliográfica**. Acta Paulista de Enfermagem, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 212-217, 2006.
7. CORTINA, Adela. **Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia**. Buenos Aires: Paidós, 2017.
8. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 1, p. 159-176, jan./jun. 2010.
9. CRUZ, Paulo Marcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**. 30 dez. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11371>. Acesso em: 5 dez. 2023.
10. FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social**. São Paulo: Saraiva, 2014.
11. LES ABATTOIRS. **Une cible majeure pour la prévention de la COVID-19**. Bulletin de l'Académie Nationale de Médecine, Issy-les-Moulineaux, v. 204, n. 8, p. 788-789, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.banm.2020.07.027>. Acesso em: 2 dez. 2023.
12. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

13. NARDI, H. C. **O ethos masculino e o adoecimento relacionado ao trabalho.** In: DUARTE, L. F. D.; LEAL, O. F. (Org.). Doença, sofrimento, perturbação: perspectivas etnográficas. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998. p. 95-104.
14. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Conheça a OIT.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang-pt/index.htm>. Brasília. Acesso em: 22 nov. 2023.
15. STELZER, Joana. **União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
16. TARROW, Sidney. **O poder em movimento: movimentos sociais e confronto político.** Tradução Ana Maria Sallum. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
17. TORRES-MARENCO, Verónica. **La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Colômbia: Universitas. n. 122, p. 41-76, 2011.

O FEMINICÍDIO QUE NÃO MATA O CORPO: Uma análise acerca dos direitos às vítimas de abusos em seus primeiros estágios

Luciana de Oliveira Rodrigues¹
Marcel Silva Luz²

RESUMO

Discorre sobre o assunto defesa da mulher vítima de violência sob um olhar complacente e crítico bem como a legitimidade das políticas públicas em seu entorno. Considera-se o avanço que os movimentos feministas influíram no cenário brasileiro para a conquista de inúmeros direitos doravante negligenciados por um sistema patriarcal e machista. Alude-se que não obstante a tantos mecanismos de defesa e prevenção ainda não corroborem de maneira significativa para a diminuição de sobreviventes marcadas por todos os abusos que não feriram seus corpos de maneira mortal, porém imprimiu em seu psicológico e emoções o mais duro sofrimento, tão dolorido como se fosse mesmo a morte. Motivo pelo qual se justifica a escolha do tema, pela necessidade de maiores discussões a respeito do assunto. Para isso, o estudo possui por objetivo geral analisar os mecanismos de defesa oferecidos à essas vítimas para que possam ser resguardadas do feminicídio, tendo como objetivos específicos discorrer sobre o avanço das leis, criação de projetos federais que abrangem cada capital, e por fim propor soluções aos problemas detectados.

Palavras-chave: Mecanismos de Proteção, Abusos, Feminicídio, Mulher, Direitos, implicações, libertação, feminismo, LMP – Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

Discourse about the Woman Defense Violence Victim under the a complacent and critic perspective, considering the functionality of the legal mechanisms accessible on the legal system and the legitimacy of the public policies that are involved. It's considered an advance that the feminist movement have influenced the Brazilian scenery to the conquering of so many rights henceforth neglected by a patriarchal and sexist system. it's mentioned that despite so many mechanisms of defense and prevention still don't corroborate in a significant way to decrease the survivors marked by all the abuse that didn't only hurt their body in a mortal way, but hurt their psychological and emotional state the most severe suffering, so painful as if it were death itself. The reason that justify the choice of this theme, was the need of more discussion about this subject. For this, this study has as general goal analyse the defense mechanisms offered to the victims so they can be protected from femicide, and as specific goals discourse about the advance of the laws, the creation of federal projects that cover each capital, and finally propose solutions to the detected problems.

Keywords: Protection Mechanisms, Abuse, Femicide, Woman, Rights, implications, freedom, feminism, Maria da Penha Law.

¹ Orientando

² Professor orientador.

1. INTRODUÇÃO

A Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) reconheceu formalmente a violência contra as mulheres como uma das formas de violação dos direitos humanos e, no Brasil, os atos de violência contra a mulher vêm sendo estudado há pouquíssimas décadas.

O contexto de violência vem dos idos do colonialismo, época patriarcal, onde o temido homem e senhor, proprietário de terras, chefiava uma família estendida, composta desde parentes consanguíneos até apadrinhados, e cada clã funcionava de forma autossuficiente e independente dos outros. Nesse contexto, as mulheres eram privadas do acesso à educação e à cidadania política. Além disso, eram extremamente reprimidas em sua sexualidade, consideradas irracionais e incapazes, controladas em tudo.

O quadro se agrava diante desse histórico de colonização onde o desenvolvimento econômico era estruturalmente baseado em relações racializadas – o Brasil está há 136 anos fora do regime escravista, contra cerca 350 anos sob a escravidão legal. Passou, ainda, por duas Ditaduras somente no período republicano, em que a violência, inclusive contra as mulheres, foi institucionalizada.

A violência contra as mulheres nem sempre foi compreendida como violência, ou seja, como um fenômeno social grave e complexo que atinge meninas e mulheres em todo o mundo, de diferentes culturas, idade, classe social, raça e etnia e que gera efeitos negativos não só para elas, mas para a sociedade como um todo. A legislação portuguesa trazida para o Brasil era constituída pelas Ordenações Filipinas, composta por leis compiladas em Livros por ordem de D. Felipe I, e vigorou no país até a publicação do antigo Código Civil, de 1916. A legislação do Brasil Colônia dava aos maridos o direito de assassinar as mulheres que fossem pegas em adultério sendo desnecessária prova austera e ainda instituía que as mulheres não possuíam capacidade civil devido a *sua fraqueza de entendimento*, porém, se fosse casada a incapacidade era suprida pelo marido. O que na atualidade é reconhecidamente absurdo, já foi legal.

Após mais de 300 anos de vigência das Ordenações Filipinas no Brasil, o Código Criminal de 1830 afasta parte dessas normas, entre as quais, aquelas que autorizam os castigos e a morte de mulheres, por adultério, seguindo tendência de substituição da vingança privada pela mediação do Estado (CORREIA, 1981).

Contudo, o Código Criminal de 1830, refletindo os costumes da sociedade patriarcal brasileira dessa época, tratou desigualmente homens e mulheres quando tipificou o adultério.

Ainda na contramão do avanço dos direitos das mulheres, o Código Civil, de 1916, garantiu a continuidade da hierarquização na família, instituindo o pátrio poder e a incapacidade da mulher casada, enquanto subsistisse o casamento. O marido era o chefe da sociedade conjugal e a ele eram conferidos os poderes para a representação legal dos membros da família - inclusive da esposa, a administração dos bens, fixação de domicílio, autorização para o trabalho da mulher, entre outros.

O fato é que as sociedades machistas, como a brasileira favorecem as agressões violentas a mulheres até os dias de hoje e além disso, fatores como a classe social, a etnia da vítima, a violência no entorno e outros contextos sociais contribuem para a situação de risco e vulnerabilidade social da mulher.

Esse tipo de despotismo social baseado em gênero se revela possuidor de um forte teor repressivo e leva em consideração construções sócio-históricas e as diferenças de atributos físicos para estabelecer os parâmetros comportamentais de cada sexo na sociedade e nos relacionamentos. Dessa maneira, as violências baseadas em gênero se estabelecem a partir de um desenho do que é cabido para cada sexo dentro das relações afetivas e sociais, ficando para a figura masculina a soberania e para a feminina a subordinação onde, por serem permeados por símbolos subjetivos, pela agressividade e opressão, é desvelada a construção de uma hierarquia social e de relacionamentos afetivos abusivos que se apoia na chancela dos costumes sociais (BLAY, 2003; FONSECA; RIBEIRO; LEAL, 2012; MONTEIRO; SOUZA, 2007; SILVA, 2018).

Lentamente, ano após ano, através da resistência de poucas e corajosas mulheres que, levantando a bandeira da libertação feminina do comum patriarcado, algumas leis começaram a ser desenvolvidas para dar educação básica e em seguida a superior, bem como direito ao voto e ser votada, oportunidade da inserção da mulher no mercado de trabalho, dentre outros avanços, até que um dos principais marcos dessa luta das mulheres foi a implementação da Lei nº 11.340 chamada Lei Maria da Penha, a qual será muito utilizada nesse estudo. Sancionada pelo governo federal no ano de 2006. Essa política pública visa combater a violência doméstica contra a mulher, e sobretudo, oferecer uma rede de atendimento direcionado ao acolhimento de mulheres vítimas dessa triste realidade. Maria da Penha Maia Fernandes é o nome por trás da lei. A cearense nascida em 1945, ficou conhecida por

seu ativismo na luta contra a violência doméstica, pois viveu agressões do seu ex-marido que em um dos episódios, foi vítima de uma dupla tentativa de feminicídio, onde o agressor atirou em suas costas enquanto dormia, e como consequência, ficou paraplégica.

Outro nome de grande influência é o da educadora, intelectual e ativista Nísia Floresta Brasileira Augusta (1810-1885), nascida no Rio Grande do Norte, foi pioneira na defesa do acesso de mulheres brasileiras à educação formal, na defesa dos direitos e na luta pela emancipação das mulheres, ela também defendia a abolição da escravidão e a liberdade religiosa em uma época em que somente homens brancos e de elite tinham direitos fundamentais, como à educação e ao voto, garantidos. No Brasil imperial do século XIX, Nísia Floresta foi a primeira educadora a defender o direito à educação científica para as meninas.

Hoje, depois de tantas décadas de lutas e com o avanço de políticas públicas que favorecem a proteção da mulher vítima de violência, além de estudos, pesquisas, debates e inclusive a criação de delegacias especializadas, do Ministério da Mulher os números demonstram que esse quadro não diminui. A cada ano a violência aumenta, e em 2022 o Brasil bateu recorde de feminicídio: 1,4 mil mortes motivada pelo gênero; com um saldo de uma mulher morta a cada seis horas, segundo o Portal G1.

Três a cada dez brasileiras já foram vítimas de violência doméstica, de acordo com a 10ª Pesquisa Nacional de Violência contra a Mulher, feita pelo Instituto DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência (OMV). Os dados foram divulgados pela Procuradoria da Mulher do Senado no dia 21 de novembro de 2023. Denominada anteriormente “Pesquisa violência doméstica e familiar contra a mulher”, a aferição é realizada a cada dois anos, com mulheres de todo o Brasil.

Ao se falar sobre violência contra a mulher, o quadro que se remonta no imaginário do ser humano é a violência física, e em consequência dela, o feminicídio. A violência mais atroz, que fere, sangra e tira a vida, passa por estágios anteriores, tão cruéis que ferem além do corpo, a alma, a dignidade e o psicológico, são elas: a Violência Moral, Psicológica, Patrimonial, Sexual.

Diante do exposto, existiria algum mecanismo eficaz, ferramenta na lei que atue de forma efetiva para que a vítima realmente possa ser defendida num primeiro

estágio de violência? Os direitos da mulher em estágio de violência são verdadeiramente priorizados? O modelo da soberania masculina inexistente no meio da sociedade brasileira? A aplicabilidade da lei tem reduzido o número de mulheres vítimas de violência dentro dos lares? A não ser o feminicídio, a sociedade tem dado a devida importância aos outros tipos de violência contra a mulher?

Buscando responder a esses questionamentos, tem-se como objetivo principal analisar a possibilidade de descortinar ferramentas disponíveis pelo Estado através do Ordenamento Jurídico e de políticas públicas, para o desenvolvimento de projeto com objetivos específicos ao atendimento àquelas que tiveram seus direitos violados, o fomento à capacitação de pessoal e a modificação de padrões socioculturais. Através de levantamento histórico das legislações sobre o tema, pesquisa histórico-cultural dos avanços obtidos nas legislações ao longo da década, índices atualizados de casos de violência contra a mulher e bem como recentes atualizações na Lei e sua aplicabilidade.

Esse estudo tem caráter exploratório, bibliográfico e quantitativo. Sampieri, Collado e Lucio (2013), afirmam que os estudos exploratórios geralmente determinam tendências, identificam áreas, contextos e situações de estudo, clarificando conceitos e fornecendo subsídios para as etapas de investigação. A pesquisa bibliográfica é uma das mais comuns entre os estudantes, sendo obrigatória em todos os trabalhos científicos.

Com ela, é feita uma coleta de dados a partir de artigos, livros e revistas científicas para utilizar como citações. Para Lima e Mito (2007), “a pesquisa bibliográfica implica em um conjunto ordenado de procedimentos de busca por soluções, atento ao objeto de estudo, e que, por isso, não pode ser aleatório”. De acordo com Silveira e Gerhardt (2009), a pesquisa quantitativa é norteadada pelo positivismo, considerando que a realidade só pode ser compreendida por meio na análise de dados brutos. Assim, recorre à matemática para descrever algum fenômeno e analisar informações. Podemos afirmar, portanto, que ela traduz em números todas as informações coletadas, analisando-as estatisticamente.

Seguindo esta compreensão, é sob a perspectiva da análise dos aspectos de proteção social e jurídica que o presente estudo deve ser observado. Nesse contexto, se faz necessário uma melhor interpretação do caminho que a Violência Doméstica percorre socialmente até o feminicídio. Fazendo-se necessário a

discussão sobre o tema, com caráter colaborativo e analítico sob a perspectiva de Leis de proteção a mulher já existentes.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DAS LEIS EM DEFESA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Não há como retratar o cenário de avanço aos Direitos da mulher, sem que seja tecido um perfil histórico das conquistas que foram ascendidas até aqui.

Ainda que no início esse processo de libertação da mulher de seu senhor, através do sistema patriarcal tenha sido muito lento e amplamente resistido, historicamente há uma evolução gradual e notória nas leis que hoje as mulheres têm acesso. Embora tenha custado a vida, a saúde emocional e moral de muitas mulheres, e obviamente, através de suas más experiências e luta, tais avanços foram sendo conquistados. Mas antes de ser conquistada a Defesa contra a violência, outros direitos importantes foram abrindo o caminho para essa conquista, tais quais:

Em 1827, a partir da Lei Geral, promulgada em 15 de outubro por Dom Pedro I é que mulheres foram autorizadas a ingressar nos colégios como alunas. Estabeleceu, ainda, a exigência de concurso público para o magistério marcando, com isso a entrada da mulher no mercado de trabalho. Inclusive a lei estabelecia que o salário de homens e mulheres deveriam ser iguais, o que em legislação posterior abriu brechas para que na prática das ganhassem menos que os homens.

A autora Nísia Floresta, em 1832, com apenas 22 anos de idade, desafiou as tradições e costumes da sociedade ao publicar seu livro "*Direitos das Mulheres e Injustiças dos Homens*". Ela foi a primeira mulher brasileira a denunciar em uma publicação o mito da superioridade do homem e defender as mulheres como pessoas inteligentes e merecedoras de respeito igualitário. Moviada por estas ideias, ela abriu uma escola para meninas no ano de 1838, e no Brasil reinava D. Pedro II, época em que o ditado popular "o melhor livro é a almofada e o bastidor" estava em alta e representava a realidade imposta à muitas mulheres.

Se a possibilidade de ingressar em espaços de educação fundamental já foi tardio para as mulheres, o acesso às faculdades demorou ainda mais. Somente em 1879 é que as portas das universidades foram abertas à presença feminina. Mas isso não impediu que o machismo estrutural da sociedade ainda oprimisse as mulheres

que queriam estudar de realizarem seus objetivos, o preconceito ainda foi um mal muito presente na vida das jovens estudantes daquela época.

Quando falamos nas conquistas feministas, muito rapidamente pensamos nas leis de acesso que garantem às mulheres espaços de equidade social em relação aos homens. Muitas dessas determinações legais são fruto da presença e pressões que as mulheres dedicaram ao cenário político. Mas, mesmo que a Proclamação da República no Brasil tenha ocorrido em 1889, foi apenas 21 anos depois, em 1910, que nasceu o Partido Republicano Feminino, como ferramenta de defesa do direito ao voto e emancipação das mulheres na sociedade.

Em 1932, o sufrágio feminino foi garantido pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro; uma vitória da luta das mulheres que, desde a Constituinte de 1891, pleiteavam o direito ao voto. Essa conquista só foi possível após a organização de movimentos feministas no início do século XX, que atuaram intensa e exaustivamente no movimento sufragista, influenciados, sobretudo, pela luta das mulheres nos EUA e na Europa por seus direitos políticos.

Em 27 de agosto, a Lei nº 4.212/1962 permitiu que mulheres casadas não precisassem mais da autorização do marido para trabalhar. A partir de então, elas também passariam a ter direito à herança e a chance de pedir a guarda dos filhos em casos de separação. No mesmo ano, a pílula anticoncepcional chegou ao Brasil. Apesar de ser um método contraceptivo bastante polêmico, por influenciar a saúde hormonal, não dá para negar que o medicamento trouxe autonomia à mulher e iniciou uma discussão importantíssima sobre os direitos reprodutivos e a liberdade sexual feminina.

Até 1974, os bancos queriam ditar como as mulheres gastavam o próprio dinheiro. Mulheres solteiras ou divorciadas que solicitassem um cartão de crédito ou empréstimo eram obrigadas a levar um homem para assinar o contrato. A mulher não tinha liberdade de escolha e era vista como objeto que pertencia ao pai ou ao marido, sem voz ativa alguma. Somente em 1974 foi aprovada a “Lei de Igualdade de Oportunidade de Crédito”, para que clientes não fossem mais discriminados baseados no gênero ou estado civil.

Somente a partir da Lei nº 6.515/1977 é que o divórcio tornou-se uma opção legal no Brasil. Porém, é importante ressaltar que anos após a validação da lei, as mulheres divorciadas permaneciam vistas com maus olhos pela sociedade.

No Decreto da Era Vargas, estava claro: as mulheres não podiam praticar esportes incompatíveis com as “condições de sua natureza”. O argumento era de que a prática feria a chamada natureza feminina e com isso, de 1941 até 1979, foi eliminada qualquer chance de atletas mulheres praticarem esportes. Apesar da proibição, as mulheres nunca pararam de jogar futebol. Sempre desafiaram a essência feminina e ocupavam campos de várzea e locais em que o Estado não chegava. Após quatro décadas, a regulamentação do futebol feminino veio em 1983, mas devemos lembrar o quanto a proibição trouxe reflexos negativos no esporte até hoje, como o pouco incentivo ao futebol feminino e a falta de patrocinadores.

A Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher (DEAM) surge em São Paulo em 1985, e, logo depois, outras unidades começam a ser implantadas em outros estados. Essas delegacias especializadas da Polícia Civil realizam, essencialmente, ações de proteção e investigação dos crimes de violência doméstica e violência sexual contra as mulheres.

Na Constituição de 1988 as mulheres passaram a ser vistas pela legislação brasileira como iguais aos homens. Somente após as pressões da pauta feminista, aliada com outros movimentos populares que ganharam as avenidas na luta pela democracia, é que se conseguiu vencer uma realidade opressora e as mulheres foram incluídas legalmente como cidadãs com os mesmos direitos e deveres dos homens, pelo menos na Constituição.

Apenas no início do século XXI é que o Código Civil brasileiro extinguiu o artigo que permitia que um homem solicitasse a anulação do seu casamento caso descobrisse que a esposa não era virgem antes do matrimônio. Até 2002, a não virgindade feminina era julgada como uma justificativa aceitável para divórcios.

A Lei nº 10.778/2003 - estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

Maria da Penha, a farmacêutica que deu seu nome à lei, precisou ser vítima de duas tentativas de homicídio e lutar por quase 20 anos para que, finalmente, conseguisse colocar seu ex-marido criminoso atrás das grades. Definitivamente, essa é uma das conquistas do feminismo mais importantes para as mulheres brasileiras. A Lei nº 11.340/2006 foi sancionada para combater a violência contra a mulher.

O Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra a Mulher foi lançado em agosto de 2007 pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, como parte da Agenda Social do Governo Federal e consiste num acordo federativo entre o governo federal, os governos dos estados e dos municípios brasileiros para o planejamento de ações que visem à consolidação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres por meio da implementação de políticas públicas integradas em todo território nacional. O Pacto apresenta uma estratégia de gestão que orienta a execução de políticas de enfrentamento à Violência contra Mulheres, no sentido de garantir a prevenção e o combate à violência, a assistência e a garantia de direitos às mulheres.

Lei Carolina Dieckmann - Lei nº 12.737/2012. A lei define crimes cibernéticos no Brasil. Ela recebeu este nome, pois na época que o projeto tramitava a atriz teve o computador invadido e fotos pessoais divulgadas sem autorização por hackers. A legislação classifica como crime justamente casos como estes: invasão de computadores, *tablets*, smartphones, conectados ou não à internet, que resultem na obtenção, adulteração ou destruição dos dados e informações.

Lei Joana Maranhão - Lei nº 12.650/2012. Alterou os prazos quanto à prescrição contra abusos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, de forma que a prescrição só passou a valer após a vítima completar 18 anos e o prazo para denúncia aumentou para 20 anos. O nome é uma referência à nadadora brasileira que foi abusada sexualmente aos nove anos de idade, pelo seu treinador. A denúncia feita por ela resultou na lei que garante às vítimas mais tempo para denunciar e punir seus abusadores.

Lei do Minuto Seguinte - Lei nº 12.845/2013. Estabelece atendimento imediato pelo SUS, amparo médico, psicológico e social, exames preventivos e o fornecimento de informações sobre os direitos legais das vítimas. Garante atendimento emergencial, integral e gratuito às vítimas. Importante ressaltar que não há necessidade de apresentar boletim de ocorrência ou qualquer outro tipo de prova do abuso sofrido - a palavra da vítima basta para que o acolhimento seja feito pelo hospital.

Lei do Feminicídio - Lei nº 13.104/2015. Altera o Código Penal e estabelece o feminicídio como circunstância que qualifica o crime de homicídio, quando uma mulher é morta em decorrência de violência doméstica e familiar, menosprezo ou

discriminação à condição de mulher fica caracterizado o feminicídio, sendo considerado um crime hediondo em que a pena pode chegar a 30 anos de reclusão.

Lei nº 13.642/2018, atribui à Polícia Federal atribuição para investigação de crimes praticados na rede mundial de computadores, que difundam conteúdo misógino definidos como aqueles que propagam ódio ou aversão às mulheres.

Lei de Importunação Sexual - Lei nº 13.718/2018. Em situações de assédio e violência no dia a dia, no ônibus, em aplicativos de carros particulares ou numa simples ida ao supermercado. A ocorrência deste tipo de prática contra as mulheres é tanta que a pauta feminista precisou incluir em suas ações a defesa da lei que caracteriza o assédio como crime. A criação desse mecanismo legal é de suma importância no direito de ir e vir.

Lei Rose Leonel - Lei nº 13.772/2018. Altera a Lei Maria da Penha e o Código Penal para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

Lei nº 13.931/2019, dispõe sobre a notificação compulsória dos casos de indícios ou confirmação de violência contra a mulher, atendida em serviços de saúde públicos e privados, determinando a comunicação à autoridade policial, no prazo de 24h, para providências cabíveis e fins estatísticos.

Lei nº 13.882/2021, garante prioridade para as mulheres vítimas de violência doméstica matriculem seus filhos e demais dependentes em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou para transferi-los para instituições perto de sua casa. O juiz poderá determinar a matrícula independentemente da existência de vaga.

Lei Mariana Ferrer - Lei nº 14.245/2021. Altera o Código Penal, o Código de Processo Penal, e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo.

Lei do *Stalking* - Lei nº 14.132/2021, torna crime o ato de perseguição, com aumento de pena se for à mulher em condição de gênero.

Lei nº 14.149/2021, institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar com objetivo identificar os fatores que indicam o risco de a mulher vir a sofrer qualquer forma de violência no

âmbito das relações domésticas, para subsidiar a atuação dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos órgãos e das entidades da rede de proteção na gestão do risco identificado, devendo ser preservado, em qualquer hipótese, o sigilo das informações.

Lei nº 14.188/2021, define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, altera a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e cria o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

Lei nº 14.192/2021 - Lei da Violência política contra as mulheres. Estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra as mulheres durante as eleições e no exercício de direitos políticos e de funções públicas. A norma considera violência política contra as mulheres toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos delas. Também altera o Código Eleitoral para proibir a propaganda partidária que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia.

Foi instituído o Plano Nacional de Enfrentamento ao Femicídio, através do Dec. nº 10.906 de 20 de dezembro de 2021, no então Governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro, com o objetivo de enfrentar todas as formas de feminicídio por meio de ações governamentais integradas e intersetoriais. Com vistas a combater e prevenir as mortes violentas de mulheres por razões da condição do sexo feminino e garantir os direitos e a assistência às mulheres em situação de violência e aos seus familiares.

Lei nº 14.310 de 08 de março de 2022, altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para determinar o registro imediato, pela autoridade judicial, das medidas protetivas de urgência deferidas em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes.

Cumprido destacar que o Ministério das Mulheres vem empreendendo esforços para reconstruir, aprimorar e consolidar a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres e duas importantes estratégias de gestão da política foram instituídas este ano: retomada do Programa Mulher Viver sem violência (Dec. n. 11.431 de 11 de março de 2023). O programa integra e amplia os serviços públicos

oferecidos às mulheres que sofrem violência, proporcionando atendimentos especializados em áreas como saúde, segurança pública, justiça, assistência social e autonomia financeira.

Criação do Pacto Nacional de Prevenção aos Feminicídios (Dec. 11.640/2023). O Pacto Nacional de Prevenção aos Feminicídios, tem como objetivo prevenir todas as formas de discriminação, misoginia e violência de gênero contra as mulheres por meio da implementação de ações governamentais intersetoriais, da perspectiva de gênero e de suas interseccionalidades. Este Decreto revoga o Dec. nº Dec. nº 10.906/2021.

3. O CAMINHO DOS ABUSOS

Há um senso comum que a morte de uma mulher em uma relação abusiva é algo que acontece de repente. A verdade é que em sua maioria, a mulher tem um histórico de vítima de “variadas formas de violência” dentro de casa, é a chamada morte anunciada. Os abusadores iniciam um ciclo de violências que em geral começa pela violência verbal, seguida de violência moral, que vão avançando em vários outros tipos de violência que serão descritas a seguir. Vale ressaltar que os motivos são inúmeros, e todos eles resultam na dependência da mulher ao seu marido ou companheiro. Comumente a figura do homem possessivo, ciumento e dominador inicialmente começa proibindo a mulher de usar um determinado tipo de roupa, frequentar determinados lugares, as impede de trabalhar ou cursar uma graduação superior, até a afasta-la de seus amigos e familiares. É uma relação extremamente conturbada, onde o sentimento de posse sobre a mulher prevalece e o homem é detentor de todos os atributos dessa “propriedade”, sendo vista lamentavelmente como objeto da relação, a mulher deixa de ter *status* de ser humano, perdendo completamente a autonomia que tinha sobre seu corpo e suas liberdades individuais.

O jogo de poder masculino advém dessas crenças de o homem possuir certos direitos e privilégios a mais do que as mulheres. Os ciúmes podem estar relacionados à possessividade: muitos homens tratam as mulheres como objeto de sua propriedade, aponta Fonseca, Ribeiro e Leal (2012, p. 312).

A. TIPOS DE ABUSOS

De acordo com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006), em seu artigo 5º:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A lei supramencionada abarca a violência contra a mulher em seu aspecto do convívio pessoal, sendo dividida em três: violência doméstica, familiar e em qualquer relação íntima de afeto, classificando ainda as formas de violência como patrimonial, sexual, física, moral e psicológica.

A violência física é a mais conhecida, por fornecer sinais visíveis do dano, porém, a mulher vítima de agressões físicas está praticamente no penúltimo ciclo de violências, pois antes de sofrer tais danos, ela já foi vitimada psicologicamente, de tal forma, que enfraquecida nessa área, não consegue se livrar dos futuros abusos. Entende-se por violência física toda ação ou omissão que coloque em risco a integridade física da mulher.

A violência psicológica é compreendida como qualquer conduta que cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação da intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e a autodeterminação. Sendo uma violência invisível e de difícil identificação, inclusive pela própria vítima, é necessária muita atenção da vítima e de seus amigos e familiares. Além destas condutas, existe o que popularmente chamamos de *gaslighting*, termo em inglês que define um abuso sutil e manipulador, que, aos poucos, vai esvaindo a autoconfiança da vítima, fazendo-

a duvidar de sua memória e sanidade mental. É comum, sutil e a vítima de *gaslighting* apresentará dificuldade de perceber e até entender tal abuso, pois é muitas vezes mascarado de carinho em alguns momentos, fazendo com que haja confusão mental e dependência emocional por parte de vítima.

A violência sexual é entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada. Mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Infelizmente nem sempre as mulheres reconhecem como violência a relação sexual não desejada nas relações afetivas.

A sexualidade é para o homem a principal manifestação do poder masculino. A noção de que a mulher lhe pertence e deve servi-lo faz com que o estupro dentro do casamento ou da união estável seja considerado ato normal entre os parceiros. Nem mesmo a vítima, muitas vezes, tem a noção de que pode se recusar à prática sexual. (Fernandes, 2015).

A violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Por meio de conduta que ofenda a dignidade ou o decoro (injúria), consistente na imputação falsa de fato criminoso (calúnia) ou divulgação de fatos que ofendam a reputação (difamação). Muito usada para intimidar, ameaçar e denegrir, esse tipo de violência tem por objetivo controlar a vítima sob alegação de exposição mediante coação.

Já a violência patrimonial é aquela em que a conduta do ofensor configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

4. MECANISMOS DE DEFESA DISPONÍVEIS ATRAVÉS DE LEIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO.

Após a Lei Maria da Penha (Brasil, 2006), que imprimiu um novo paradigma de atenção às mulheres em situação de violência, criando procedimentos específicos

para a atuação dos diversos serviços de atendimento, a criação de novos mecanismos de proteção às mulheres, vítimas de violência foram criadas e aperfeiçoadas. Abaixo é possível conhece-las:

4.1 Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM): delegacias da mulher são unidades especializadas da Polícia Civil que realizam ações de prevenção, proteção e investigação dos crimes de violência doméstica e sexual contra mulheres. *Importante destacar que toda e qualquer delegacia está apta a receber as denúncias, mas nem todas as cidades brasileiras têm as especializadas.*

4.2 Casa da Mulher Brasileira: espaço com atendimento humanizado em que são oferecidos diferentes serviços especializados, como Acolhimento e Triagem; Apoio Psicossocial; Delegacia; Juizado Especializado em Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres; Ministério Público, Defensoria Pública; Serviço de Promoção de Autonomia Econômica; Espaço de cuidado das crianças – Brinquedoteca; Alojamento de Passagem e Central de Transporte. *Esta iniciativa do governo federal ainda não está disponível em todas as capitais.*

4.3 Centro de Referência às Mulheres Vítimas de Violência: Os centros de referência da mulher ou centro de atendimento da mulher oferecem acolhimento e acompanhamento interdisciplinar (social, psicológico, pedagógico e de orientação jurídica).

4.4 Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: órgãos da Justiça Ordinária, com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.5 Serviço de Atendimento às Mulheres Vítimas de Violência Sexual (SAMVVIS): oferece acolhimento integral às vítimas de estupro, completamente gratuito, pelo SUS. Entre os procedimentos estão a profilaxia de doenças sexualmente transmissíveis, realização de exame de corpo de delito no local e prevenção da gravidez indesejada

(até 72 horas depois), além da interrupção da gestação nos casos previstos em lei e do acompanhamento psicossocial continuado.

4.6 Núcleos de Atendimento às Mulheres Vítimas de Violência (Defensorias Públicas estaduais): oferecem orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos em todos os graus (judicial e extrajudicial), de forma integral e gratuita.

4.7 Núcleos de Atendimento às Mulheres Vítimas de Violência (Ministérios Públicos estaduais): responsáveis por mover ação penal pública, solicitar investigações à Polícia Civil e demandar ao judiciário medidas protetivas de urgência, além de fiscalizar estabelecimentos públicos e privados de atendimento às vítimas.

4.8 Ligue 180: é um serviço de utilidade pública essencial para o enfrentamento à violência contra a mulher. Além de receber denúncias de violações contra as mulheres, a central encaminha o conteúdo dos relatos aos órgãos competentes e monitora o andamento dos processos. O serviço também tem a atribuição de orientar mulheres em situação de violência, direcionando-as para os serviços especializados da rede de atendimento. No Ligue 180, ainda é possível se informar sobre os direitos da mulher, a legislação vigente sobre o tema e a rede de atendimento e acolhimento de mulheres em situação de vulnerabilidade.

Com o objetivo de fortalecer a rede de enfrentamento da violência contra a mulher, foi publicado, em 2016, o **Protocolo Regional** para a investigação com perspectiva de gênero dos crimes de violência contra as mulheres cometidos no âmbito intrafamiliar, adaptado à realidade brasileira, a partir de texto-base desenvolvido no âmbito dos países Ibero-americanos. Esse protocolo é direcionado aos agentes do sistema de justiça e de segurança pública, incluindo, portanto, as delegacias comuns, sempre que os fatos criminosos envolverem uma situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. As orientações destinam-se aos servidores e membro do Ministério Público e aos profissionais e instituições do sistema de segurança pública, compreendido aqui pela Polícia Civil, Polícia Militar e Científica. O Protocolo é minucioso nas orientações aos agentes que trabalham na persecução criminal dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em abril de 2023, foi decretada emenda que alterou o artigo 19 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). A emenda teve como propósito dar maior efetividade à aplicação das **Medidas Protetivas de Urgência** ao determinar que sejam implementadas independentemente de registro de boletim de ocorrência, de inquérito policial e do ajuizamento de qualquer ação. A iniciativa representa um importante avanço na garantia de direitos e proteção das mulheres em situação de violência. São medidas cautelares de caráter satisfativo, tendo por objetivo a proteção das mulheres em situação de violência, enquanto perdurar a situação de risco. Não se vinculam ao inquérito ou processo penal; elas podem ser requeridas, de imediato, visando a segurança da mulher em situação de violência, a de seus familiares e testemunhas ou a preservação de seus bens patrimoniais. O pedido das medidas protetivas pode ser feito pela própria mulher em situação de violência na delegacia quando registrar o Boletim de Ocorrência e, nesse caso, é a própria delegacia que encaminha o pedido para a decisão do juiz o pedido de medidas também pode ser feito por advogado (por opção da mulher), ministério público ou ser determinada pelo próprio juiz.

O sistema de proteção da Lei da Maria da Penha abrange diversas ações, entre as quais: (a) articulação operacional entre os diversos serviços de atendimento às mulheres no âmbito da justiça, da assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; (b) promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações; (c) elaboração de campanhas educativas de prevenção e de conscientização; (d) capacitação permanente dos profissionais que atuam nos órgãos de segurança pública (Polícias Civil e Militar, Guarda Municipal, Corpo de Bombeiros), bem como no sistema de justiça quanto às questões de gênero, raça e etnia; (d) inclusão da temática nas diretrizes curriculares nacionais, que devem abordar, de forma transversal e interdisciplinar, os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero, raça e etnia e à violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras.

É importante ressaltar, entretanto, que a existência dos diversos serviços de atendimento, mesmo sendo um passo importante, não é garantia de existência da rede, que pressupõe o atendimento qualificado de cada um dos serviços e a articulação e diálogo entre eles, com a finalidade de evitar a rota crítica das mulheres que buscam uma solução para a situação de violência vivenciada.

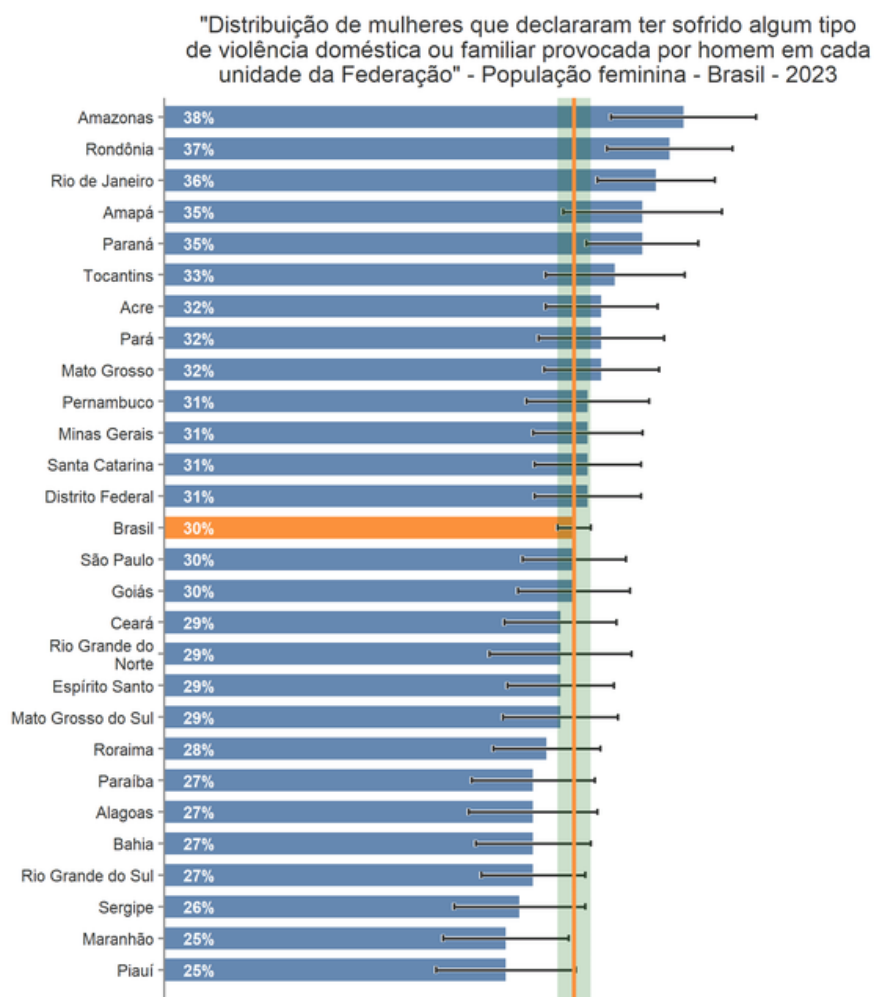
5. ÍNDICES ATUALIZADOS

Os índices mais atualizados no que tange a violência contra mulher está datada de 28 de fevereiro de 2024 no site oficial do Senado Federal com vistas à 10ª Pesquisa Nacional de Violência contra a Mulher que acontece de dois em dois anos. O tamanho da amostra foi ampliado, o que permitiu, pela primeira vez, a análise de dados por Estado e no Distrito Federal. Dos dias 21 de agosto a 25 de setembro de 2023, 21.808 brasileiras de 16 anos ou mais foram entrevistadas por telefone, em amostra representativa da opinião da população feminina brasileira.

Os desdobramentos da pesquisa são bastante extensos e densos, com índices analisados por etnia, escolaridade, faixa etária, entre outros. Porém, a prioridade nesse estudo é de um levantamento geral, onde os apontamentos dos índices englobam todas as vítimas a nível estadual e nacional. Ao comparar as estatísticas estaduais, a análise leva em consideração as margens de erro, calculadas com nível de confiança de 95%. Dessa forma, para afirmar que um estado tem um índice maior ou menor em relação ao restante do país, deve-se verificar se não há sobreposição de valores.

O levantamento “DataSenado” de 2023 mostra, portanto, que o percentual das brasileiras que já sofreram violência provocada por um homem é estatisticamente equivalente ao obtido em 2021, considerando as margens de erro (Tabela 1).

Tabela 1

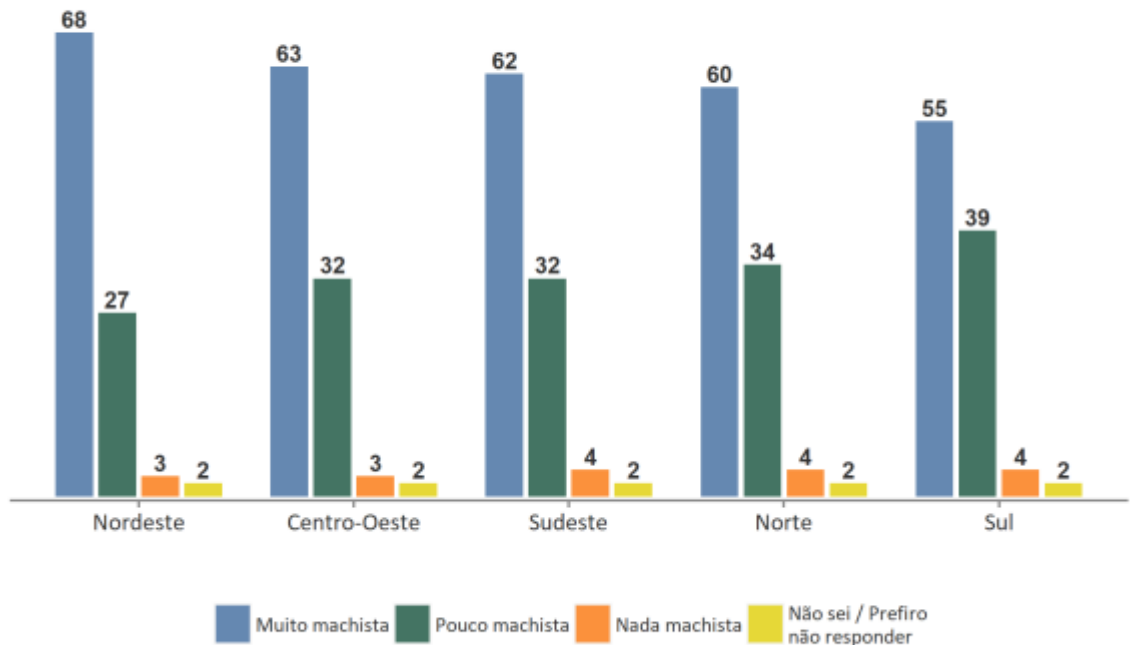


Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.
 Notas:
 (1) Os resultados e as margens de erro dessa pergunta foram apresentados nas tabelas do Anexo.
 (2) A pergunta "Você já sofreu algum tipo de violência doméstica ou familiar?" oferecia duas opções de resposta: "sim" e "não". Na sequência perguntou-se: "Essa violência mais grave foi provocada por um homem ou por uma mulher?". Nessa análise foi apresentada apenas a porcentagem de cada unidade federativa às respostas correspondentes à opção "sim" e "por um homem" respectivamente.

Os índices mostram queda na percepção feminina de que o Brasil é um país muito machista (Tabela 2). Interessante notar que essa percepção varia de acordo com a região do país. Mais mulheres da Região Nordeste percebem o país como muito machista.

Tabela 2

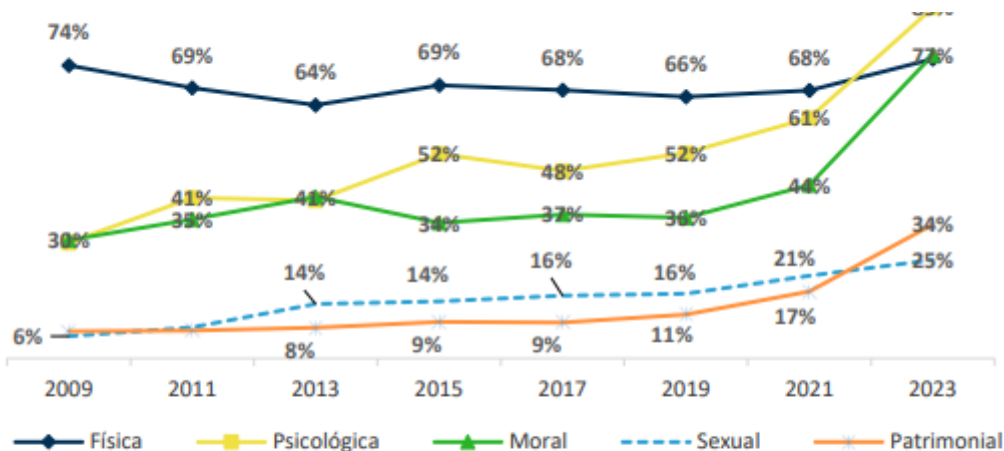
"De forma geral, você considera o Brasil um país:" por região - População feminina - Brasil - 2023



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.
Nota: Soma dos percentuais difere de 100% devido ao arredondamento.

Em relação ao tipo de violência sofrida, a mais recorrente é a violência psicológica, declarada por 89% das mulheres que sofreram violência doméstica ou familiar provocada por homem, seguida pela violência moral (77%) e física (76%). Os percentuais de violência física e sexual permanecem estáveis em relação à edição de 2021, consideradas as respectivas margens de erro. Já os outros tipos de violência doméstica e familiar tiveram seus percentuais elevados na edição de 2023 (Tabela 3).

Tabela 3



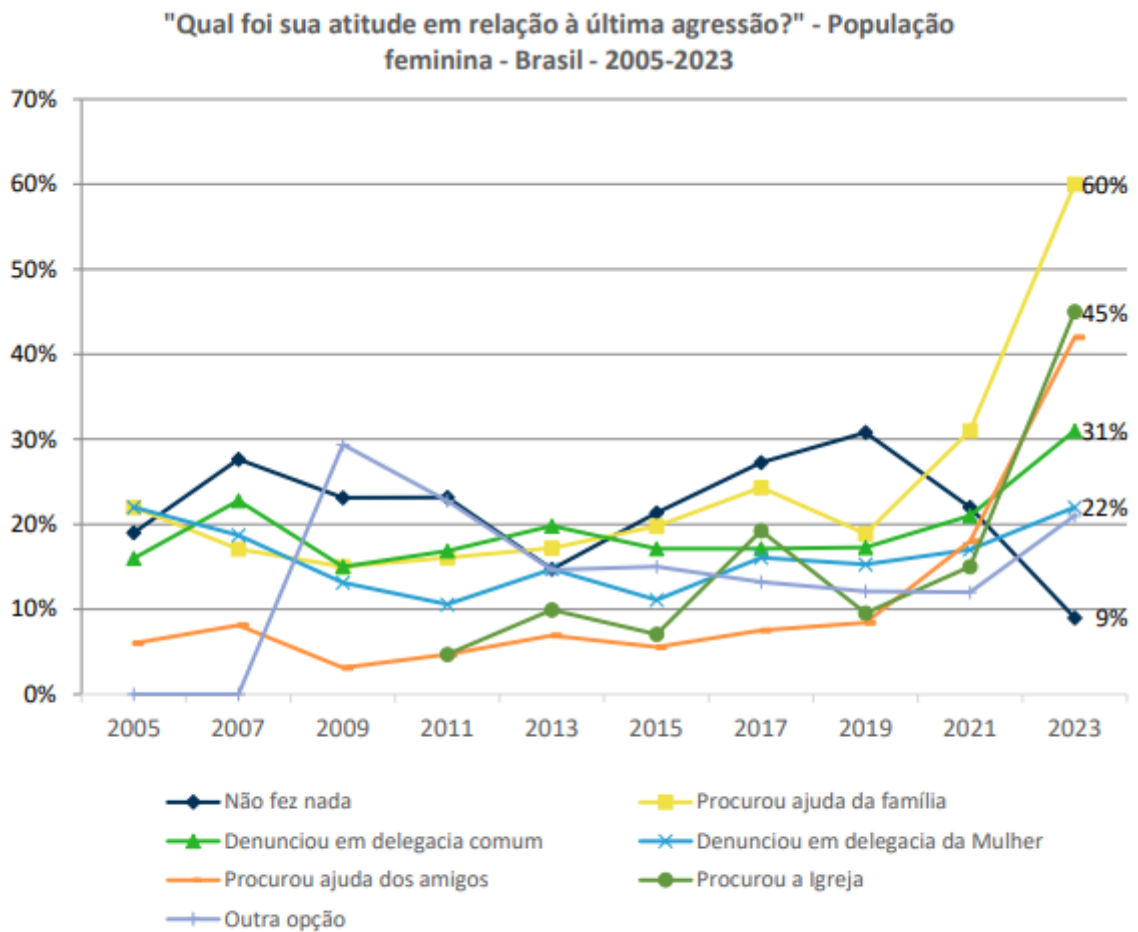
Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado.

Notas:

- (1) Questão respondida por quem declarou já ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem;
- (2) A partir de 2021, as entrevistadas responderam em relação à agressão considerada por elas como a mais grave;
- (3) Nos anos de 2005 e 2007 a questão era de resposta única. Até 2021 a questão era de múltipla escolha. Em 2023 cada tipo de violência foi confirmado com sim ou não;
- (4) Nos anos de 2009 a 2017 e em 2021 o percentual da categoria "Todas" foi distribuído nas outras categorias;
- (5) Por conta dos itens 3 e 4 a soma pode ser maior que 100%.

De acordo com a pesquisa (Tabela 4), as mulheres que sofreram agressão optam em primeiro lugar a procurar ajuda da família, o que corresponde a 60% das que responderam. São 29 pontos percentuais acima da pesquisa realizada em 2021, o que leva a conclusão de que as mulheres têm procurado conversar mais sobre o assunto. 45% delas preferiram procurar a igreja, 42% os amigos, 31% denunciaram numa delegacia comum e 22% em uma Delegacia da mulher.

Tabela 4



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado.

Notas:

(1) Questão respondida por quem já foi vítima ou sofreu algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem;

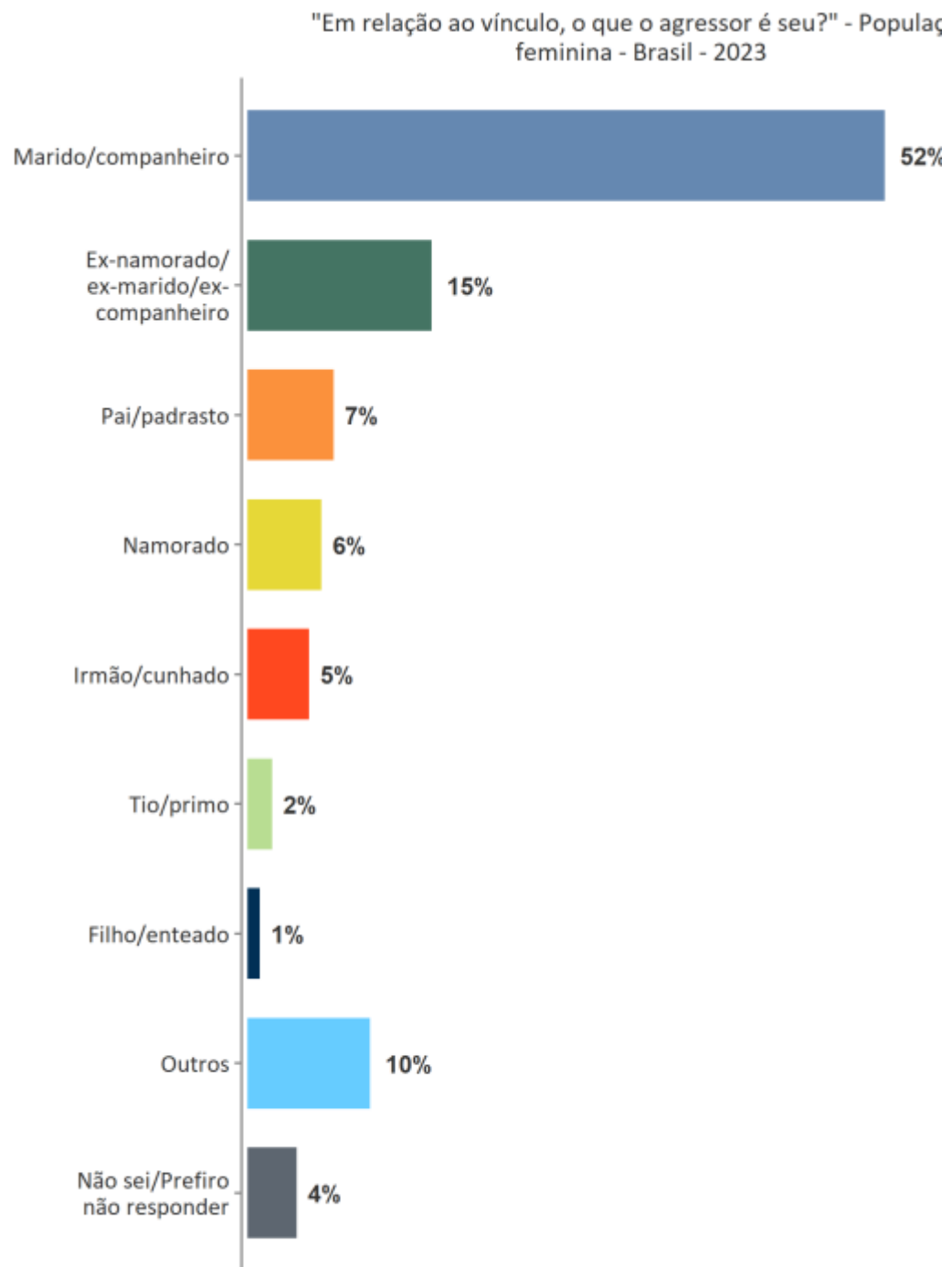
(2) A partir de 2017 a questão foi de múltipla escolha;

(3) Em 2023 cada atitude foi confirmada com sim ou não;

(4) Por conta dos itens 2 e 3, a soma pode ser maior que 100%.

Com relação ao vínculo os agressores caracterizados por companheiro, namorado, ex-companheiro, ex-namorado, marido e ex-marido, totalizam 73% (Tabela 5). O que demonstra com efeito que as mulheres sofrem as maiores agressões de seus homens, a quem deveriam protege-las.

Tabela 5



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.

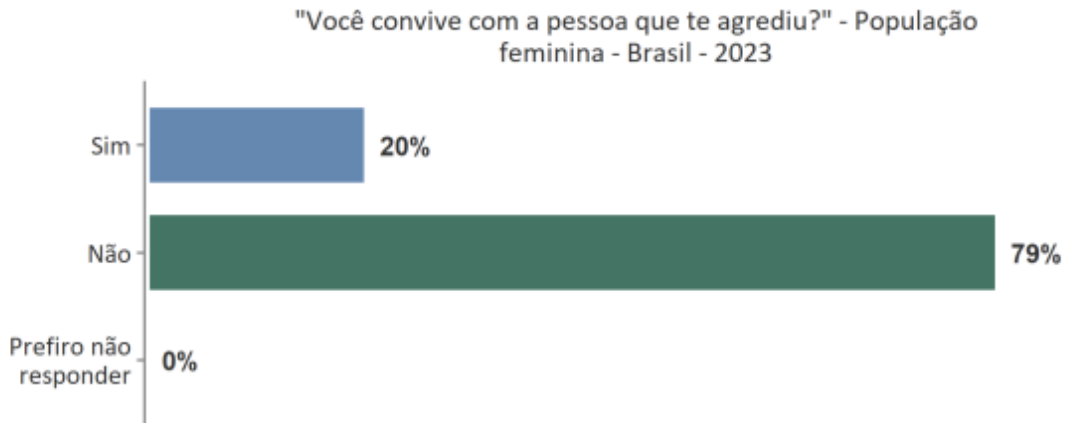
Notas:

(1) Soma dos percentuais difere de 100% devido ao arredondamento.

(2) *Questão respondida por quem declarou já ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem.

Em contrapartida 79% das mulheres estão deixando o convívio com seus agressores (Tabela 6), sob a alegação de que 90% para o término do relacionamento venha da influência do ato violento (Tabela 7).

Tabela 6



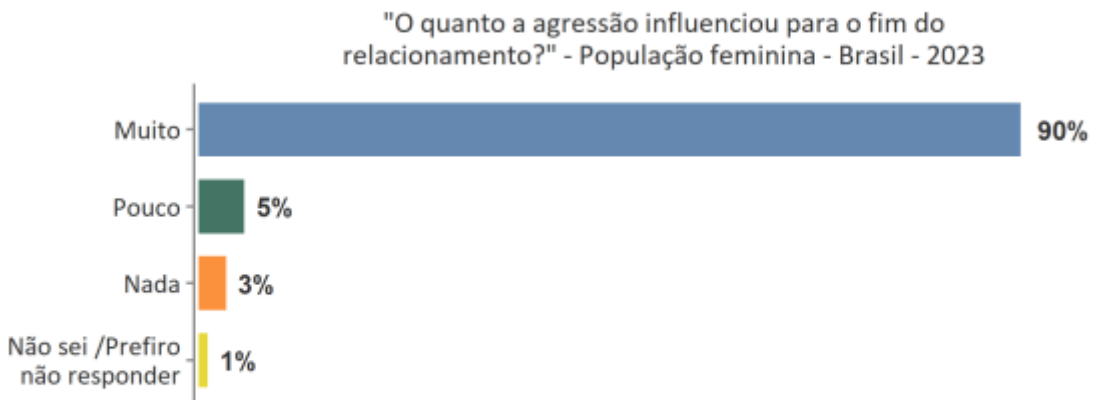
Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.

Notas:

(1) Soma dos percentuais difere de 100% devido ao arredondamento.

(2) *Questão respondida por quem declarou já ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem.

Tabela 7



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.

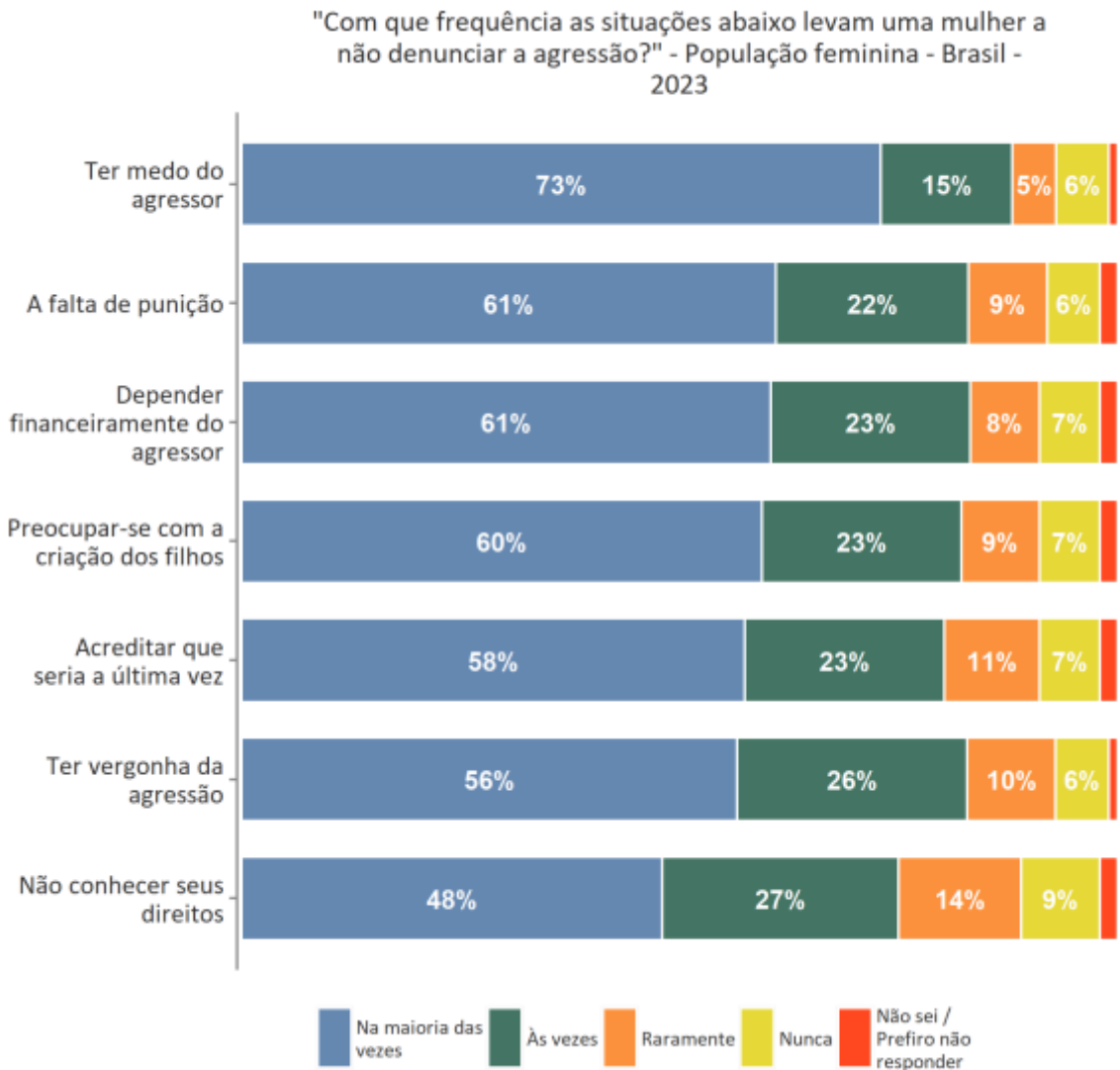
Notas:

(1) Soma dos percentuais difere de 100% devido ao arredondamento.

(2) Questão respondida por quem declarou já ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada pelo companheiro e que, posteriormente, rompeu esse relacionamento.

Na opinião de 73% das brasileiras, ter medo do agressor leva uma mulher a não denunciar a agressão na maioria das vezes. A falta de punição e a dependência financeira são outras situações que, para 61% das brasileiras, levam uma mulher a não denunciar a agressão na maioria das vezes. Por outro lado, a falta de conhecimento sobre seus direitos é apontada por menos da metade das cidadãs. Para 48% delas, não conhecer seus direitos leva uma mulher a não denunciar a agressão na maioria das vezes (Tabela 8).

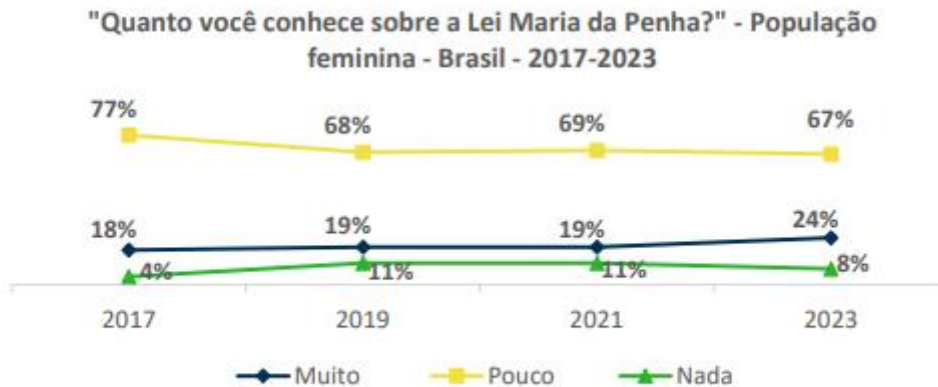
Tabela 8



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.
 Nota: Soma dos percentuais difere de 100% devido ao arredondamento.

A Lei Maria da Penha (Lei nº11.340/2006) é um marco no sistema jurídico brasileiro, já que, até sua promulgação, não existia no país uma lei específica sobre violência doméstica. Ao contrário, até então os casos de agressão familiar eram enquadradas como pequenas causas. Apesar de sua importância, 75% das brasileiras afirmam conhecer pouco ou nada sobre a lei. O aumento no número de mulheres que afirmam conhecer muito sobre o instrumento normativo, por outro lado, sugere uma pequena melhora em relação aos índices encontrados no levantamento de 2021 (Tabela 9).

Tabela 9



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado.
 Nota: Soma dos percentuais difere de 100% devido ao arredondamento.

Mais de um quarto das mulheres que sofreram violência doméstica ou familiar (27%) declaram ter solicitado Medida Protetiva, sendo que 48% afirmam que houve descumprimento dessa medida por parte da pessoa que a agrediu e 49% afirmam que a medida não foi descumprida (Tabelas 10 e 11). Nitidamente a pesquisa mostra na tabela 12 que o motivo de maior agressão contra a mulher tem por motivação maior os ciúmes. Ou seja, o senso de propriedade que a maioria dos homens carregam dentro de si, motivado por uma cultura dominadora tão difícil de ser vencida e que acompanham a sociedade por tanto tempo.

Tabela 10

"Alguma vez, você solicitou medida protetiva para sua segurança?" - População feminina - Brasil - 2023					
	Estimativa	Margem de erro	Amostra Observada	Amostra Ponderada	População Estimada
Sim	27%	±2,0%	2.244	1.888	7.233.916
Não	73%	±2,0%	5.156	5.012	19.209.658
Não sei/Não lembro /Prefiro não responder	0%	±0,1%	13	12	45.924
Total	100%	-	7.413	6.912	26.489.498

Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.
 Nota: *Questão respondida por quem declarou já ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar.

Tabela 11

"Houve descumprimento dessa medida por parte da pessoa que te agrediu?" - População feminina - Brasil - 2023					
	Estimativa	Margem de erro	Amostra Observada	Amostra Ponderada	População Estimada
Sim	48%	±4,3%	1.036	913	3.496.661
Não	49%	±4,3%	1.166	918	3.518.581
Não sei/Não lembro /Prefiro não responder	3%	±1,6%	42	57	218.674
Total	100%	-	2.244	1.888	7.233.916

Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.

Nota: *Questão respondida por quem declarou já ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar e solicitou medida protetiva para a própria segurança.

Tabela 12

"No momento da agressão mais grave, a pessoa que te agrediu estava:" - População feminina - Brasil - 2023						
	Sim	Não	Não sei /Prefiro não responder	Amostra Observada	Amostra Ponderada	População Estimada
Com ciúmes	49% (±2,4%)	47% (±2,3%)	3% (±0,9%)	7.101	6.644	25.458.501
Inconformada com término de relacionamento	46% (±2,7%)	52% (±2,7%)	2% (±0,6%)	5.307	4.824	18.492.865
Bêbada	40% (±2,3%)	59% (±2,3%)	1% (±0,3%)	7.101	6.643	25.458.500
Drogada	17% (±1,7%)	80% (±1,9%)	3% (±0,8%)	7.101	6.643	25.458.500
Endividada	17% (±1,7%)	79% (±1,9%)	4% (±0,9%)	7.101	6.643	25.458.500
Estado normal	9% (±1,5%)	78% (±2,0%)	13% (±1,6%)	7.101	6.642	25.458.499
Outra situação	17% (±1,7%)	83% (±1,7%)	0% (±0,0%)	7.101	6.643	25.458.500

Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado - coleta de 21.8 a 25.9.2023.

Notas:

(1) Soma dos percentuais difere de 100% devido ao arredondamento.

(2) Os totais das amostras observada e ponderada diferem devido ao arredondamento.

(3) *Questão respondida por quem declarou já ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem.

(4) **A opção 'inconformado(a) com o término do relacionamento' só foi lida para quem declarou ter sofrido violência pelo parceiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de análise de todo o conteúdo desse trabalho contata-se que não há nenhum mecanismo eficaz que atue de forma incisiva em nossa sociedade para erradicar a violência doméstica em seus primeiros estágios, de maneira que não avance em direção ao feminicídio. O caminho da dor ainda continua solitário e escondido dentro das mentes de mulheres desencorajadas a falar, buscar seus direitos e até mesmo denunciar. Pois, muitas vezes, nesse início de ciclo elas mesmas nem percebem com muita efetividade os abusos psicológicos pelos quais estão sendo submetidas, sendo iludidas por um discurso de proteção e amor, os quais não deveriam privar, encarcerar, doer e nem mesmo ofender. Até que os estágios comecem a avançar em gritos, empurrões, proibições e elas consigam entender que estão vivendo dentro de um ciclo de violência.

Nessa perquirição, observa-se que a maior estatística se refere a violência psicológica, seguida de violência física. Entretanto, as mulheres que passam por esses tipos de abuso ainda não procuram os mecanismos legais para se defender,

buscam em primeiro lugar ajuda da família, em segundo lugar ajuda da igreja, depois de amigos e em quarto lugar buscam uma delegacia comum. Com um índice altíssimo muitas deixam de denunciar por medo do parceiro e ainda pelo fato de dependerem economicamente dos tais e inclusive pelo motivo da falta de punição. Desta forma, observa-se também que ao invés de denunciar, as vítimas têm deixado seus parceiros devido à violência sofrida. Elas preferem o rompimento familiar do que buscar mecanismos de proteção legais.

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha sido um grande avanço para o Brasil, que trouxe maior dignidade na punição de seus agressores, que doravante recebiam penas leves por agredirem suas mulheres como o pagamento de determinada quantidade de cestas básicas. A legislação recebeu várias alterações e trouxe ações mais severas. Entre as medidas protetivas à mulher estão: proibição de determinadas condutas, suspensão ou restrição do porte de armas, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, pedidos de afastamento do lar e até prisão do agressor. Algumas dessas medidas, por muitas vezes são descumpridas por parte do agressor, gerando nas vítimas um sentimento de insegurança e ausência de punibilidade.

Socialmente ainda há muito o que se avançar, principalmente no que diz respeito ao sentimento de propriedade que os facínoras possuem em relação as suas companheiras. Visto que as pesquisas denotaram que as agressões em sua maioria foram movidas por ciúmes, inconformação com o termino do relacionamento, vindo após esses principais o efeito de álcool. Ou seja, os algozes em sua maioria estão em plena consciência dos seus atos, movidos por sentimento de orgulho e apropriação da vítima.

As estatísticas mostram absurdamente que muitas vítimas ainda não possuem conhecimento de seus direitos. 75% delas afirmam ter pouco conhecimento ou nenhum sobre a Lei. Isso é alarmante. Ainda que o País esteja avançando, alterando as leis e trazendo maior punição, não há conhecimento. E não havendo conhecimento de direitos, não há justiça. É urgente que haja uma maior conscientização da massa sofrida sobre seus direitos para que possam ser resgatados e valorizados no meio da sociedade.

A falta de informações sobre direitos da mulher pode levar à criação de políticas públicas inadequadas ou deficientes na área, restringir seriamente pesquisas e

estudos acadêmicos e comprometer o trabalho das organizações de direitos das mulheres. Assim, é importante que os governos assegurem que o direito à informação seja efetivado amplamente.

Resta evidenciar que o assunto é longo, denso, problemático e que jamais se esgotará nas linhas de um pequeno artigo científico. Se faz necessário expandir a consciência na busca do reconhecimento das injustiças, para assim, transforma-las em respostas significativas que gerem efetividade na sofrida sociedade feminina que ainda se encontra vulnerável.

REFERÊNCIAS:

1. BRASIL, Senado Federal. **10ª Pesquisa Nacional de Violência contra Mulher**. Disponível em:<
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/21/datasenado-aponta-que-3-a-cada-10-brasileiras-ja-sofreram-violencia-domestica.>> Acesso em 05 de fevereiro de 2024.
2. REZENDE, Milka de Oliveira. "**Violência contra a mulher**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/violencia-contra-a-mulher.htm>. Acesso em 01 de Março de 2024.
3. GALVÃO, Patricia. "**Cultura e Raízes da Violência Contra Mulheres**". Disponível em:
<<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/cultura-e-raizes-da-violencia/>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2024.
4. BIANCHINI, Alice; FERREIRA Bárbara. "**Violência contra Mulheres. Tudo o que você precisa saber**". Disponível em:
<https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Violencias-contra-mulheres%3Dtudo-o-que-voce-precisa-saber.pdf> Acesso em 05 de fevereiro de 2024.
5. BRASIL, Conselho Nacional de justiça. "**Violência Contra a Mulher**". Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/violencia-contra-a-mulher/>> Acesso em 05 de fevereiro de 2024.
6. MATUOKA, Ingrid. "**Nisia Floresta, a primeira educadora feminista do Brasil**". Disponível em: <<https://educacaointegral.org.br/reportagens/nisia-floresta/>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2024.
7. FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade: Abordagem Jurídica e Multidisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.
8. FERREIRA, Geraldine. "**O que é gaslighting: Como identificar os sinais e como lidar**" Disponível em: < <https://www.psitto.com.br/blog/o-que-e-gaslighting/>> Acesso em 22 de janeiro de 2024.
9. BRASIL, Câmara dos deputados. "**Secretaria da Mulher**" – **Lei de Combate a Violência política completa dois anos**. Disponível em: <
<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/lei-de-combate-a-violencia-politica-contra-a-mulher-completa-dois-anos#:~:text=H%C3%A1%20dois%20anos%2C%20em%204,po%C3%ADticos%20e%20de%20fun%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%ABlicas.>> Acesso em 10 de fevereiro de 2024.

10. BRASIL, Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania. “**Ligue 180 e tudo o que você precisa saber**”. Disponível em: < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher> > Acesso em 10 de fevereiro de 2024.
11. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em < <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> > Acesso em 10 de fevereiro de 2024.
12. BRASIL, Instituto DataSenado. “**Pesquisa Nacional de Violência contra a Mulher 2023**”. Disponível em < <file:///C:/Users/Usor%20Pessoal/Documents/TCC/pesquisa-nacional-de-violencia-contra-a-mulher-datasenado-2023.pdf> > Acesso em 04 de Março de 2024.
13. PARANÁ, Secretaria da Educação. “**As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História**”. Disponível em: <<http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=841>> Acesso em 05 de março de 2024.
14. LAKATOS, Eva Maria. Marconi, Marina de Andrade. **Metodologia científica** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. E-book. Disponível em: Acesso em: 10 de março de 2024.
15. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. “**Normas ABNT 2024**” Disponível em:< <https://www.normasabnt.org/> > Acesso em 19 de março de 2024.
16. BRASIL, Senado Federal. “**Pesquisa Estadual de Violência Contra a Mulher - 2024**”. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=pesquisa-estadual-de-violencia-contra-a-mulher-2024>> Acesso em 19 de março de 2024.
17. BRASIL, Ministério das Mulheres. “**Marcos Legais – Leis que visam prevenir e coibir a violência contra mulheres**”. Disponível em: < <https://www.gov.br/mulheres/pt-br/assuntos/leis-nacionais-e-marcos-legais> > Acesso em 19 de março de 2024.
18. BRASIL, Câmara dos Deputados. “**Coleção de Leis do Império do Brasil**” - 1827, Página 1 Vol. 1 pt. I (Publicação Original). Acesso em 19 de março de 2024.
19. VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; PINHONI, Marina. “**Monitor da Violência**”. Disponível em: < <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-feminicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml>. > Acesso em 19 de março de 2024.

20. BRASIL, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Diário Oficial da União, Brasília, DF. 08 de agosto de 2006.
21. BRASIL, Lei nº 10.778 de 24 de novembro de 2003. **Estabelece notificação compulsória, no caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, p. 11, col. 3, 25 nov. 2003.
22. BRASIL, **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos, respectivos processos e de outras providencias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dez. 1977.
23. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Brasília: Planalto, 05 de outubro de 1988.
24. BRASIL, **Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – Código penal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF 03 dez. 2012.
25. BRASIL, Lei nº 12.650 de 17 de maio de 2012. Altera o Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, com a finalidade de modificar as regras relativas a prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. 18 Maio 2012.
26. BRASIL, **Lei nº 12.845 de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 02 de ago. de 2013.
27. BRASIL, **Lei nº 13.104 de 09 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 10 mar. de 2015.
28. BRASIL, **Lei nº 13.642 de 03 de abril de 2018.** Altera a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para acrescentar atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF. 04 de abr. 2018.
29. BRASIL, **Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo

e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União, Brasília, DF. 25 set. 2018.

30. BRASIL, **Lei nº 13.772 de 19 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 20 dez 2018.
31. BRASIL, **Lei nº 13.931 de 10 de dezembro de 2019**. Altera a Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, para dispor sobre a notificação compulsória dos casos de suspeita de violência contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 11 dez 2019.
32. BRASIL, **Lei nº 13.882 de 08 de outubro de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 11 out. 2019.
33. BRASIL, **Lei nº 14.245 de 22 de novembro de 2021**. Altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Diário Oficial da União, Brasília, DF. 23 nov. 2021.
34. BRASIL, **Lei nº 14.132 de 31 de março de 2021**. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União, Brasília, DF. 1º abr. 2021.
35. BRASIL, **Lei nº 14.149 de 05 de maio de 2021**. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 06 de maio de 2021.
36. BRASIL, **Lei nº 14.188 de 28 de julho de 2021**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de

violência psicológica contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 29 julho 2021.

37. BRASIL, **Decreto-Lei nº 10.906 de 20 de dezembro de 2021**. Institui o Plano Nacional de Enfrentamento ao Femicídio. Revogado pelo Decreto nº 11.640 de 16 de agosto de 2023. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 17 ago 2023.
38. BRASIL, **Lei nº 14.310 de 08 de março de 2022**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para determinar o registro imediato, pela autoridade judicial, das medidas protetivas de urgência deferidas em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 09 de março de 2022.
39. BRASIL, **Decreto-Lei nº 11.431 de 08 de março de 2023**. Institui o programa Mulher Viver sem violência. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 09 de março de 2023.

A CONSTITUCIONALIDADE DA GUARDA MUNICIPAL COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Amanda Ono Henrique
Cláudio Marcos Romero Lameirão

RESUMO

O objetivo principal do presente estudo é realizar uma análise aprofundada sobre a conformidade constitucional da atuação da Guarda Municipal como órgão de segurança pública. Para alcançar essa finalidade, foi conduzida uma detalhada investigação das disposições legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como uma avaliação do posicionamento adotado pelos tribunais superiores em relação a esse assunto em específico. Através dessa abordagem, busca-se esclarecer as atribuições e competências atribuídas a cada ente federativo no âmbito da segurança pública.

Palavras-chave: Segurança Pública, Guarda Municipal, Competência, Município

ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze the role of the Municipal Guard within the Constitution of the Federative Republic of Brazil, with a specific focus on the topic of public security. By conducting this analysis, it becomes easier to comprehend the responsibilities and limitations imposed on the municipal guard by the law. Through a meticulous examination of constitutional provisions, legal statutes, and pertinent jurisprudence, this study aims to ascertain whether the municipal guard is authorized to operate as a public security agency.

Key words: Public Security, Municipal Guard, Constitution

1 INTRODUÇÃO

A Segurança Pública é um dos assuntos que recebe especial atenção dos mais diversos grupos e camadas sociais existentes no Brasil, sendo um direito imprescindível para a convivência harmônica da sociedade.

Uma vez que o Estado é o responsável por assegurar o direito à segurança pública, a Constituição Federal 1988 estabelece em seu artigo 144 os órgãos públicos responsáveis pela efetivação desse direito.

Todavia, denota-se que a guarda municipal não foi inclusa no rol de órgãos de segurança pública. Assim, a guarda municipal é prevista apenas no §8º do referido dispositivo, de modo que a sua atividade é voltada para a proteção do patrimônio municipal.

No entanto, na proporção em os delitos aumentaram, os Municípios passaram a ter uma atuação mais ativa no enfrentamento de questões relacionadas à insegurança, a violência e a criminalidade, muitas vezes exercendo funções que não lhe são atribuídas pelo texto constitucional.

Assim, nesse cenário, é objeto de grande questionamento se a guarda municipal, legalmente destinada apenas à proteção do patrimônio público municipal, pode atuar como órgão de segurança pública.

Portanto, o presente estudo foi desenvolvido com a finalidade de analisar a constitucionalidade da guarda municipal como órgão de segurança pública, buscando compreender a competência e os limites de atuação do referido órgão municipal.

Visando facilitar essa compreensão, a presente monografia está dividida em capítulos, sendo o primeiro referente à introdução. O segundo capítulo trata do serviço público, abordando o seu conceito, surgimento e fundamento legal. O estudo da temática possui extrema relevância, tendo em vista que o Estado efetiva o direito à segurança através dos serviços públicos prestados por seus órgãos.

O terceiro capítulo versa sobre o poder de polícia, abordando o seu conceito, finalidade, características e amparo normativo.

O quarto capítulo versa sobre a segurança pública, apresentando o seu conceito, o seu amparo constitucional e os órgãos responsáveis por assegurá-la. Ademais, também é realizada uma análise da PEC nº 275/2016, que visa incluir a guarda municipal no rol de órgãos de segurança pública.

O quinto capítulo trata especificamente da guarda municipal, abordando a competência conferida aos municípios e às guardas municipais pela legislação brasileira.

O sexto capítulo, por sua vez, analisa o posicionamento dos tribunais superiores acerca da competência e atuação das guardas municipais.

Nesta monografia, será utilizada uma abordagem dedutiva, que permite a utilização de princípios gerais para direcionar os argumentos a uma conclusão específica.

Em relação aos objetivos do presente estudo, foi utilizada a metodologia de pesquisa exploratória, que permite uma maior exploração e compreensão do tema.

Ademais, este estudo seguiu uma abordagem de pesquisa básica, com o intuito de ampliar e aprofundar o conhecimento teórico e científico já existente sobre o assunto, fornecendo uma base sólida que possa ser utilizada em futuras aplicações.

Para a coleta das informações necessárias para o desenvolvimento do presente estudo, foi utilizado o método de revisão bibliográfica e documental.

Assim, as informações coletadas foram desenvolvidas por meio de uma abordagem de cunho qualitativo, visando analisar conceitos, teorias, princípios e fundamentos gerais relacionados ao tema.

Desse modo, a presente monografia realizou uma abordagem integral do tema, analisando conceitos, disposições normativas e decisões jurisprudenciais pertinentes. Assim, é possível examinar com maior propriedade a constitucionalidade da guarda municipal como órgão de segurança pública.

2 SERVIÇO PÚBLICO

2.1 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTO LEGAL

O Serviço Público teve o início do seu desenvolvimento jurídico datado no início do século XX, na França. Conforme assevera Odete Medauar (2018, p. 315), a expressão “serviço público” foi trabalhada como teoria e como concepção nas primeiras décadas do século XX, pela Escola do Serviço Público, também conhecida como Escola de Bordeaux.

Com o decorrer do tempo, o serviço público enfrentou mutações no tocante à sua definição, adequando-se conforme disposto pelas novas regulamentações legais pertencentes a cada ordenamento jurídico. No direito brasileiro, há um vasto campo de doutrinadores que buscam definir esse instituto.

Desse modo, Hely Lopes Meirelles (2015, p. 246) define serviço público como “aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

O conceito acima disposto determina o serviço público como a prestação de serviços feita pela Administração Pública de forma direta ou indireta, visando atender necessidades da coletividade ou conveniências do Estado.

Visando uma definição mais delimitada, Odete Medauar (2018, p. 315) dispõe que o serviço público “diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o Poder Público propicia algo necessário à vida coletiva”.

Ainda de acordo com Odete Medauar (2018, p. 316), a atividade de prestação de serviços públicos apresenta grande importância, pois impõe ao Poder Público o atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas aos direitos sociais assegurados na Constituição.

Desse modo, o serviço público consiste na atividade pública administrativa exercida com o objetivo de concretizar as necessidades dos indivíduos vinculadas aos direitos fundamentais, sendo, portanto, uma grande responsabilidade do Estado.

Tendo em vista que a prestação de serviços públicos é responsável por garantir que os direitos assegurados constitucionalmente sejam efetivados, é fundamental que o Estado realize uma adequada distribuição de competências e funções para diferentes órgãos com a finalidade de efetivar esses direitos.

Assim, no art. 175 da Constituição Federal, é determinado que a prestação de serviços é uma incumbência dada ao Poder Público, que pode exercer a atividade prestacional de maneira direta ou indireta, sob regime de concessão ou permissão. Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (BRASIL, 1988)

Conforme disposição normativa supracitada, além dos serviços públicos prestados pela Administração Pública de maneira direta, algumas atividades podem ser executadas de forma indireta, hipótese em que o Poder Público transfere às pessoas jurídicas de direito público ou privado a incumbência de exercer a devida atividade prestacional.

A título de exemplo, pode-se mencionar como órgãos integrantes da Administração Pública Indireta as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as autarquias.

Assim, a Administração Pública consiste em um grupo de servidores profissionais, reunidos em agências e mantidos com recursos públicos, sendo encarregados de zelar pelo bem-estar social e gerir a máquina pública visando atingir tal fim.

Assim, o serviço público é exercido com a finalidade satisfazer as demandas necessitadas pela sociedade, sendo, portanto, um instituto responsável pela validação e prestação instantânea dos direitos fundamentais garantidos à população.

Diante dos conceitos apresentados, conclui-se que o serviço público pode ser definido como um instituto que, através da prestação direta ou indireta de serviços feita pelo Estado, atua com a finalidade de satisfazer as necessidades essenciais e secundárias da sociedade, concretizando os direitos assegurados na Constituição Federal de 1988.

3 PODER DE POLÍCIA

3.1 DEFINIÇÃO

O poder de polícia constitui-se como um conceito de suma importância no ramo do Direito Administrativo, tendo grande relevância no estudo da segurança pública e do controle da atividade do Estado.

Nesse aspecto, para que seja possível garantir a ordem, a segurança e o bem-estar da sociedade, em determinadas situações, faz-se necessária a limitação dos direitos individuais, sendo esse o objetivo e a finalidade do poder de polícia, instituto exercido em prol do interesse coletivo.

A definição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro acerca desse importante instituto pode ser encontrada no artigo 78 do Código Tributário Nacional:

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 de poder. (BRASIL, 1966)

Ainda que o poder de polícia seja comumente associado à atuação do Poder Executivo, o seu exercício também pode ocorrer através do Poder Legislativo. Tal fato decorre do princípio da legalidade, que impede que a Administração Pública imponha obrigações ou restrições sem o devido amparo legal.

Desse modo, é tido como regular o poder de polícia desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei e com observância do devido processo legal.

Portanto, o poder de polícia exercido pelo Poder Legislativo também possui papel fundamental, uma vez que é responsável por elaborar as normas que disciplinam e determinam toda a atuação e limites do exercício do poder de polícia.

Quando desempenhado pelo Poder Executivo, o exercício do poder de polícia ocorre através da atuação preventiva ou repressiva dos órgãos executivos, observando o disposto em lei acerca das competências e limites para atuação.

Assim, o poder de polícia é uma prerrogativa do Estado, que, visando beneficiar o interesse público, atua através de seus órgãos para editar normas, fiscalizar, regulamentar e impor restrições e sanções em situações necessárias.

No entanto, é fundamental enfatizar que o poder de polícia difere das atividades de polícia judiciária ou de manutenção da ordem pública, funções atribuídas exclusivamente aos órgãos de segurança pública. Assim, permite-se o exercício do poder de polícia por entidades não policiais, como, por exemplo, a guarda municipal.

Assim, a taxatividade do rol do artigo 144, da CF/88, somente diz respeito aos órgãos que podem exercer a segurança pública, e não aos que podem exercer o poder de polícia.

Por conseguinte, uma importante definição doutrinária acerca do poder de polícia é apresentada por Hely Lopes Meirelles (2015, p. 278), que preceitua que o poder de polícia se constitui na faculdade disposta à administração pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais.

Ressalta-se que, de acordo com a autora supracitada, a atuação dos órgãos no exercício do poder de polícia sempre deve ocorrer com a finalidade de beneficiar dos interesses da coletividade ou do próprio Estado.

Ainda conforme disposto pela autora, o poder de polícia é uma manifestação da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e possui três principais características: coercibilidade, discricionariedade e autoexecutoriedade.

A coercibilidade do poder de polícia diz respeito ao poder que tem a Administração Pública para impor sanções e restrições, inclusive coercitivas, visando o cumprimento de leis, regulamentos ou ordens judiciais ou administrativas.

A discricionariedade, por sua vez, diz respeito à margem de liberdade conferida para a atuação dos órgãos no âmbito do exercício do poder de polícia. Assim, essa característica confere à Administração Pública a liberdade de aplicar a medida que julgar mais adequada para o caso concreto, desde que respeitando as limitações impostas por lei.

A autoexecutoriedade implica dizer que, em regra, a Administração Pública decide e executa diretamente os seus atos administrativos, sem haver necessidade de uma ordem judicial. Assim, os atos relacionados ao exercício do poder de polícia são autoexecutórios, pois podem ser executados sem que seja necessária uma apreciação judicial do caso concreto.

Assim, o poder de polícia é exercido por diferentes órgãos e se manifesta através de diversas ações, de modo a permitir que os órgãos públicos atuem de maneira preventiva e repressiva para a manutenção da ordem e do bem-estar social.

No entanto, destaca-se que o poder de polícia não é uma atribuição exclusiva dos órgãos de segurança pública contidos no rol do artigo 144, da Constituição, de modo que não há óbice ao seu exercício por entidades não policiais.

Assim, o Município pode determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido através de sua Guarda Municipal.

4 SEGURANÇA PÚBLICA

4.1 DEFINIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece uma série de direitos e garantias inerentes a todos os cidadãos. Para que seja possível assegurar o exercício desses direitos, a Administração Pública atua direta ou indiretamente por meio da prestação de serviços públicos essenciais à população, como educação, saúde, transporte e segurança pública, por exemplo.

Nesse sentido, se faz necessário considerar o contexto em que está inserido o Brasil, tendo em vista que o país enfrenta questões relativas à desigualdade social, desemprego, dificuldade de acesso a serviços mais básicos, dentre outros fatores que influenciam no aumento da violência e da criminalidade no país.

Consequência disso são os dados relativos ao aumento dos índices de violência no Brasil. No cometimento de homicídios, por exemplo, o país registrou um aumento de 28.767 homicídios do ano de 1989 para 45.503 no ano de 2019, conforme dados do IPEA (2019).

Dessa maneira, tem-se que a segurança pública é um serviço que se relaciona com diversos aspectos existentes no país, tais como sociais, econômicos, políticos, culturais e históricos.

Desse modo, ante o aumento dos índices de violência nas últimas décadas, a sociedade brasileira enfrenta diariamente o cometimento de inúmeros crimes, contravenções e atos ilícitos, de tal forma que a segurança pública é atualmente uma das pautas de maior atenção e preocupação tanto pelo Estado quanto pela população.

Considerando o contexto social existente no país, a segurança pública se apresenta como uma atividade prioritária, sendo responsável por zelar e preservar a ordem pública na sociedade e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Assim, a segurança pública atua como uma garantia da proteção aos direitos individuais de cada cidadão, sendo um serviço de imprescindível importância.

Assim, é incumbência do poder público a implantação de políticas públicas aptas a zelar pela ordem e pela segurança, garantindo o desenvolvimento de um ambiente mais seguro e menos violento para a população, motivo pelo qual a Constituição atribui a determinados entes federativos competências e atribuições específicas para o exercício de suas atividades.

Portanto, a segurança pública é um serviço que viabiliza e assegura a efetividade dos direitos e garantias consagrados na Constituição, garantindo o exercício da cidadania e uma convivência harmônica em sociedade.

4.2 SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a consolidação de diversos direitos e garantias fundamentais, de modo que foram inseridas disposições específicas sobre segurança pública, que, anteriormente, não eram previstas no ordenamento constitucional brasileiro.

Nesse sentido, destaca-se que a Constituição de 1967, promulgada durante o regime militar no Brasil, não tratou especificamente sobre o tema. A segurança pública apenas foi abordada de maneira mais abrangente com a promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu diversas competências, princípios e diretrizes gerais.

Desse modo, serão analisadas as previsões contidas no atual ordenamento constitucional acerca do tema, buscando compreender os direitos e deveres assegurados pelo legislador. Assim, a priori, a Constituição Federal assegura o exercício do direito à segurança em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988)

Por conseguinte, a segurança pública é tratada na Constituição como um direito de natureza individual no caput do artigo 5º, que garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à segurança:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, 1988)

Não obstante ser tratada como um direito de natureza individual, a segurança pública também é assegurada enquanto direito social, conforme disposição normativa contida no art. 6º, caput, da CF/88:

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

Por conseguinte, a Constituição versa especificamente sobre a segurança pública em seu artigo 144, atribuindo responsabilidades aos órgãos federais e estaduais nessa área.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (BRASIL, 1988)

Conforme determinado no caput do artigo supracitado, a segurança pública é um dever do Estado, um direito e responsabilidade de todos, e deve ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Através do artigo 144, a Constituição estabelece diversos princípios, competências e diretrizes gerais para a segurança pública, determinando a competência para a atuação de órgãos federais e estaduais na área.

Assim, conclui-se que a Constituição Federal garante a segurança pública como um direito individual e social, bem como impõe ao Estado o dever de assegurá-la através da atuação dos órgãos dispostos nos incisos de seu art. 144.

4.3 ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA SEGURANÇA PÚBLICA

Conforme previsto pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 144, caput, cabe ao Estado a responsabilidade de assegurar a segurança pública na sociedade.

Visando a efetivação desse direito, o ordenamento jurídico brasileiro determinou atribuições e competências específicas para diferentes órgãos, dispondo nos incisos do artigo 144, da CF, o rol de órgãos encarregados de exercer essa função. Nesse sentido, segue o dispositivo legal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI – polícias penais federal, estaduais e distrital. (BRASIL, 1988)

Conforme leitura do artigo supracitado, o exercício da segurança pública ocorrerá através dos órgãos contidos nos incisos I ao VI. Assim, por meio da adequada distribuição de funções, é possível que a Administração Pública possa atuar de maneira eficiente e garantir o acesso da sociedade ao direito da segurança pública.

Por conseguinte, serão analisadas as determinações impostas pelo artigo 144 da Constituição Federal acerca das diferentes competências e funções atribuídas a cada órgão responsável pela segurança pública.

A atuação da polícia federal, órgão previsto no inciso I do artigo 144, é disciplinada no §1º do referido artigo. Assim, segue teor normativo:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
(BRASIL, 1988)

Conforme inciso I do dispositivo supracitado, a atuação da Polícia Federal compreende o âmbito de interesses da União, de modo que o órgão desempenha a função de apurar crimes e infrações penais cometidos contra a União ou contra suas entidades autárquicas e empresas públicas.

Por conseguinte, outra importante competência atribuída à Polícia Federal diz respeito à atuação na prevenção e repressão ao tráfico de drogas, ao contrabando e ao descaminho, conforme inciso II acima disposto.

Pelo disposto no inciso III, o órgão também é responsável por exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, de modo que seus agentes atuam em portos, aeroportos e postos de fronteira controlando a entrada e a saída de pessoas e mercados do território nacional.

Não obstante, no inciso IV do artigo 144, §1º, a Constituição também atribuiu à Polícia Federal a função de polícia judiciária da União, órgão federal responsável por apurar e investigar infrações penais e civis e por realizar os inquéritos que são encaminhados ao Ministério Público.

Desse modo, as atribuições acima delineadas constituem a competência dos agentes da Polícia Federal, importante órgão que atua de modo a proteger os interesses da União.

Por conseguinte, o artigo 144 da Constituição prevê em seu §2º as atribuições conferidas à Polícia Rodoviária Federal:

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (BRASIL, 1988)

Sendo um órgão responsável por realizar patrulhamento ostensivo nas rodovias federais, a Polícia Rodoviária Federal possui competência para atuar por meio da

presença policial ostensiva nas estradas federais, repreendendo, de imediato, os delitos cometidos nesses locais.

No mesmo sentido, só que de maneira destinada ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais, o legislador instituiu a Polícia Ferroviária Federal, disciplinada no §3º do artigo 144, da CF:

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (BRASIL, 1988)

Todavia, apesar do assento constitucional, a Polícia Rodoviária Federal nunca foi implementada de fato. Nesse sentido, Souza Neto (2007, p. 32) assevera que “apesar da previsão constitucional, o órgão nunca foi objeto de criação efetiva, muito em razão da decadência do sistema ferroviário nacional”.

O que ocorre na prática, conforme dispõe Souza Neto (2007, p. 32), é “apenas a segurança patrimonial exercida pelas próprias empresas concessionárias de serviço ferroviário”.

Por conseguinte, a Constituição prevê em seu art. 144, §4º, as competências atribuídas à Polícia Civil, órgão encarregado por exercer as funções de polícia judiciária e por apurar infrações penais. Assim, segue o seu teor normativo:

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, 1988)

Todavia, a Polícia Civil, enquanto órgão estatal, possui o dever de observar a competência resguardada à União ao desempenhar as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, conforme previsto no dispositivo legal acima disposto.

Não obstante, ao versar sobre a atuação da Polícia Civil na apuração de infrações penais, o legislador exclui da competência do órgão a investigação de crimes militares, uma vez que essa é uma função de competência exclusiva da Polícia Militar.

A polícia militar e os bombeiros militares, por sua vez, encontram-se disciplinados no §5º do artigo 144, da Constituição Federal:

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. (BRASIL, 1988).

Conforme previsto no ordenamento constitucional, aos bombeiros militares é atribuída a competência de executar atividades de defesa civil, além de outras definidas em lei. Assim, enquanto órgão atuante na defesa civil, os corpos de bombeiros militares exercem atividades preventivas e assistenciais, como a fiscalização de áreas de risco, a prevenção e o combate à incêndios, o resgate e a remoção de vítimas de desastres naturais, bem como outras atividades.

Por sua vez, a Polícia Militar possui a incumbência de realizar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Acerca da atuação dos órgãos enquanto polícia ostensiva, Souza Neto dispõe:

“A polícia ostensiva exerce as funções de prevenir e de reprimir de forma imediata a prática de delitos. O policiamento ostensivo é feito por policiais uniformizados, ou que possam ser imediatamente identificados por equipamento ou viatura. O objetivo é explicitar a presença policial nas ruas, criando a percepção de que a prática de delitos será prontamente reprimida” (SOUZA NETO, 2007, p. 22).

Portanto, além de ser responsável por preservar a ordem pública, a Polícia Militar, enquanto polícia ostensiva, também possui a função de prevenir e reprimir instantaneamente a prática delituosa.

Por fim, o último órgão integrante da segurança pública previsto no rol do artigo 144 diz respeito às polícias penais, que exercem a importante função de resguardar a segurança dos estabelecimentos penais brasileiros. A sua competência é definida no artigo 144, §5º, da Constituição Federal:

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. (BRASIL, 1988).

Diante da exposição e análise dos órgãos responsáveis por atuar na segurança pública, denota-se que o legislador não fez qualquer menção à participação do Município nesse sentido.

Acerca dessa exclusão, José Afonso da Silva, autor da obra Curso de Direito Constitucional Positivo, dispõe:

"Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária" (SILVA, 2005, p. 781-782).

Desse modo, conforme assevera o autor supracitado, a exclusão do ente municipal na segurança pública decorreu de uma expressa opção do legislador, que recusou as diversas propostas que visavam instituir alguma forma de polícia municipal.

Assim, a Constituição não atribuiu ao Município competência para instituir órgãos policiais ou exercer as funções constitucionalmente atribuídas aos órgãos responsáveis pela segurança pública.

4.4 PEC 275/2016

Até a entrega do presente trabalho, tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 275/2016, de autoria do Deputado Cabo Sabino, que visa incluir a guarda municipal entre os órgãos de segurança pública.

Desse modo, a PEC nº 275/2016 propõe a inclusão de um inciso VI do caput do art. 144, da Constituição, sugerindo o seguinte teor normativo:

Art. 1º O caput do art. 144 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido de um inciso VI, com a seguinte redação:
Art. 144.0.....
.....
VI – guardas municipais.

Na justificação da PEC nº 275/2016, o autor alega que as guardas municipais possuem uma competência típica de policiamento ostensivo, mas que, de forma contraditória, nos incisos do caput do art. 144, as guardas municipais não são disciplinadas como órgão de segurança pública.

Alega que as guardas municipais se submetem aos mesmos riscos que estão sujeitos os integrantes da polícia civil e da polícia militar, mas que elas não possuem o mesmo amparo legal disposto aos policiais.

Assim, conforme justifica o autor, o principal objetivo da PEC é a correção da omissão jurídico-constitucional para garantir às guardas municipais a proteção necessária para o exercício da função.

Por conseguinte, a PEC nº 275/2016 também propõe uma nova redação ao §8º do artigo 144, da CF, equiparando o regime de previdência dos guardas municipais ao regime previdenciário dos policiais civis e militares, conforme teor normativo disposto a seguir:

Art. 2º O § 8º do art. 144 da Constituição Federal de 1988 passa a vigorar com a redação que se segue:

Art. 144

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, observadas as seguintes disposições:

I – aplica-se aos guardas municipais o disposto no art. 40, § 4º, desta Constituição; e

II – para fins de aplicação das disposições legais relativas aos critérios de aposentadoria, os guardas municipais são equiparados aos servidores públicos policiais.

Assim, a PEC nº 275/2016 visa incluir a guarda municipal no rol de órgãos responsáveis pela segurança pública, bem como oferecer aos agentes do órgão municipal as mesmas garantias postas à disposição dos policiais civis e militares, equiparando os referidos agentes municipais aos servidores públicos policiais para fins de aposentadoria.

5 GUARDA MUNICIPAL

5.1 COMPETÊNCIA MUNICIPAL

Um aspecto de relevante análise no presente trabalho diz respeito à autonomia conferida ao ente municipal pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 inovou ao reconhecer a capacidade auto-organizacional do Município, transferindo-o expressamente a competência para elaborar suas respectivas Leis Orgânicas, que no anterior regime constitucional competiam ao Estado, conforme determinava a Constituição de 1967 em seu artigo 15:

Art. 15 - A criação de Municípios, bem como sua divisão em distritos, dependerá de lei estadual. A organização municipal poderá variar, tendo-se em vista as peculiaridades locais. (BRASIL, 1967).

Por sua vez, a Constituição de 1988 conferiu ao Município a capacidade de elaboração de sua própria lei orgânica através da Câmara Municipal, conforme previsto no artigo 29, caput, da CF/88:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (BRASIL, 1988).

Todavia, destaca-se que apesar dessa nova autonomia conferida ao Município, a sua liberdade para legislar deve ser exercida dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, pois, conforme disposto na parte final do caput do artigo 29 da CF/88, na elaboração de lei orgânica municipal, devem ser atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Tal fato decorre do princípio da supremacia constitucional, que determina que todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro devem estar em conformidade com a Constituição. Nesse sentido, José Afonso da Silva dispõe:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos,

porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos (SILVA, 2005, p. 46).

Desse modo, tem-se que o princípio da supremacia constitucional significa que a Constituição se encontra no topo da hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro. Ela se constitui como o fundamento de validade de todas as demais normas, pois estabelece todos os regramentos e disposições que a normatividade infraconstitucional deve observar.

Por conseguinte, no que diz respeito à autonomia municipal, é previsto no artigo 18 da CF/88 que a organização político-administrativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Todavia, para que possa seja possível que cada ente possua autonomia para se organizar político-administrativamente, é necessário que haja uma repartição de competências entre os entes federativos para que eles possam desenvolver adequadamente a sua atividade normativa, de modo que essa competência é definida nos moldes da CF/88.

Nesse sentido, a competência se constitui como a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público, conferindo-lhes o poder e a autoridade necessários para emitir decisões e exercer plenamente suas funções, de acordo com as leis e normas estabelecidas.

Assim, a Constituição Federal disciplina suas disposições acerca da competência municipal mais especificamente nos artigos 23 e 30, que serão analisados no presente tópico.

A priori, destaca-se que diante da temática abordada no presente estudo, as disposições normativas contidas no artigo 23 de maior relevância dizem respeito aos ditames determinados pelo inciso I, cujo teor normativo é disposto a seguir:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (BRASIL, 1988).

Desse modo, a Constituição permitiu que todos os entes federativos, incluindo o Município, fossem competentes para, dentre outras atividades, atuar na

conservação do patrimônio público, sendo essa uma das competências conferidas ao Município.

Não obstante as disposições relativas à competência comum dos entes federativos, a Constituição Federal de 1988 prevê especificamente as competências municipais em seu artigo 30, cujos incisos I e V possuem maior relevância para o desenvolvimento do presente tópico. Assim, segue o referido teor normativo:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (BRASIL, 1988).

A partir da leitura do dispositivo supracitado, é notório que a Constituição limita a atividade do Município, tendo em vista que determina que a competência municipal, seja para legislar ou para prestar serviços, somente diz respeito aos assuntos de interesse local.

Nesse contexto, os assuntos interesse local dizem respeito ao interesse público local, consistente nos serviços e disposições normativas que estão dentro da esfera da competência atribuída ao Município. Assim, ao elaborar leis e ao prestar serviços públicos, o Município tem o dever de observar os limites que lhe são impostos constitucionalmente.

Não obstante, outra relevante competência atribuída ao Município diz respeito à sua participação no exercício da fiscalização de trânsito. Nesse sentido, o Código de Trânsito Brasileiro prevê em seu art. 8º a seguinte disposição normativa:

Art. 8º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão os respectivos órgãos e entidades executivos de trânsito e executivos rodoviários, estabelecendo os limites circunscricionais de suas atuações. (BRASIL, 1997).

Destaca-se que a fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas previstas em lei, embora possa ocorrer de maneira ostensiva, constitui mero exercício do poder de polícia, não havendo óbice ao seu exercício por entidades não policiais, motivo pelo qual o Município pode executar tais atividades.

Desse modo, o Município pode determinar que o poder de polícia que lhe compete no tocante à fiscalização do trânsito seja exercido pela guarda municipal, uma vez que a execução do poder de polícia não é uma exclusividade das entidades de segurança pública contidos no rol do art. 144, da CF/88.

5.2 COMPETÊNCIA DA GUARDA MUNICIPAL

Conforme analisado no presente estudo, a Constituição Federal determina, nos incisos de seu artigo 144, os órgãos responsáveis por exercer a segurança pública, consistindo em: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares, corpos de bombeiros militares e polícias penais federais, estaduais e distritais.

No entanto, destaca-se que o constituinte não previu no rol do artigo 144 a participação do Município no exercício da segurança pública, atribuindo essa competência apenas ao governo federal e estadual.

Todavia, no parágrafo 8º do artigo 144, o legislador permite que os Municípios constituam guardas municipais destinadas à proteção dos seus bens, serviços e instalações. Assim, segue o referido diploma normativo:

§8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

A determinação acima disposta é reiterada pelo Estatuto Geral das Guardas Municipais, a Lei nº 13.022/2014, que em seu artigo 4º estabelece a competência de atuação das Guardas Municipais:

Art. 4º É competência geral das guardas municipais a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município.

Parágrafo único. Os bens mencionados no caput abrangem os de uso comum, os de uso especial e os dominiais. (BRASIL, 2014).

Conforme regulamentação dos dispositivos supracitados, a atuação da Guarda Municipal é destinada à proteção do patrimônio e dos serviços do Município. Logo, o

exercício das funções pelo referido órgão deve ocorrer com observância da finalidade prevista pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Tal fato decorre da expressa previsão legislativa de que Guarda Municipal não pode atuar fora das atribuições que lhe são conferidas enquanto órgão do Município. Assim, não podem ser exercidas pelo referido ente federativo as funções atribuídas à União, aos Estados ou ao Distrito Federal, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 13.022 /2014:

Art. 2º Incumbe às guardas municipais, instituições de caráter civil, uniformizadas e armadas conforme previsto em lei, a função de proteção municipal preventiva, ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal. (BRASIL, 2014).

Desse modo, a margem de liberdade disposta por lei para a atuação do Município dentro do capítulo da segurança pública se limita às atividades desenvolvidas com o intuito principal de proteção dos bens, serviços e instalações municipais, uma vez que essa constitui a finalidade institucional da Guarda Municipal.

A partir da análise dos incisos do artigo 144 da CF/88, denota-se que o constituinte não fez qualquer previsão a um órgão policial dos Municípios. Nesse sentido, José Afonso da Silva aponta que a exclusão do ente municipal ocorreu por expressa opção do legislador:

"Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária" (José Afonso da Silva, 2007, p. 638-639).

Portanto, conforme assevera o autor, o constituinte não conferiu ao Município nenhuma responsabilidade específica pela segurança pública, de modo que o referido ente normativo apenas auxilia o Estado no desempenho dessa função.

Dentro do capítulo da segurança pública, a proteção do patrimônio público municipal se constitui como a principal finalidade da guarda municipal. Todavia, o exercício dessa atividade é uma competência comum de todos os entes federativos, conforme previsto no art. 23, I, da CF/88. Desse modo, o Município não possui não

possui nenhuma responsabilidade específica dentro da segurança pública, possuindo apenas a incumbência de auxiliar o Estado no desempenho dessa função.

6 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os tribunais superiores possuem uma importância fundamental na proteção dos direitos individuais e coletivos relacionados à segurança pública, especialmente para decidir acerca da atuação das guardas municipais no Brasil.

Suas decisões asseguram que as atividades estatais sejam executadas dentro dos parâmetros legais, protegendo a população contra abusos e arbitrariedades praticados pelo poder público.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é responsável por garantir a conformidade da normatividade infraconstitucional com a Constituição Federal. Assim, ao apreciar os casos relacionados à competência e aos limites de atuação das guardas municipais, o STF pode interpretar a legislação e definir os parâmetros legais, estabelecendo precedentes e orientando a atuação do órgão municipal.

Por sua vez, a atuação do Superior Tribunal de Justiça é voltada para a uniformização e interpretação das leis federais no Brasil, de forma que as suas decisões contribuem para a construção de um entendimento unificado e consolidado no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, o STF e o STJ estabelecem diretrizes e limites para a atuação das guardas municipais, assegurando que seus poderes e prerrogativas estejam em conformidade com a legislação vigente e que não violem os direitos constitucionais dos indivíduos, além de assegurar a responsabilização de agentes públicos em eventuais abusos.

Assim, no contexto da segurança pública, a atuação dos tribunais superiores possui papel fundamental, pois contribui para a consolidação de princípios como a legalidade, a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana e a preservação dos direitos fundamentais.

6.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dentro da temática abordada, o entendimento dos tribunais superiores possui papel imprescindível, tendo em vista que as decisões proferidas impactam diretamente na forma que as guardas municipais exercem suas funções.

Desse modo, ao interpretar a Constituição e estabelecer os parâmetros e diretrizes que devem ser seguidos pelos agentes municipais no desempenho de suas funções, o Supremo Tribunal Federal contribui para a segurança jurídica e para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos no contexto da atuação do referido órgão.

Neste sentido, uma importante decisão do STF diz respeito ao julgamento da ADI 2.827, do relator ministro Gilmar Mendes. Na referida ação, o tribunal estabeleceu que o rol de órgãos encarregados pela segurança pública é taxativo. Segue teor da decisão:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 19, de 16 de julho de 1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; expressão “do Instituto-Geral de Perícias” contida na Emenda Constitucional nº 18/1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; e Lei Complementar nº 10.687/1996, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 10.998/1997, ambas do Estado do Rio Grande do Sul. 3. Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. O requerente indicou os dispositivos sobre os quais versa a ação, bem como os fundamentos jurídicos do pedido. Preliminar de inépcia da inicial rejeitada. 5. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente. (ADI 2827, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2010, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-01 PP-00019).

Portanto, diante da taxatividade do rol do art. 144, da CF/88, apenas os órgãos policiais da União ou dos Estados podem atuar no exercício da segurança pública, de modo que os órgãos do Município não foram inclusos pelo legislador constituinte.

Por conseguinte, outro importante entendimento foi consolidado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658570, do relator ministro Marco Aurélio. Ao julgar a ação, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é constitucional a atuação da guarda municipal na fiscalização do trânsito, inclusive com aplicação das penalidades administrativas previstas em lei.

Conforme fundamenta o tribunal, a fiscalização do trânsito constitui mero exercício do poder de polícia, que também pode ser exercido pelo Município. Nesse sentido, a competência da atuação do Município na fiscalização de trânsito é prevista no Código de Trânsito Brasileiro, que estabelece a atividade como uma competência comum dos entes federativos.

Assim, segue teor do julgado:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PODER DE POLÍCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. GUARDA MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Poder de polícia não se confunde com segurança pública. O exercício do primeiro não é prerrogativa exclusiva das entidades policiais, a quem a Constituição outorgou, com exclusividade, no art. 144, apenas as funções de promoção da segurança pública. 2. A fiscalização do trânsito, com aplicação das sanções administrativas legalmente previstas, embora possa se dar ostensivamente, constitui mero exercício de poder de polícia, não havendo, portanto, óbice ao seu exercício por entidades não policiais. 3. O Código de Trânsito Brasileiro, observando os parâmetros constitucionais, estabeleceu a competência comum dos entes da federação para o exercício da fiscalização de trânsito. 4. Dentro de sua esfera de atuação, delimitada pelo CTB, os Municípios podem determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal. 5. O art. 144, §8º, da CF, não impede que a guarda municipal exerça funções adicionais à de proteção dos bens, serviços e instalações do Município. Até mesmo instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia. Entendimento que não foi alterado pelo advento da EC nº 82/2014. 6. Desprovemento do recurso extraordinário e fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas. (RE 658570, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 29-09-2015 PUBLIC 30-09-2015)

Portanto, conforme entendimento do STF, a fiscalização de trânsito constitui mero exercício do poder de polícia, de modo que não há óbice ao seu exercício por entidades não policiais, incluindo as guardas municipais.

Assim, destaca-se que taxatividade do rol do artigo 144, da CF/88, somente diz respeito aos órgãos que podem exercer a segurança pública, e não aos que podem exercer o poder de polícia. Enquanto a segurança pública é uma responsabilidade exercida exclusivamente pelos órgãos policiais, o poder de polícia na esfera da fiscalização do trânsito pode ser executado através das guardas municipais.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, dentro da esfera de atuação delimitada pelo Código de Trânsito Brasileiro, o Município pode determinar que o poder de polícia que lhe compete seja exercido pela guarda municipal.

6.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além da relevante atuação do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também desempenha papel fundamental, sendo responsável por garantir a uniformidade da interpretação das leis federais em todo o território nacional.

Através da análise do entendimento dos tribunais superiores, tem-se uma maior compreensão acerca das atribuições e competências conferidas à guarda municipal pela Constituição de 1988. Dentro dessa temática, o STJ consolidou importantes entendimentos no REsp nº 1.977/SP. Assim, segue a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DAS GUARDAS MUNICIPAIS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CLARA, DIRETA E IMEDIATA COM A TUTELA DOS BENS, SERVIÇOS E INSTALAÇÕES MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157 E 244 DO CPP. RECURSO PROVIDO.

1. A Constituição Federal de 1988 não atribui à guarda municipal atividades ostensivas típicas de polícia militar ou investigativas de polícia civil, como se fossem verdadeiras "polícias municipais", mas tão somente de proteção do patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações. A exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados de promover a segurança pública (incisos do art. 144 da Constituição) decorreu de opção expressa do legislador constituinte - apesar das investidas em contrário - por não incluir no texto constitucional nenhuma forma de polícia municipal.

2. Tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil - em contrapartida à possibilidade de exercerem a força pública e o monopólio estatal da violência - estão sujeitas a rígido controle correcional externo do Ministério Público (art. 129, VII, CF) e do Poder Judiciário (respectivamente da Justiça Militar e da Justiça Estadual). Já as guardas municipais - apesar da sua relevância - não estão sujeitas a nenhum controle correcional externo do Ministério Público nem do Poder Judiciário. É de ser ver com espanto, em um Estado Democrático de Direito, uma força pública imune a tais formas de fiscalização, a corroborar, mais uma vez, a decisão conscientemente tomada pelo Poder Constituinte originário quando restringiu as balizas de atuação das guardas municipais à vigilância do patrimônio municipal.

3. Não é preciso ser dotado de grande criatividade para imaginar - em um país com suas conhecidas mazelas estruturais e culturais - o potencial caótico de se autorizar que cada um dos 5.570 municípios brasileiros tenha sua própria polícia, subordinada apenas ao comando do prefeito local e insubmissa a qualquer controle externo. Ora, se mesmo no modelo de policiamento sujeito a controle externo do Ministério Público e concentrado em apenas 26 estados e um Distrito Federal já se encontram dificuldades de contenção e responsabilização por eventuais abusos na atividade policial, é fácil identificar o exponencial aumento de riscos e obstáculos à fiscalização caso se permita a organização de polícias locais nos 5.570 municípios brasileiros.

4. A exemplificar o patente desvirtuamento das guardas municipais na atualidade, cabe registrar que muitas delas estão alterando suas denominações para "Polícia Municipal". Ademais, inúmeros municípios pelo país afora - alguns até mesmo de porte bastante diminuto - estão equipando as suas guardas com fuzis, equipamentos de uso bélico, de alto poder letal e de uso exclusivo das Forças Armadas.

5. A adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a fundada suspeita de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal, porque não é a qualquer cidadão que é dada a possibilidade de avaliar a presença dele; isto é, não é a todo indivíduo que cabe definir se, naquela oportunidade, a suspeita era fundada ou não e, por consequência, proceder a uma abordagem seguida de revista. Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito.

6. Ao dispor no art. 301 do CPP que "qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito", o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a

impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Diferente, porém, é a hipótese em que a situação de flagrante só é evidenciada após realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes.

7. Da mesma forma que os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns. Trata-se de agentes públicos com atribuição sui generis de segurança, pois, embora não elencados no rol de incisos do art. 144, caput, da Constituição, estão inseridos § 8º de tal dispositivo; dentro, portanto, do Título V, Capítulo III, da Constituição, que trata da segurança pública em sentido lato. Assim, se por um lado não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro lado também não estão plenamente reduzidos à mera condição de "qualquer do povo"; são servidores públicos dotados do importante poder-dever de proteger o patrimônio municipal, nele incluídos os seus bens, serviços e instalações.

8. É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, de modo a garantir que não tenham sua estrutura física danificada ou subtraída por vândalos ou furtadores e, assim, permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. Nessa esteira, podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias, tal como ocorre, na maioria das vezes, com o tráfico de drogas.

9. Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para patrulhar supostos pontos de tráfico de drogas, realizar abordagens e revistas em indivíduos suspeitos da prática de tal crime ou ainda investigar denúncias anônimas relacionadas ao tráfico e outros delitos cuja prática não atinja de maneira clara, direta e imediata os bens, serviços e instalações municipais.

Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações absolutamente excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente - nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais. Vale dizer, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se houver, além de justa causa para a medida (fundada suspeita de posse de corpo de delito), relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, o que não se confunde com

permissão para realizarem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária.

10. Na hipótese dos autos, os guardas municipais estavam em patrulhamento quando depararam com o recorrente sentado na calçada, o qual, ao avistar a viatura, levantou-se e colocou uma sacola plástica na cintura. Por desconfiar de tal conduta, decidiram abordá-lo e, depois de revista pessoal, encontraram no referido recipiente certa quantidade de drogas que ensejou a prisão em flagrante delito.

11. Ainda que eventualmente se considerasse provável que a sacola ocultada pelo réu contivesse objetos ilícitos, não estavam os guardas municipais autorizados, naquela situação, a avaliar a presença da fundada suspeita e efetuar a busca pessoal no acusado.

Caberia aos agentes municipais, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que realizassem a abordagem e revista do suspeito, o que, por não haver sido feito, macula a validade da diligência por violação do art. 244 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP, também contrariado na hipótese.

12 . Recurso especial provido.

(REsp n. 1.977.119/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.)

Conforme fundamenta o STJ em sua decisão, as guardas municipais surgiram em 1831, e, originalmente, eram direcionadas ao serviço de manutenção da ordem pública e de combate à criminalidade.

No entanto, a Constituição de 1946 instituiu as polícias militares estaduais, que, nos termos do Decreto-lei federal 667 de 1969, passaram a exercer com exclusividade o policiamento ostensivo. Nesse contexto, muitas guardas municipais foram extintas ou passaram a se limitar à proteção do patrimônio municipal.

Assim, apesar do importante papel das guardas municipais na manutenção da ordem pública e no combate à criminalidade numa época passada, essa função foi gradativamente assumida pela Força Pública, e, posteriormente, pelas polícias militares, de modo que a atividade de patrulhamento ostensivo e preservação da ordem pública passou a ser uma atribuição exclusiva dos Estados.

Desse modo, o constituinte não atribuiu às guardas municipais nenhuma responsabilidade pela manutenção da ordem pública (atribuição da polícia militar) ou pelo desempenho da função de polícia judiciária (atribuição da polícia civil).

Nesse sentido, o STJ explica que a partir da análise dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, denota-se que, a princípio, a guarda

municipal foi incluída como um dos órgãos legitimados para atuar na segurança pública. No entanto, durante os trabalhos da Comissão de Sistematização, ficou evidente a necessidade de restringir a finalidade da entidade municipal, retirando-a do rol de órgãos encarregados de exercer a referida função.

Portanto, a exclusão das guardas municipais do rol de órgãos legitimados para atuar na segurança pública ocorreu por expressa opção do legislador constituinte, que optou por não atribuir ao órgão municipal atividades ostensivas típicas da polícia militar ou investigativas de polícia civil, mas tão somente conferir a competência para proteção do patrimônio municipal.

A decisão do STJ também é fundamentada no fato de que tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Civil estão sujeitas a um rígido controle correcional externo do Ministério Público e do Poder Judiciário. Já as guardas municipais não se sujeitam a nenhum controle correcional externo, respondendo apenas na esfera administrativa, ao comando dos prefeitos locais e de suas corregedorias internas.

Assim, se na atuação dos órgãos policiais dos 26 Estados brasileiros já se encontram dificuldades para responsabilização dos agentes por eventuais abusos, não é difícil imaginar o potencial caótico da atuação de órgãos policiais municipais num país como o Brasil, que conta com um número total de 5.570 municípios.

Nesse sentido, o STJ fundamenta que é evidenciada não apenas a impossibilidade jurídica de permitir uma polícia municipal no Brasil, mas também o risco concreto que isso representa para o país.

Por conseguinte, o STJ também dispõe que as guardas municipais podem realizar busca pessoal, mas em situações absolutamente excepcionais. Além da fundada suspeita de posse de corpo de delito, a adoção da medida deve ter uma relação clara, direta e imediata com a finalidade da corporação. Assim, a busca pessoal só é válida se for imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações do Município.

Nesse sentido, importante ressaltar que apenas a situação de flagrância delitiva legitima a busca pessoal pela guarda municipal, pois, conforme prevê o art. 301, do CPP, qualquer pessoa do povo poderá prender quem for encontrado em flagrante delito. Portanto, nessa hipótese, os agentes da guarda municipal pode efetuar a prisão em flagrante e apreender objetos do crime.

No entanto, a busca pessoal ou domiciliar realizada por agentes da guarda municipal em decorrência de atividade de investigação criminal não é válida, pois a atividade investigativa extrapola as atribuições do referido órgão.

Por conseguinte, o STJ pondera que, da mesma forma que os agentes da guarda municipal não são equiparáveis aos policiais, também não estão na mesma esfera que o cidadão comum, uma vez que o órgão municipal está inserido dentro do Título V, Capítulo III, da Constituição, que trata da segurança pública em sentido amplo. Assim, o Tribunal esclarece que as guardas municipais possuem uma atribuição *sui generis* de segurança.

Portanto, se por um lado, os agentes da guarda municipal não pode exercer as funções atribuídas exclusivamente aos policiais, por outro lado, também são se enquadram na condição de “qualquer do povo”, possuindo a importante função de proteger os bens, serviços e instalações do Município.

Ademais, o STJ dispõe que os agentes municipais podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas desde que a atuação seja voltada para a finalidade específica de proteção do patrimônio público municipal.

Com base nos fundamentos acima dispostos, o STJ anulou a condenação do réu por tráfico de drogas, declarando como ilícitas as provas obtidas em busca pessoal feita por guardas municipais durante patrulhamento rotineiro, pois, conforme apontado na decisão, os agentes da guarda estavam em contexto totalmente alheio às atribuições e finalidades do órgão municipal.

7 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma profunda análise das competências atribuídas pela Constituição Federal de 1988 ao Município no tocante à segurança pública.

A segurança pública é um direito imprescindível para a convivência harmônica da sociedade, sendo um direito tutelado pelos órgãos de segurança pública dispostos no rol do art. 144, da Constituição, que possuem atribuições distintas e específicas.

Nesse sentido, destaca-se que a guarda municipal não foi incluída pelo legislador no rol de órgãos responsáveis pela segurança pública. O órgão municipal

foi previsto apenas no §8º do referido artigo, sendo responsável pela proteção do patrimônio público municipal.

No entanto, na medida em que os índices de violência aumentaram no Brasil, as guardas municipais passaram a ter uma atuação mais ativa no enfrentamento da criminalidade, muitas vezes exercendo funções que foram atribuídas aos demais entes federativos.

Desse modo, a atuação da guarda municipal é objeto de grande divergência de opiniões na sociedade e até mesmo na comunidade jurídico, onde são encontrados argumentos distintos sobre a atuação do órgão municipal na repressão da criminalidade.

Assim, para esclarecer a conclusão desta monografia, destaca-se que o problema de pesquisa diz respeito à constitucionalidade da atuação da guarda municipal como órgão de segurança pública, de modo que os fundamentos e a conclusão do presente estudo serão expostos a seguir.

Inicialmente, no contexto de surgimento das guardas municipais no século XIX, era conferido ao Município um importante papel no combate à criminalidade. No entanto, essa responsabilidade foi gradativamente transferida a outros entes federativos, especialmente aos Estados.

Assim, através da Constituição Federal de 1988, as funções de segurança pública foram atribuídas exclusivamente à União e aos Estados, de modo que a atuação da guarda municipal passou a ser voltada apenas para a finalidade de proteger o patrimônio público do Município, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária.

Na elaboração da Constituição Federal de 1988, em princípio, a guarda municipal seria incluída como órgão de segurança pública. No entanto, durante os trabalhos da Comissão de Sistematização, tornou-se evidente a necessidade de restringir o propósito da entidade municipal, excluindo-a do rol de órgãos responsáveis por desempenhar essa função.

Nesse sentido, levando em conta as dificuldades existentes na fiscalização dos órgãos policiais dos 26 Estados brasileiros, é possível antever o potencial caótico que poderia surgir com a atuação de órgãos policiais municipais em um país como o Brasil, que conta com 5.570 Municípios.

Além disso, enquanto os agentes policiais estão sujeitos a um rígido controle externo do Ministério Público e do Poder Judiciário, os guardas municipais respondem apenas na esfera administrativa, ao comando das prefeituras locais e de suas corregedorias internas.

Portanto, a exclusão das guardas municipais do rol de órgãos encarregados pela segurança pública ocorreu por expressa opção do legislador constituinte, que optou por não atribuir ao Município a competência para executar atividades típicas das polícias.

Destaca-se que, apesar de o Município estar previsto dentro do capítulo constitucional que trata da segurança pública em sentido lato, a guarda municipal não possui a mesma amplitude de atuação das polícias, motivo pelo qual não foi incluída no rol do art. 144, da Constituição.

Por expressa previsão constitucional, a guarda municipal possui a finalidade específica de proteger os bens, serviços e instalações do Município, de modo que o órgão não possui competência legal para atuar na função de prevenção ou investigação de crimes.

Desse modo, o legislador constituinte atribuiu apenas à União e aos Estados a competência para atuar na segurança pública, excluindo expressamente a participação dos Municípios.

Portanto, se determinado ente federativo não pode atuar na segurança pública, a mesma restrição será imposta aos seus órgãos. Assim, o presente estudo conclui que a atuação da guarda municipal como órgão de segurança pública está em desconformidade com a Constituição Federal de 1988.

No entanto, apesar da guarda municipal não estar prevista como órgão de segurança pública, ela se encontra localizada no Título V, Capítulo III, da Constituição, que trata da segurança pública em sentido amplo.

Assim, conclui-se que da mesma forma que os agentes da guarda municipal não se equiparam aos policiais, eles também não estão na mesma esfera que o cidadão comum, possuindo uma atribuição *sui generis* de segurança, consistente na proteção dos bens, serviços e instalações do Município.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 275, de 16 de novembro de 2016**. Dá nova redação ao §8º do art. 144 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2117201>. Acesso em 15 de maio de 2023.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em 19 de abril de 2023

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.977.119 – SP (2021/0391446-0)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 16/08/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103914460&dt_publicacao=23/08/2022. Acesso em 02 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2827/RS**. Relator: Gilmar Mendes. Julgado em 16/09/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621461>. Acesso em 18 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 658570/MG**. Relator: Marco Aurélio. Julgado em 06/08/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863995052/inteiro-teor-863995062>. Acesso em 23 de abril de 2023.

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 03 de maio de 2023.

DOMINGUES, Vargas Joana. **As guardas municipais no Brasil: Um modelo de análise**. 2010. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7201/0>. Acesso em 29 de março de 2023.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, **Atlas da violência**. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/328>. Acesso em 20 de maio de 2023.

Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014 - **Estatuto Geral das Guardas Municipais**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm. Acesso em 20 de maio de 2023.

Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 - **Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em 29 de março de 2023.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41ª ed. Ed. Malheiros – São Paulo. 2015.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **A segurança pública na Constituição**. O Alferes, v. 9, n. 28, 1991. Disponível em: <https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/index.php/alferes/article/view/512>. Acesso em 18 de maio de 2023.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. **Poder de polícia e atribuições das Guardas Municipais**. Jus Navigandi, Teresina, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17604>. Acesso em 23 de março de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas**. 2007. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/577156167/Claudio-Pereira-de-Souza-Neto-A-Seguranca-Publica-na-CF-88#>. Acesso em 20 de maio 2023.

OS PROGRAMAS DE PROTEÇÃO AO EMPREGO: o programa seguro-emprego – PSE e o novo programa emergencial de manutenção do emprego e da renda

Anna Beatriz Carvalho Galvão de Figueiredo*

Marcel Silva Luz**

RESUMO

A legislação trabalhista possui como principal objetivo a proteção dos trabalhadores, considerando a sua posição de inferioridade em face dos empregadores, contudo em momentos de crise econômica se faz necessário que as leis sejam flexibilizadas a fim de proteger esse objetivo. A partir desse cenário, para ajudar as empresas a evitar uma paralização de suas atividades e uma demissão em massa de seus empregados foram criados os programas sociais como o Programa Seguro Emprego- PSE e recentemente o Novo Programa de Proteção ao Emprego e a Renda, onde os contratos restam suspensos por um determinado período, momento em que o Estado assume, em parte, a responsabilidade pela obrigação salarial, com o fito de auxiliar as empresas a se reestabelecerem financeiramente, permitindo a continuidade dos postos de emprego e protegendo a dignidade e bem-estar do trabalhador ao garantir a sua renda mensal.

Palavras-chave: crise, economia, proteção trabalhador, programas sociais, recuperação, empresa, demissão, emprego, suspensão, salário.

ABSTRACT

The main objective of the labor legislation is to protect the working class, considering it's inferior position compared to the employers; however, in times of economic crisis, it is necessary to make the laws more flexible to protect this objective. Based on this scenario, social programs such as the Secure Labor Program (PSE) and, more recently, the New Program for Employment and Income Protection have been created to help companies avoid the interruption of their activities and the mass dismissal of their workers; in these programs, contracts are suspended for a certain period of time, during which time the State partially assumes responsibility for the salary obligations, with the aim of helping companies to recover financially, allowing the continuity of jobs and protecting the dignity and well-being of the workers by guaranteeing their monthly income.

Key-words: crises, economy, workers protection, social programs, recover, companies, dismissal, job, suspension, salary.

* Bacharelada de Direito pelo Centro Universitário Uniesp.

** Professor Orientador

1. INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo vive uma situação de instabilidade econômica que tem gerado uma relevante redução nos níveis de produção, um prejuízo nos rendimentos e retorno financeiro. Em decorrência desse cenário foram criados, na tentativa de minimizar os efeitos da crise, o Programa Seguro Emprego - PSE e o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, como meios legais, de enfrentamento às crises vividas, sem que isso resulte na redução de empregos.

A Constituição Federal vigente trouxe em seu texto um rol de direitos, garantias e princípios voltados à proteção do trabalhador, que se encontram elencados principalmente no Art. 7º, como forma de proporcionar ao trabalhador direitos mínimos, e a preservação de sua dignidade considerando sua situação de, em regra, hipossuficiência na relação de trabalho. Além da Carta Magna, diversas leis esparsas e a própria Consolidação das Leis Trabalhistas- CLT trataram de aumentar as garantias e direitos conferidos aos obreiros.

No tocante aos Princípios e garantias asseguradores dos direitos conferidos aos empregados, vale destacar alguns de forma específica para uma melhor análise do tema estudado, em especial o da irredutibilidade salarial e proteção ao emprego.

A irredutibilidade salarial e a proteção ao empregado hipossuficiente se encontram intrinsecamente ligada ao contrato de trabalho e a possibilidade de alteração dele, ao direito coletivo e a economia.

A CLT assegura em seu Art. 468, que para a alteração nos contratos de trabalho ser considerada válida é necessário o mútuo consentimento das partes, empregado e empregador, dispondo ainda que mesmo com a concordância expressa a modificação não pode resultar, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado, sob pena decretação da nulidade da cláusula modificativa.

Sendo este o mesmo entendimento da CF/88 considerando que no texto do Art.7º, inciso VI, que veda expressamente a irredutibilidade salarial, apresentando como exceção as convenções e acordos coletivos.

Dessa forma é possível concluir que a atual legislação brasileira confere ao salário uma proteção especial de garantia do empregado, tendo em vista especialmente em tornar possível sua subsistência.

O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre duas possibilidades de flexibilização da legislação, com possibilidade de alteração contratual para reduzir a carga horária e conseqüentemente o salário dos funcionários, com o fito de tornar possível a continuidade das atividades empresariais, preservando assim um número incontável de postos de trabalho.

Sendo desenvolvido com base na leitura da legislação específica e geral sobre o tema, além da apresentação de conceitos essenciais para a melhor elucidação da temática, adotando a vertente metodológica qualitativa em conjunto com o método de abordagem geral dedutivo, construindo uma relação de causa e efeito do problema para buscar uma ou mais conclusões, tudo com o auxílio da interpretação sistemática (MACEDO, 2001, pg. 68).

Quanto ao objetivo geral, esta pesquisa classifica-se em exploratória consistindo “na investigação que objetiva oferecer informações sobre o objeto da pesquisa e orientar a formulação de hipóteses, estabelecendo critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa (HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco, 2002, pg. 35)”.

O procedimento técnico utilizado neste trabalho é o bibliográfico, que como conceitua Antônio Carlos Gil (2002, pg. 44): “[...] é desenvolvida com base em material elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”. Utilizando a pesquisa documental existente sobre a matéria.

O presente projeto procura discorrer sobre a resposta para duas importantes perguntas, quais sejam: o PSE e o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda apresentam uma alternativa para auxiliar as empresas em momentos de crise? Esses programas trazem benefícios e estímulos para o empregador e para as empresas?

2. DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO

A CF/88 garante a valorização do trabalho, o protegendo com o mesmo *status* conferido aos direitos humanos e as garantias individuais. Essa proteção veio após décadas em que o empregador ficou desamparado pela legislação, surgindo diante da necessidade de uma proteção institucionalizada vislumbrada nos acontecimentos

de diversos momentos históricos, em que o trabalhador era submetido ao labor em condições totalmente desumanas.

Em decorrência da expansão industrial ocorrida na Revolução Industrial a classe trabalhadora foi completamente explorada, sendo obrigada a trabalhar de forma totalmente degradante, muitas vezes em condições análogas à escravidão, tendo sido a situação ainda pior para as mulheres, crianças e idosos. Ocasão em que foi possível verificar a grande necessidade de intervenção Estatal para proporcionar melhores condições de trabalho e proteção do empregado, possibilitando a defesa da dignidade da pessoa humana, que passou a ser considerado um princípio basilar do direito.

A Constituição Federal apresenta a importância do trabalho em diversos artigos em seu texto, tendo incluído o direito ao trabalho no rol dos direitos sociais (Art. 6º, CF), o considerando também como um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil (Art. 1º, IV da CF), e no mesmo sentido apresenta que a ordem econômica deve ser “fundada na valorização do trabalho humano” (Art. 170, CF). .

Sendo essa a origem do Direito do Trabalho com ramo de aplicação da legislação vigente, que consoante palavras de Mauro Shiavi (SHIAVI, MAURO, Manual Didático de Direito do Trabalho, 2021, pag. 38) conceitua-se *como o conjunto de princípios, regras e instituições que regem a relação de emprego e as relações de trabalho a elas equiparadas, tendo por finalidade fixar os direitos do trabalhador, para garantia de sua dignidade e melhoria da sua condição social.*

Entre o conjunto de princípios desenvolvidos para possibilitar a mais abrangente proteção ao trabalhador, tem-se: princípio da proteção, princípio da continuidade da relação do trabalho e o princípio da irredutibilidade da verba salarial.

3. DO PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE DOS CONTRATOS CONSAGRADO NO ART. 468 DA CLT

O princípio da inalterabilidade dos contratos é um conceito jurídico emprestado do ramo civilista do direito, que se constitui na impossibilidade de alterar de forma unilateral, ou seja sem o consentimento mútuo, os termos do contrato de trabalho, buscando garantir a segurança jurídica das partes envolvidas.

A legislação trabalhista consolidou o princípio no texto do Art. 468 da CLT, em que ficou determinado que ainda que consensual resta vedada a alteração que resultar em prejuízos, diretos ou indiretos, para o empregador.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita à alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Um exemplo de aplicação desse princípio é a proibição imposta ao empregador de reduzir a jornada do empregado de forma que afete a sua remuneração, podendo o trabalhador considerar rescindido indiretamente o contrato de trabalho e pleitear o pagamento da indenização devida (Art. 483, 'g', da CLT).

No entanto a aplicabilidade do princípio não é absoluta uma vez que existe a possibilidade de modificação do contrato, dentre as hipóteses que permitem a mudança está a necessidade de reestruturação ou reorganização da empresa e ainda os casos em que a alteração é necessária para permitir que a empresa preserve sua atividade econômica. Como é o caso dos programas expostos abaixo.

4. DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

O direito coletivo do trabalho é o ramo do direito que trata das relações coletivas entre empregados, empregadores e sindicatos. Ele tem como objetivo regular as relações de trabalho em um nível coletivo, ou seja, nas relações entre grupos de trabalhadores e empregadores, em vez de apenas nas relações individuais de trabalho.

O autor MARTINS, (2014, pg.) conceitua “o Direito coletivo do trabalho é o segmento do Direito do Trabalho incumbido de tratar das organizações sindicais, da negociação coletiva, das normas coletivas, da representação dos trabalhadores e da greve”.

O direito coletivo do trabalho é responsável por estabelecer regras para a formação e a atuação de sindicatos, bem como para a negociação coletiva de trabalho, greves e *lockouts*. Ele visa equilibrar o poder entre empregados e

empregadores, garantindo a proteção dos direitos trabalhistas e a promoção de condições dignas de trabalho.

A criação dos sindicatos teve como objetivo auxiliar os trabalhadores, através de uma associação daqueles na mesma ou similar profissão/atividade, na busca por melhores condições de vida e trabalho para a classe a qual pertence.

O artigo 511 da CLT explicita e esclarece a função do sindicato como sendo a “lícita à associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividade ou profissões similares ou conexas”.

Quando da ausência de efetivação ou da necessidade de preenchimento de algumas lacunas das próprias leis, os sindicatos possuem legitimidade para elaborar normas, sempre observando as normas consideradas de ordem pública.

A autonomia sindical é garantida pela Constituição Federal, que reconhece os sindicatos como entidades de representação dos interesses dos trabalhadores e estabelece que sua organização e funcionamento devem ser livres e democráticos. Além disso, a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também reconhece a autonomia sindical como um direito fundamental dos trabalhadores.

A supracitada autonomia é importante porque garante a independência e a representatividade dos sindicatos, que podem atuar livremente em defesa dos interesses dos trabalhadores, sem interferência de governos ou de outras entidades que possam ter interesses divergentes. Ela também promove a democracia sindical e a participação dos trabalhadores na vida sindical, favorecendo a construção de uma sociedade mais justa e equilibrada.

E é como consequência dessa autonomia que existe a possibilidade de criação dos acordos e convenções coletivas, que prevalecem até mesmo sobre a lei como disposto no Art. 611-A da CLT.

Em resumo, é indiscutível a tamanha importância do direito coletivo do trabalho e da autonomia sindical para a proteção dos direitos dos trabalhadores e para a garantia de uma sociedade mais democrática e justa, com uma melhor condição de vida para o empregado e para a capacidade financeira do empregador.

Notadamente, além do direito coletivo, ou ainda, o direito sindical é a entidade primordial para a os conceitos ora estudo. Bem com, temos como sendo essenciais o estudo de alguns princípios impreteríveis a compreensão do tema.

4.1 PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

Conforme explanado anteriormente a legislação trabalhista traz como condão principal a busca por uma maior proteção para o empregado, considerando a grande desigualdade entre o trabalhador e seu empregador.

Nesse sentido, Carmem Camino defende em seus ensinamentos que

[...] A desigualdade econômica, que deixa o empregado a mercê do empregador, é fator de profunda indignidade. A busca da compensação dessa desigualdade, de alcançar uma igualdade verdadeira, substancial, é a busca da realização da dignidade da pessoa humana” (2004, p. 94)

O salário foi conceituado por TADEU (2008) como “o pagamento que empregador realiza ao empregado tendo em vista o contrato de trabalho, ou seja, é a contraprestação direta pela prestação do serviço.”

É nesse universo que surge o princípio da irredutibilidade salarial, com previsão no texto constitucional no artigo 7º, X, garante expressamente “proteção ao salário na forma da lei”, tem como objetivo assegurar o salário e a estabilidade econômica do empregado durante a vigência do contrato de trabalho.

De acordo com esse entendimento, destaca NASCIMENTO, 2014, que “as razões que determina a irredutibilidade de salário são de ordem econômica e alimentar, uma vez que, permitida a sua redução, o empregado não teria a segurança necessária para manter o ganho conta para a sua subsistência”.

Desse modo, a principal exceção ao princípio em estudo está prevista no Art. 7º, IV da Constituição Federal vigente

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
(*grifamos*)

Devendo ser respeitado o disposto no Art. 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas que reza

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita à alteração das respectivas condições por **mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado**, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. *(grifos próprios)*

Assim, a legislação permite de maneira regulamentada o ajuste das normas trabalhistas e do contrato de trabalho por meio de negociações coletivas encabeçadas pelas organizações sindicais.

Permitindo a flexibilização do caráter protecionista do Direito do Trabalho com o fito de evitar o aumento do número de desempregados durante momentos de crises, sejam elas setoriais ou de caráter nacional como a evidenciada em diversos momentos da história recente do país.

Merecendo as exceções ao princípio da irredutibilidade salarial uma maior atenção.

4.1.1 Exceções ao princípio da irredutibilidade salarial

O direito positivo tem como uma de suas características principais a mutabilidade, de forma que se torna possível a mudança da legislação para acompanhar o momento vivido pela sociedade.

É com base nessa possibilidade que certas normas do direito podem ser flexibilizadas em determinadas situações para se adequar de forma melhor as condições sociais. Em especial no ramo trabalhista, já que o vínculo empregatício depende de diversos fatores externos, como por exemplo a economia nacional. Tudo com o objetivo de proteger o empregado e garantir a continuidade do contrato de trabalho.

Com efeito, a extrema crise econômica brasileira tem afetado a economia de tal forma que surge então a necessidade de reduzir os gastos para tentar manter e economia em índices razoáveis para manutenção de empregos e empreendimento.

É em decorrência da necessidade de flexibilização de algumas normas do direito do trabalho em situações de crise econômica que surgem as exceções ao princípio da irredutibilidade salarial.

A Constituição Federal trata em seu Capítulo II o rol de direitos sociais, estando dispostos de forma específica no Arts. 7º, 8º e seguintes, somente direitos de ordem pública conferidos aos trabalhadores, sendo um deles o reconhecimento dos acordos e negociações coletivas, encabeçadas pelos sindicatos representantes de suas respectivas classes (Art. 8º, III da CF/88).

O supramencionado Art. 7º traz em seu inciso IV e VII uma especial proteção ao salário-mínimo, tendo a CLT disposto em seu texto legal (Art. 468) a mesma proteção ao vedar alterações contratuais que possam trazer riscos ao trabalhador, ainda que de forma indireta. No entanto existe a previsão legal de flexibilização de tais normas por meio de acordo ou convenção coletiva.

Contudo, se faz necessária uma atuação mais forte do Poder Legislativo a fim de criar uma legislação específicas que trate das exceções ao princípio da irredutibilidade salarial e respeito ao salário-mínimo.

4.2 HIPÓTESES LEGAIS DE INTERRUPÇÃO E SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO CONTRATO DE TRABALHO SEGUNDO AS NORMAS DA CLT

Um dos maiores objetivos estabelecidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT é possibilitar a continuidade da relação de trabalho, assim foi necessário que a legislação apresentasse em seu escopo formas de salvaguardar esse objetivo mesmo nas situações que impossibilitariam a continuidade do contrato de trabalho.

Dessa forma, existem exceções que permitem a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho como formas de proteção do vínculo empregatício.

A suspensão foi conceituada por DELGADO (2019, pg. 1262) como

A suspensão contratual é a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes.

DELGADO defende ainda que apesar de tornar temporariamente sem efeitos as cláusulas firmadas a suspensão do contrato de trabalho não susta os efeitos dos deveres de lealdade e fidelidade, como por exemplo a proibição de revelar segredos da empresa e de concorrência desleal

Importante ressaltar que durante o período de suspensão do contrato de trabalho o empregador não pode romper o contrato do trabalho, excetuando as hipóteses de justo motivo.

O doutrinador retromencionado tratou de definir o instituto da interrupção do contrato de trabalho como:

“A interrupção contratual é a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as demais cláusulas contratuais. Como se vê, é a interrupção a sustação restrita e unilateral de efeitos contratuais. É também conhecida como suspensão parcial do contrato” (Gomes e Gottschalk).

A interrupção contratual resulta na sustação da cláusula de obrigatoriedade da prestação de serviço. Desse modo, não se presta trabalho (nem se fica à disposição), mas se computa o tempo de serviço e paga-se o salário. Isso significa que as obrigações do empregador mantêm plena e rigorosa eficácia, o que não acontece com a principal obrigação do empregado. [DELGADO, 2019]

A CLT dispõe no texto do seu Art. 473 as hipóteses de interrupção do contrato de trabalho, como por exemplo as faltas justificadas para casamento, nascimento de filho, doação voluntária de sangue etc.

A principal diferença entre a suspensão e interrupção do trabalho está na paralização e continuidade do contrato de trabalho e dos seus efeitos. Na interrupção o empregado continua sendo remunerado mesmo sem existir a efetiva prestação de serviço e conta para todos os efeitos como tempo de serviço, já na suspensão o empregado a empresa não está obrigado a efetuar o pagamento dos salários, nem tampouco conta o tempo de serviço e paralização transitórias dos efeitos do contrato de trabalho, sem nenhuma obrigação a ser cumprida. Uma ótima forma de detalhar as diferenças entre elas é justamente explicando os casos práticos de cada uma.

A CLT apresentou em seu texto legal uma hipótese de suspensão que ficou conhecida como *Lay Off*, tudo com o objetivo de auxiliar o trabalhador a permanecer ativo no mercado de trabalho. Durante o *lay off*, acontece a suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em cursos ou programas de qualificação profissional, nos moldes do Art. 476-A da CLT.

O contrato pode permanecer suspenso por um período de dois a cinco meses, mediante previsão em negociação coletiva e aquiescência formal do empregado, podendo esse prazo de prorrogado desde que o empregador arque com o valor referente a bolsa de qualificação profissional devida ao empregado durante a suspensão, é vedada a suspensão do contrato mais de uma vez no período de dezesseis meses.

Durante o período de "qualificação" o empregado não recebe salários, que devem ser substituídos por "ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial" do empregador (art. 476-A, § 3º, da CLT), fazendo jus ainda, a receber "bolsa de qualificação profissional" custeada pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, além da percepção de "benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador".[Bertolucci, 2015].

Nos períodos da suspensão, fica o empregado proibido de permanecer trabalhando, sob pena de descaracterizar a suspensão do contrato, situação em que seriam devidos de imediato os salários e encargos referentes a todo o período, tendo em vista que a suspensão ocorre para que o trabalhador participe de cursos ou programas de qualificação profissional.

5. PROGRAMA SEGURO-EMPREGO – PSE

No final do ano de 2015 houve a promulgação da Lei nº 13.189/2015 que instituiu o então chamado Programa de Proteção ao Emprego (PPE), hoje conhecido como Programa Seguro-Emprego – PSE, devido ao conturbado momento vivido na economia do país.

O objetivo do programa foi claramente apresentado no texto de seu Art. 1º, *in verbis*

Art. 1º Fica instituído o Programa Seguro-Emprego (PSE), com os seguintes objetivos: (Redação dada pela Lei nº 13.456, de 2017)

- I - possibilitar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica;
- II - favorecer a recuperação econômico - financeira das empresas;
- III - sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, para facilitar a recuperação da economia;
- IV - estimular a produtividade do trabalho por meio do aumento da duração do vínculo empregatício; e
- V - fomentar a negociação coletiva e aperfeiçoar as relações de emprego.

Além do mais, o programa apresenta medidas para não só proteger o empregado, já que estabelecia a continuidade das contribuições ao FGTS e INSS, como também apresentava uma alternativa para que as empresas com dificuldades financeiras tivessem condições de manter sua atividade empresarial, de modo a preservar um incontável número de postos de trabalho.

As empresas poderiam aderir ao programa até o final do ano de 2017, tornando possível, a redução temporária, limitada a 30%, da jornada de trabalho de seus empregados. E em o Governo Federal, com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), pagaria aos funcionários cuja remuneração foi reduzida uma compensação na proporção de 50% do valor que foi reduzido de seu salário, respeitando o limite de 65% da parcela máxima do seguro-desemprego.

O programa constitui-se na adoção de medidas com o objetivo de garantir a manutenção do contrato de trabalho no momento em que a economia do país sofre com uma grande crise econômica, que levaria as empresas a reduzir seu número de empregados como uma saída para ter condições de manter suas atividades.

A redução limitada a 30% da jornada de trabalho, e conseqüentemente do salário do obreiro, só seria possível com a realização de um acordo coletivo cuja a realização teria que ser específica para a adesão ao PSE conforme determinação do Art. 5º da lei 13.189/15 (com redação da Lei nº 13.456/17).

Para ser considerado válido o acordo coletivo entre o sindicato e a empresa era necessário a sua aprovação em assembleia, devendo dispor sobre o número total de empregados abrangidos, os estabelecimento e/ou setores específicos da empresa, o percentual da redução, o período de adesão ao programa, o período da garantia concedida ao empregador contra despedidas imotivadas e a constituição de comissão

paritária formada por mesmos da empresa aderente e seus funcionários que teria como função a fiscalização do cumprimento dos termos acordados (excetuando-se as microempresas e empresas de pequeno porte).

A redução na jornada de trabalho e salário teria como duração o período de 6 meses, com a possibilidade de prorrogação, por períodos de 6 meses, respeitando o limite máximo de 24 meses.

O empregado que tivesse sua jornada reduzida teria garantia de emprego por igual período à da redução, acrescida de no mínimo um terço.

A legislação (lei 13.189/15 com redação da Lei nº 13.456/17) dispôs sobre vedações impostas à empresa durante o período de adesão ao PSE, quais sejam:

Art. 6º A empresa que aderir ao PSE fica proibida de: (Redação dada pela Lei nº 13.456, de 2017)

I - dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao PSE e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão; e (Redação dada pela Lei nº 13.456, de 2017)

II - contratar empregado para executar, total ou parcialmente, as mesmas atividades exercidas por empregado abrangido pelo programa, exceto nas hipóteses de:

a) reposição;

b) aproveitamento de concluinte de curso de aprendizagem na empresa, nos termos do art. 429 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 .

c) efetivação de estagiário; (Incluído pela Lei nº 13.456, de 2017)

d) contratação de pessoas com deficiência ou idosas; e (Incluído pela Lei nº 13.456, de 2017)

e) contratação de egresso dos sistemas prisional e de medidas socioeducativas. (Incluído pela Lei nº 13.456, de 2017)

§ 1º Nas hipóteses de contratação previstas no inciso II do caput deste artigo, o empregado deve ser abrangido pelo acordo coletivo de trabalho específico. (Redação dada pela Lei nº 13.456, de 2017)

§ 2º Durante o período de adesão, é proibida a realização de horas extraordinárias pelos empregados abrangidos pelo programa.

As empresas que se beneficiarem devem possuir situação contributiva regularizada na administração fiscal e segurança social, essa exigência, porém não se aplica para casos de declaração da empresa que está em situação de econômica complicada ou que precisem de adaptações para o processo de recuperação de empresa.

5.1 DIREITOS DOS TRABALHADORES DURANTE O REGIME DO PROGRAMA SEGURO EMPREGO - PSE

Os trabalhadores integrantes Programa Seguro-Emprego – PSE tinham como um de seus principais direitos a garantia de empregado, sendo vedada a sua demissão imotivada por parte do empregador.

Durante o período em que o empregado estivesse com sua jornada de trabalho reduzida, e conseqüentemente uma baixa em sua remuneração, era conferido ao trabalhador o direito ao recebimento de uma compensação equivalente à metade do valor da redução salarial, respeitado o limite máximo de 65% do valor máximo do seguro-desemprego. A compensação era paga pela União, sob a responsabilidade do Ministério da Economia, por meio do Fundo de Amparo ao Empregador (FAT).

Após o fim do período de redução o salário do empregado que aderiu ao programa não poderia ser inferior ao valor correspondente ao salário-mínimo vigente.

Durante a participação no PSE, os trabalhadores continuavam a ter acesso aos benefícios trabalhistas e previdenciários assegurados por lei, como férias, 13º salário, recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e contribuição para a Previdência Social.

5.1.1 Procedimentos do PSE

A legislação apresenta em sua redação o procedimento a ser adotado pelas empresas aderentes ao programa: celebração de acordo coletivo firmado com o objetivo específico de aderir ao PSE, apresentar ao Ministério do Trabalho a solicitação de adesão ao programa, apresentar uma lista de seus empregados e seus respectivos salários, ter no mínimo 2 anos de registro no CNPJ, comprovar regularidade com suas obrigações fiscais, previdenciárias e de recolhimento do FGTS e comprovar por meio

do índice no Indicador Líquido de Empregos (ILE) a sua situação de dificuldade financeira.

Algumas exigências são impostas pela legislação às empresas que aderem ao PSE: esgotamento do Banco de Horas (BH); proibição de demissão arbitrária ou sem justa causa durante o período de estabilidade; proibição de exercer contratação de empregados para executar atividades desempenhadas por empregado abrangido pelo Programa, com algumas exceções; proibição de realização de horas extraordinárias. [EBERHARDT, L. D.; PINA, J. A.; STOTZ, E. N, 2019]

6. O NOVO PROGRAMA DE PROTEÇÃO EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA (Medida Provisória nº 936, convertida na Lei nº 14.020/ 20)

No mês de dezembro de 2019 foi relatada a ocorrência dos primeiros casos de uma doença até então desconhecida que fez suas primeiras vítimas em Wuhan na China. Não demorou muito até que o vírus que posteriormente recebeu o nome de SARS-CoV-2, o coronavírus, se espalhasse por todo o mundo. Tendo chegado às Américas em meados de fevereiro de 2020, mudando o cotidiano de todos.

Inicialmente tida como uma epidemia, levou pouco tempo até que o patamar de pandemia fosse atingido. Sendo necessária a adoção de medidas a fim de evitar a contaminação e propagação do vírus, em fevereiro de 2020 foi publicada a Lei nº 13.979 que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, definindo o isolamento e a quarentena como uma das medidas a serem adotadas, bem como permitindo que as autoridades, dentro de suas competências, implantassem providências para tentar conter o aumento de casos.

Logo, governadores e prefeitos passaram a determinar o fechamento de locais de grande circulação como: estabelecimentos comerciais, shoppings, praias, parques, etc., com intuito de evitar a aglomeração de pessoas e o contágio, restringindo, até mesmo, o deslocamento interestadual e intermunicipal.

Porém, apesar de atitudes necessárias ao momento vivido, o *lockdown* trouxe como consequência o fechamento de indústrias e do comércio, ameaçando o emprego e o salário dos trabalhadores brasileiros.

Assim, para tentar reduzir os prejuízos o Governo Federal flexibilizou temporariamente algumas regras da legislação trabalhista enquanto restasse o estado de calamidade, com fito de proteger a classe trabalhadora e possibilitar a sobre continuidade dos empreendimentos comerciais.

Inicialmente foi publicada a MP nº 927 de 2020, que apresentou providências a serem adotadas no âmbito trabalhista buscando a preservação do emprego e da renda, bem como a saúde de todos no enfrentamento do estado de calamidade pública, dentre elas o teletrabalho, que ficou conhecido popularmente como *home office*, a antecipação de férias individuais, o aproveitamento de feriados e a concessão de férias coletivas.

Em seguida, foi publicada a MP nº 936 /2020 que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que previa, de cunho emergencial, o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm); a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

6.1 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936 (LEI Nº 14.020/20)

Foi publicada em abril de 2020 a MP nº 936, com o fito de preservar as relações trabalhistas e a importante continuidade das atividades empresariais, instituindo o Programa Emergencial de Manutenção ao Emprego e da Renda (PEMER).

O programa possibilitava a redução da jornada de trabalho e de salário e a suspensão temporária do contrato de trabalho, de forma que o Governo Federal seria responsável pela complementação dos salários reduzidos ou suspensos, por meio do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

A medida flexibilizou as normas da legislação trabalhista, já que segundo o disposto na CLT é vedada a alteração do contrato de trabalho e, conseqüentemente, a redução salarial dos empregados. Tudo com o objetivo de proteger os empregadores e os empregados já que as condições necessárias para a contenção da disseminação do vírus SARS-CoV-2 resultaram na dificuldade na manutenção dos estabelecimentos empresariais o que colocou em risco a manutenção de um número inestimável de empregos em todo o país.

Vale a ressaltar que o programa não foi aplicado nas relações que envolviam a administração pública direta e indireta.

Em julho do mesmo ano a Medida Provisória foi convertida na Lei 14.020, que vigorou durante o período de calamidade e emergência pública, cujo o objetivo ficou claro no texto do seu Art. 2º

Art. 2º Fica instituído o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com aplicação durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei e com os seguintes objetivos:

I - preservar o emprego e a renda;

II - garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e

III - reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública.

6.2 DA REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E DOS SALÁRIOS E A SUSPENSÃO DOS CONTRATOS DE TRABALHO

Pela medida provisória a redução da jornada de trabalho com a redução proporcional da remuneração seria possível por meio de acordo individual, não sendo necessária a chancela do sindicato da respectiva categoria, por escrito ou negociação coletiva, cuja duração máxima seria de 90 dias, sempre respeitando o valor do salário-hora de trabalho.

A possibilidade de a redução salarial ocorrer por meio de acordos individuais sem a necessidade de aprovação do sindicato gerou uma grande discussão no mundo jurídico, tendo em vista a grande importância do Princípio da Irredutibilidade Salarial, consagrada pelo Art. 468 da CLT, bem como no Art. 7º, VI da Constituição Federal. A matéria foi levada para o STF por meio da ADI 6363 DF, em que o partido político Rede Sustentabilidade sustentou a violação aos Arts. 7º, XIII e XXVI, e 8º, III e VI da CF, o Plenário do Supremo decidiu pela constitucionalidade da Medida Provisória nº 936 e pela validade da utilização de acordos individuais e suspensão do contrato de trabalho sem a anuência do sindicato, desde que houvesse a comunicação aos mesmos dentro do prazo de 10 dias.

Os percentuais de redução de jornada de trabalho e redução de salário dispostos na Medida são de 25%, 50% e 70%, sendo que, no caso de redução de jornada de 25%, é possível pactuar por meio de acordo individual, sem necessidade de acordo coletivo para todos os empregados. Já no acordo coletivo é possível pactuar a redução de salário e jornada diferente dos expostos na medida provisória, garantindo o auxílio do governo nos acordos de redução acima de 25%. (NASCIMENTO, 2020).

Sobre a suspensão do contrato de trabalho, a medida provisória possibilita que seja feito por meio de acordo individual ou coletivo pelo período máximo de 60 dias, havendo a possibilidade de fracionar em dois períodos de 30 dias, mantendo os benefícios mínimos durante o período da suspensão. Além disso, é estabelecido a segurança da manutenção do emprego por período idêntico ao da suspensão do contrato. (ARAÚJO, 2020).

Ao longo do período de suspensão do contrato resta vedado ao empregado a realização de atividades relacionadas ao trabalho (incluindo a realização do teletrabalho), sob pena de descaracterizar a suspensão, hipótese em que o empregador terá como encargo, imediatamente, a remuneração do empregado, as contribuições sociais e trabalhistas referentes a todo o período, além das penalidades previstas no acordo, negociação coletiva e na legislação em vigor (Art. 8º, §4º da MP 936 de 2020)

Durante o período da suspensão o empregado mantém o direito aos benefícios ora concedidos pelo empregador, como por exemplo o plano de saúde, vale-refeição, etc, e fica autorizado a recolher para o RGPS na qualidade de segurado facultativo (Art. 8º, §2º, da MP 936 de 2020).

Importante ressaltar que o próprio texto do Art. 8º, §5º da medida apresenta uma vedação à possibilidade de suspensão dos contratos de trabalho:

§ 5º A empresa que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), somente poderá suspender o contrato de trabalho de seus empregados mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de trinta por cento do valor do salário do empregado, durante o período da suspensão temporária de trabalho pactuado, observado o disposto no caput e no art. 9º.

6.3 DO BENEFÍCIO EMERGENCIAL DE PRESERVAÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA (BEM)

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm), uma importante medida de proteção ao emprego e à renda dos trabalhadores durante a pandemia, consistindo em um valor pago pelo Governo Federal ao empregado que teve seu contrato de trabalho suspenso ou teve sua jornada de trabalho e salários reduzidos.

De modo que a União, utilizando de seus recursos que devem ser escritos em dívida ativa e executados judicialmente na forma da lei, passaria a complementar os salários reduzidos ou pagaria totalmente o valor no caso de se ter sido adotado a suspensão do contrato por meio do pagamento do BEm.

A MP 936 atribui a responsabilidade da concessão e pagamento do benefício ao Ministério da Economia

Art. 5º.[...] § 4º Ato do Ministério da Economia disciplinará a forma de:

[...]

II - concessão e pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

[...]

§ 6º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será operacionalizado e pago pelo Ministério da Economia.

Não podiam ser beneficiários do benefício o empregado que estivesse ocupando cargo ou emprego público, cargo em comissão, titular de mandato eletivo, que estivesse em gozo de benefício de prestação continuada do RGPS ou RPPS, do seguro-desemprego e da bolsa de qualificação profissional (disciplinada pela Lei nº 7.998/90).

Ao mesmo tempo em que a legislação dispôs de vedações ao recebimento do BEm, houve a determinação que o pagamento do benefício independeria do tempo de vínculo empregatício, do número de salários recebidos ou do cumprimento de períodos aquisitivos.

Ressalta-se que embora sua base de cálculo seja o valor do seguro-desemprego, o BEm não se confunde com ele, sendo importante destacar que o recebimento do benefício não impede a percepção do seguro desemprego a que o empregado venha a ter direito no futuro, desde que cumpra os requisitos estabelecidos na Lei nº 7.9989. A utilização do valor do seguro-desemprego como base de cálculo do BEm foi alvo de debate ainda na vigência da Medida Provisória nº 936, quando se confundia o benefício com o próprio seguro-desemprego. (MARQUET, Erika., 2020)

6.4 PRINCIPAIS ASPECTOS DO PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA

6.4.1 Da ajuda compensatória

O pagamento da ajuda compensatória prevista na MP 936/2020, convertida na Lei 14.020/2020, é devido durante o período em que o empregado estiver com o contrato de trabalho suspenso ou com a jornada e o salário reduzidos em razão da pandemia de COVID-19, na situação em que a empresa empregadora tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00, ou ainda de forma cumulada com o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

Assim, se a empresa e o empregado celebrarem acordo de redução proporcional de jornada e salário, a ajuda compensatória será devida durante todo o período em que vigorar o acordo. Já se o acordo for de suspensão temporária do contrato de trabalho, a ajuda compensatória será devida nos meses em que o contrato estiver suspenso. Ressalta-se que essa ajuda compensatória não integra a remuneração do empregado para nenhum efeito legal, ou seja, não incide sobre o FGTS, INSS, IR e outros encargos trabalhistas.

A ajuda compensatória é opcional e não é obrigatória por lei. Portanto, cabe ao empregador decidir se irá oferecê-la ou não aos seus empregados. Além disso, o valor da ajuda compensatória não pode ser inferior ao valor do salário-mínimo por hora, caso contrário, o acordo de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho não terá validade.

6.4.2 Da garantia provisória no emprego

Ao empregado que se beneficiar do recebimento do BEm foi garantido no texto da medida provisória uma garantia provisória no emprego, durante todo o período em que estiver reduzida a jornada ou suspenso o contrato de trabalho, bem como por igual período ao da alteração do contrato após o seu restabelecimento.

Ressaltando que no tocante à gestante, que já possui estabilidade concedida pela alínea “b” do inciso II do caput do art. 10 do ADCT, a garantia proferida pelo Art. 10, III da Lei 14.020/20 deverá ser contada a partir da data de término da estabilidade gravídica.

Reforçando o intuito de proteger o empregado, a legislação tratou de estabelecer penalidades ao empregador que dispensar imotivadamente o empregado durante o período da estabilidade

Art. 10. [...] § 1º A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto no **caput** deste artigo sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de:

I - 50% (cinquenta por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 25% (vinte e cinco por cento) e inferior a 50% (cinquenta por cento);

II - 75% (setenta e cinco por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) e inferior a 70% (setenta por cento); ou

III - 100% (cem por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual igual ou superior a 70% (setenta por cento) ou de suspensão temporária do contrato de trabalho.

6.4.3 Da negociação

Conforme já disposto acima, a redução da jornada e do salário, bem como a suspensão do contrato de trabalho, poderá ocorrer tanto por negociação individual

quanto coletiva, tendo situação em que apenas a última modalidade poderá ser utilizada.

A lei elencou em seu Art. 12 as hipóteses que comportam abas as espécies de negociação, *in verbis*:

Art. 12. As medidas de que trata o art. 3º desta Lei serão implementadas por meio de acordo individual escrito ou de negociação coletiva aos empregados:

I - com salário igual ou inferior a R\$ 2.090,00 (dois mil e noventa reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais);

II - com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil, cento e trinta e cinco reais), na hipótese de o empregador ter auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); ou

III - portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

[...]

Assim, quando não se enquadrar nas hipóteses acima as medidas emergenciais de proteção ao emprego e a renda só poderão ser estabelecidas por força de convenção coletiva ou acordo coletivo, salvo a redução proporcional de 25% e a redução proporcional ou suspensão temporária do contrato quando não resultar em diminuição do valor total recebido mensalmente pelo empregado.

Os acordos individuais deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato da categoria profissional, no prazo de até 10 (dez) dias corridos, contado da data de sua celebração.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do trabalho se firmou como um ramo protecionista do direito brasileiro, sempre deixando em evidência a maior atenção dedicada ao trabalhador, criando normas a fim de garantir sempre a manutenção da dignidade da pessoa humana por

meio de dispositivos voltados para a proteção do vínculo empregatício, dessa forma possibilitando a circulação de renda no país.

É nesse cenário que se torna papel do governo a disponibilização de meios para sustentar as empresas que estão enfrentando dificuldades financeiras, tendo sido criados o Programa Seguro Emprego – PSE e o Novo Programa de Proteção ao Emprego e a Renda, pensando na coletividade e na preservação do emprego.

Essas medidas estão intrinsicamente ligadas ao caráter protecionista do direito do trabalho, considerando que ao criar meios que permitam a manutenção do emprego mesmo em situações de crise a legislação garante a proteção conferida a diversos outros aspectos, como a dignidade da pessoa humana, proteção ao salário, garantia de emprego, permitindo uma melhor qualidade de vida ao trabalhador.

Ambas os projetos são meios legais de interromper/suspender temporariamente os contratos de trabalho, considerando a redução proporcional da jornada e do salário com o objetivo de permitir a manutenção das relações mesmo em momentos de crise econômica, que sem essas medidas teria como uma de suas principais consequências o grande aumento no número de desempregados no país.

Assim considerando o todo exposto é possível afirmar que se buscou por meio desses programas sociais uma maneira de salvaguardar o direito do indivíduo a um trabalho digno e gerador de sua fonte de subsistência, Deixando claro que em momento de crise é necessário a flexibilização das normas trabalhistas para garantir a proteção máxima ao empregado.

REFERÊNCIAS

1. ALOUCHE, Luiz Fernando; FIOVARANTE, Tamira Maira. **Lay off: Uma alternativa para as indústrias enfrentarem o atual contexto econômico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI207101,31047-Layoff+Uma+alternativa+para+as+industrias+enfrentarem+o+atual>>. Acesso em: 13 mar. 2023.
2. ALVES, P. H. M.; GIBRAN, S. M. **A Valorização do Trabalho Humano na Ordem Econômica da Constituição federal de 1988: A Importância da Manutenção dos Contratos de Emprego para a Promoção do Desenvolvimento Nacional**. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais, v. 2, n. 1, 20 fev. 2017.

3. ANDRADE, M. L. **Layoff: Como Agir em Tempos de Crise**. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/layoff-como-agir-em-tempos-de-crise/>>. Acesso em: 21 jun. 2023.
4. ARAÚJO ALMEIDA LIMA, S.; DA SILVA BEZERRA, S. C.; BRUNO DA SILVA, A. A. **A MP 936 e o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda na pandemia: análise crítica da ADI 6363**. Caderno de Direito e Políticas Públicas, [S. l.], v. 1, n. 1, 2023. Disponível em: <http://seer.unirio.br/cdpp/article/view/11170>. Acesso em: 7 de maio de 2023.
5. ARAÚJO, Luanna. MP: 936: **Tudo sobre a redução salarial e suspensão do contrato de trabalho**. 2020. Disponível em: <<https://blog.fortestecnologia.com.br/mp-936-reducao-salarial/>>. Acesso em 30. mai. 2023.
6. BERTOLUCCI, João Emílio. **Lay off: uma alternativa para empresas em tempos de crise**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI220921,71043-Layoff+uma+alternativa+para+empresas+em+tempos+de+crise>>. Acesso em: 10 mar. 2023.
7. BRASIL. **Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 01 mar. 2023.
8. CAMINO, Carmem. **Direito individual do trabalho**. 4. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
9. DE FIGUEIREDO, Mayra Freire. **O Programa de Proteção ao Emprego (PPE) e a mitigação do princípio da proteção ao trabalhador**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17746>. Acesso em: 21 de junho de 2023
10. DELGADO, Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores** — Mauricio Godinho Delgado. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
11. DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 3d. São Paulo: LTr, 2008.
12. DIAS, Adriano. **Da suspensão temporária do contrato de trabalho o chamado layoff**. Disponível em: <www.adrianodiasadvocacia.adv.br/documents/empreitada_adriano.pdf>. Acesso em 10 mar. 2023.

13. EBERHARDT, L. D.; PINA, J. A.; STOTZ, E. N. **Implantação do Programa Seguro-Emprego e saúde dos trabalhadores na indústria automobilística**. *Saúde em Debate*, v. 43, n. 123, p. 1043–1056, out. 2019.
14. ETTRICH, Camila da Gama. **O princípio da irredutibilidade salarial e as limitações à exceção do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/36537>>. Acesso em: 13 mar. 2023.
15. FERIATO, J. M. F.; ZUIN, D. **Comentários ao programa emergencial de manutenção do emprego e da renda**. *Scientia Iuris*, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 56–71, 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n1p56. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/41820>. Acesso em: 7 de maio de 2023.
16. GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2002.
17. HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito: Trabalho de conclusão de curso**. 3.ed., São Paulo, Atlas, 2002.
18. LEMOS, Rafael Severo. **A valorização do trabalho humano: fundamento da república, da ordem econômica e da ordem social na constituição brasileira de 1988**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7243-a-valorizacao-do-trabalho-humano-fundamento-da-republica-da-ordem-economica-e-da-ordem-social-na-constituicao-brasileira-de-1988>>. Acesso em: 21 de junho de 2023.
19. LIMA, Sílvia Tibo Barbosa; LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. **Redução de jornada e salário e suspensão do contrato de trabalho por acordo individual no contexto da pandemia da COVID-19**. Disponível em < <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/56082/Revista%20TRT-3%20Covid%2019%20tomo-1-311-332.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região*. Belo Horizonte, edição especial, t. I, p. 311-332, jul. 2020.
20. **L13456**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13456.htm>. Acesso em: 21 jun. 2023.
21. **L14020**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm>. Acesso em: 21 jun. 2023.
22. MACEDO, Magda Helena Soares. **Manual de metodologia da pesquisa jurídica**. 2.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.
23. MARQUET, Erika. **Programa emergencial de manutenção do emprego e da renda: alguns impactos da pandemia da COVID-19 nas relações de trabalho no Brasil**. 2020. 56f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé, Universidade Federal Fluminense, 2020. Disponível em: < <https://app.uff.br/riuff/handle/1/16612> >. Acesso em 07 de maio de 2023.

24. **MPV 927**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 21 jun. 2023.
25. **MPV 936**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 21 jun. 2023.
26. NASCIMENTO, Amauri Mascavo. Curso de direito do trabalho. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. **Salário**: conceito e proteção. São Paulo: LTr, 2008.
27. NASCIMENTO, Julio Cesar. **Medida Provisória 936**: Entenda o que é e seus impactos. Politize. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/medida-provisoria-936/>>. Acesso em: 9 de maio de 2023.
28. OLIVEIRA, M. R. de. **A Suspensão e a Interrupção do Contrato De Trabalho**. Revista Processus Multidisciplinar, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 771–780, 2021. Disponível em: <https://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/505>. Acesso em: 18 ago. 2023.
29. PEREIRA, Luiz Fernando. **Suspensão e Interrupção do Contrato de Trabalho**. Acesso em: <<http://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/111932195/suspensao-e-interruptao-do-contrato-de-trabalho>>. Disponível em: 13 mar. 2023.
30. PORTAL BRASIL. **Programa de Proteção ao Emprego já beneficiou mais de 40 mil trabalhadores**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/05/programa-de-protecao-ao-emprego-ja-beneficiou-mais-de-40-mil-trabalhadores>>. Acesso em 15 de março de 2023.
31. PORTAL FAT. **Programa de Proteção ao Emprego**. Disponível em <<http://portalfat.mte.gov.br/programas-e-acoes-2/programa-de-protecao-do-emprego-ppe/>>. Acesso em: 14 de abril de 2023.
32. **Programa de Proteção ao Emprego (PSE) – Portal Emprega Brasil**. Disponível em: <<https://empregabrasil.mte.gov.br/88/ppe/>>. Acesso em: 12 maio. 2023.
33. REGINATO, Karla Cristine. **A flexibilização das relações trabalhistas frente à irreduzibilidade salarial**: limitações à autonomia coletiva. 2010. 68 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.upf.br/handle/riupf/98> > Acesso em 19 de julho de 2023.
34. SILVA, Natália Augusta Sampaio. **Da Interrupção e Suspensão do Contrato de Trabalho: Aspectos Gerais**. Revista do Direito Trabalhista -RDT. Brasília, v. 17, n. 2, p. 26-29, fev. 2011. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/nataliasampaio/artigos/da-interruptao-e-suspensao-do-contrato-de-trabalho-aspectos-gerais-1028>. Acessado em 17 de agosto de 2023.

35. TADEU, Leonardo. **Salário e Remuneração**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=360&id_titulo=4343&pagina=1>. Acesso em: 19 jul. 2023.
36. ZUZA, Diego Santos. **Entenda o programa de proteção ao emprego – PPE**. Disponível em: <<http://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/242383182/entenda-o-programa-de-protecao-ao-emprego-ppe>>. Acesso em: 14 de abril de 2023.

REFORMA TRABALHISTA: Principais Aspectos

Osivan Medeiros da Silva³
Cristiane Patrícia Ferraz Rabelo⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo explicar os impulsos gerados pela reforma trabalhista lei 13.467/2017. Logo de início, a fim de uma compreensão do assunto, foi abordado o contexto histórico da clt desde a sua criação. também nessa mesma ótica, uma análise acerca da elaboração da reforma trabalhista, seus objetivos e características, e por fim abordamos os aspectos trazidos aos trabalhadores durante a pandemia. e analisar os princípios básicos presentes na nossa constituição, que são contrários ao retrocesso social e a segurança jurídica, confrontando os mesmos com os pressupostos utilizados na alteração das leis trabalhistas.

Palavras-Chave: Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho.CLT. Trabalho.

ABSTRACT

The present work aims to explain the impulses generated by the labor reform law 13.467/2017. right from the start, in order to understand the subject, the historical context of the clt since its creation was addressed. also in this same perspective, an analysis of the elaboration of the labor reform, its objectives and characteristics, and finally, we address the aspects brought to workers during the pandemic. and analyze the basic principles present in our constitution, which are contrary to social regression and legal security, confronting them with the assumptions used in the amendment of labor laws.

keywords: Labor reform. Labor law. Labor CLT.

³ Bacharelado em Direito no Uniesp

⁴ Professor orientador.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo, explicar a respeito das principais mudanças trazidas pela lei nº 13.467/17 sendo pública e de conhecimento como Reforma Trabalhista, vale se atentar que não foi preciso criar uma nova legislação trabalhistas, mas se contarmos as mudanças estruturais, mudanças essas fundamentais e normativas até então vigentes em âmbito jurídico. Ficamos certos que sim as mudanças, impactaram as relações de trabalho, mais devemos ver e analisar quais foram os benefícios e malefícios para ambas as partes, seja trabalhadores e empregadores, muita coisa foi dita e questionada, foi feita a divisão de opiniões. Como se perceber-se, a reforma trabalhista tem de fato, ela trouxe consigo uma flexibilização, isto é, envolvendo acordos entre os empregadores e empregados na maioria das mudanças. Trouxe consigo deste modo uns grandes impactos entre: cultura organizacional, produção e estímulo por algumas classes profissionais.

Um expediente de trabalho mal organizado e mal estruturado, a exemplo um período de gozo de férias que não é favorável ao colaborador, tempo de almoço mal calculado fazendo com que o trabalhador não tenha um descanso. Pode ser que de fato as ações pertinentes à reforma trabalhista, podem trazer consigo insatisfação para ambas as partes. Isso traz a importância sobre a reforma, seus reais objetivos, não gerando desconfortos e prejuízos. diversos direitos trabalhistas foram fortemente modificados pela lei 13.467/17, mais de 100 pontos da CLT passaram por esta modificação, contudo naquele mesmo ano , já se tinha algumas alterações, alterações essas adotadas por meio de Medida Provisória 808, publicada pelo então presidente o Sr .Michel Temer .Naquele exato momento a parte dos os empresários, aquelas mudanças foram um avanço e assim trouxeram “benefícios” as relações do trabalho no país já para a Confederação Nacional da Indústria (CNI), a reforma valoriza a negociação coletiva e valorizavam as empresas e trabalhadores, que a parti daquele momento poderão discorrer e trazer soluções pactuadas para suas divergências.

Entender as alterações ocasionadas pela reforma se faz essencial para garantir a legalidade das ações, afinal, só é possível evitar problemas com a justiça do trabalho quando você está por dentro das leis e normas, como de fato a justiça do trabalho e todo seu âmbito de poder jurídico pode ajudar ambas as classes sem fazer qualquer distinção ou preconceito desta maneira abordaremos os principais aspectos que envolvem a reforma trabalhista, e quais são as mudanças e os cuidados

necessários para garantir a legalidade das relações de trabalho , A Reforma Trabalhista com certeza não foi acolhida até então de braços abertos tanto pela parte política como a sociedade brasileiras por um todo . O projeto foi tocado em meio a desconfiança, atrito político e discussões acerca de sua eficiência, mas ela tem seu lado seja ele positiva ou negativo e isso que será explanado.

2 A RESPEITO DA LEI 13.467/17 E SUAS CARACTERÍSTICAS AOS TRABALHADORES

Quando paramos de fato para estudarmos de forma profunda a Lei 13467 de 2017 podemos ver que nada mais e que um conjugado de normas que na qual traz consigo novos parâmetros de como se deve proceder perante dos vários aspectos que envolvem os direitos trabalhistas, neste sentido dando ampla cobertura tanto aos trabalhadores como aos empregadores. Quando se trata da Consolidação das Leis do Trabalho, que foi aprovada inicialmente pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Alguns dos pontos-chaves normatizados pela Lei 13467, serve para regulamentar e suprir todos os âmbitos do nosso sistema trabalhista, em outras palavras está ditando as formas de emanar tanto da parte empregatícia quanto dos profissionais que estão prestando serviço.

Alguns pontos principais dela são: tempo de serviço; forma como os empregados devem se portar na empresa em que trabalham; acordos coletivos; contrato trabalhista; reclamações trabalhistas; casos em que ocorrem multas; jornada de trabalho; férias; horas extras; remunerações; banco de horas, dentre outros. De maneira resumida, podemos dizer que a Reforma Trabalhista foi uma atualização da CLT, que alterou trechos importantes dos artigos que tratam sobre jornada de trabalho, férias, compensação de horas, pagamento de horas extras e salários. Outro tópico de mudança significativa foi na inclusão de duas novas modalidades de trabalho: trabalho remoto (home office) e trabalho intermitente — que possibilita deste jeito com que a empresa contrate um colaborador para realizar trabalhos esporádicos, de acordo com a sua demanda.

2.1 IMPACTOS PARA O EMPREGADOR

De forma quando analisamos os impactos para o empregador, a Reforma Trabalhista veio como um “suporte” para dar mais segurança jurídica aos empregadores que contratam trabalhadores em regimes intermitentes, parciais, remotos, ou ainda, fazem uso de trabalho terceirizado. Assim, além da regularização dessas novas modalidades de trabalho, pode-se afirmar que a Lei 13.467/17 promoveu os seguintes provimentos tais quais: o estreitamento da relação entre empregador e empregado; como também pode ser visto a questão a desburocratização de alguns procedimentos trabalhistas; e de forma mais flexibilização em relação a alguns direitos antes existentes, como a exemplo dos intervalos intrajornada, banco de horas e férias do empregado.

2.1.2 IMPACTOS PARA O EMPREGADO

Há duas correntes opostas de análise quando o assunto são os impactos da Reforma Trabalhista. De um lado, há analistas que defendem que o principal impacto positivo da nova lei trabalhista é o aumento das vagas de trabalho, já que os processos de contratação e rescisão ficaram mais simples e flexíveis. No outro extremo estão os juristas que entendem que houve prejuízo aos direitos do trabalhador. A flexibilização, no entendimento dessa corrente, trouxe impactos negativos. Esses impactos se materializariam, por exemplo: na redução do poder de mediação e negociação dos sindicatos, substituído pela negociação direta entre empregador e empregado – onde este último seria a parte mais vulnerável; aumento do trabalho informal e das condições menos estáveis de trabalho, com modelos como o contrato de trabalho intermitente; retirada de direitos antes garantidos, como o direito ao pagamento de horas *in itinere*, ao pagamento de horas-extra (em detrimento do banco de horas), entre outros.

2.2 MODIFICAÇÕES CATALOGADAS AO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

O direito coletivo do trabalho é aquele que versa principalmente sobre as decisões e negociações coletivas de trabalho, seja dentro de uma organização ou categoria, gerada autonomamente ou com a intervenção de um sindicato de classe. Embora a nova lei trabalhista tenha apresentado mais alterações no âmbito individual

do trabalho, os impactos que ela trouxe para o direito coletivo do trabalho certamente apresentaram um impacto muito grande na relação coletiva de trabalho e na amplitude da força sindical como um todo. Vejamos, como se comporta as três principais alterações que a nova lei trabalhista ocasionou para o direito coletivo do trabalho.

2.2.1 Contribuição sindical

A primeira mudança que trazemos diz respeito à contribuição sindical. Antes da nova lei trabalhista, a contribuição sindical era obrigatória, fazendo com que todo o trabalhador, filiado ou não ao sindicato da sua classe profissional, tivesse que contribuir com o equivalente a um dia de trabalho para o sindicato da categoria. Vejamos o que diz o artigo:

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

Com a alteração, a contribuição se tornou facultativa, sendo por regra nula, a menos que o trabalhador aponte para o empregador que deseja que o valor seja descontado para a contribuição sindical, conforme aponta o artigo 579 da CLT.

2.2.2 Validação das normas coletivas

Antes da Reforma Trabalhista, o que era disposto em convenções coletivas do trabalho, seja entre os trabalhadores ou através de convenções sindicais, deveria compor os contratos individuais de trabalho, apresentando no contrato o que foi determinado na convenção. As cláusulas só poderiam ser alteradas mediante nova convenção. Com a nova lei trabalhista, o que for definido nas convenções não precisa obrigatoriamente estar previsto no contrato individual de trabalho, dependendo de acordo entre a entidade representativa e o empregador. As validades dessas cláusulas também agora podem ter prazos de validade, estipulados pelo sindicato ou pela empresa. Essa norma se apresenta como uma derrota à parte hipossuficiente da relação de trabalho, uma vez que as convenções sindicais não surtem efeito obrigatório dentro dos contratos individuais de trabalho. Dessa forma, perde-se a

vantagem de negociação de mais direitos pelos trabalhadores que negociam com seus empregadores de forma unificada

2.2.3 Negociações Coletivas

Outra modificação que a CLT recebeu através da nova lei trabalhista foi que a alteração do que as negociações coletivas podem ocasionar na alteração de direitos dos trabalhadores, com a nova lei trabalhista, convenções coletivas tem um peso maior do que a própria lei. Isso quer dizer que é possível estabelecer normas que vão contra o que estabelece a CLT. O artigo 611-A estabelece que as convenções coletivas de trabalho têm um peso maior do que a lei quando regram a respeito dos seguintes temas vejamos o que diz o artigo:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de Trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I – Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II – Banco de horas anual;
- III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV – Adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V – Plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como Identificação dos cargos que se enquadram como Funções de confiança;
- VI – Regulamento empresarial;
- VII – representante dos trabalhadores no local de Trabalho;
- VIII – tele trabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI – troca do dia de feriado;
- XII – enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV – Participação nos lucros ou resultados da empresa. ”

Na CLT antiga, as negociações coletivas sindicais tinham como principal objetivo proporcionar melhores condições de trabalho e direito à classe representada. Dessa forma, alterações realizadas por convenções coletivas poderiam alterar o que a CLT propõe, desde que a alteração não prejudicasse o direito já garantido pela Consolidação.

2.3 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PERTINENTES AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

As principais mudanças que a nova lei trabalhista trouxe, no entanto, são as relacionadas ao direito individual do trabalho, que engloba questões relacionadas à jornada de trabalho, pagamento de horas, remunerações, benefícios, férias, entre outros. As mudanças que a Reforma Trabalhista causou na CLT tiveram como principal objetivo diminuir os custos do trabalhador para o empregador, possibilitando maior flexibilização nas jornadas de trabalho e alterações em como a mesma funciona.

2.3.1 Tempo à disposição do empregador

O tempo em que o trabalhador fica dentro da empresa realizando outras atividades, como a alimentação, por exemplo, não é mais contabilizado como a jornada de trabalho, uma vez que a nova lei trabalhista não contabiliza o tempo como tempo à disposição do empregador.

Art 4º. § 2º. Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no §1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras: I – práticas religiosas; II – descanso; III – lazer; IV – estudo; V – alimentação; VI – atividades de relacionamento social; VII – higiene pessoal; VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

2.3.2 Horas in itinere

No antigo regimento da CLT, o tempo que o trabalhador despendia para realizar a sua locomoção de sua residência para o trabalho e vice-versa era contabilizado

como tempo à disposição do empregador. Com a nova lei trabalhista, essa prática, conhecida como horas in itinere, foi extinta, mesmo se o trabalhador viver em local de difícil acesso ou ter transporte fornecido pela empresa contratante. “Art 58. § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.”

2.3.3 Extinção do contrato de trabalho

A CLT pré-reforma Trabalhista não previa a possibilidade de extinção do contrato de trabalho a partir de acordo entre as partes. Ou o empregador demitia o trabalhador, ou o trabalhador pedia demissão. Agora, caso o trabalhador não queira mais trabalhar no local, mas também não queira pedir demissão, é possível realizar a extinção do contrato de trabalho por comum acordo. Com o ato, o trabalhador tem direito a receber férias e décimo terceiro salário proporcional; metade do aviso prévio; poderá sacar 80% do saldo do FGTS; mas não terá direito a seguro-desemprego. O empregador, por sua vez, paga uma multa de 20% sobre o saldo do FGTS, ao invés dos comuns 40%.

2.3.4 Férias

A nova lei trabalhista mudou a forma como as férias podem ser divididas. Com a nova legislação, as férias podem ser fracionadas em até três partes, sendo que uma das partes precisa ter no mínimo 14 dias, e as outras duas parcelas não podem ter menos de cinco dias.

2.3.5 Trabalho remoto

A modalidade de trabalho remoto, conhecido também como teletrabalho ou home office, foi implementada na nova lei trabalhista. A modalidade apresenta os regramentos para os trabalhadores e empregadores quando o trabalhador realiza o seu serviço à distância, não estando no ambiente físico de trabalho da empresa.

2.3.6 Trabalho intermitente

Outra modalidade de trabalho que apareceu com a nova lei trabalhista é o trabalho intermitente. Nessa modalidade, o contratado recebe geralmente por hora e possui uma jornada de trabalho diferente, sendo chamado pelo empregador somente quando necessário. Esse trabalhador ainda terá direito a férias, FGTS, previdência social e 13º salário, e deverá ser convocado com antecedência de três dias para realizar os serviços.

2.3.7 Jornada de trabalho

A CLT anterior à Reforma Trabalhista estipulava uma jornada de trabalho de no máximo oito horas diárias, com acréscimo de no máximo duas horas extras. Com a nova lei trabalhista, é possível que trabalhador e empregador acordem em estipular jornada de trabalho de 12 horas diárias com 36 horas de descanso.

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

2.3.8 Rescisão contratual

Com a nova lei trabalhista, os sindicatos não são mais necessários para realizar a rescisão contratual de um trabalhador que esteja há mais de um ano no cargo. Agora, basta a assinatura do contratante e do trabalhador para que o contrato de trabalho seja rescindido, surtindo os efeitos da demissão.

2.3.9 Banco de horas

O Banco de Horas é um recurso que permite ao empregado fazer a compensação de horas trabalhadas a mais, trocando as por horas de folga. Na prática, com o banco de horas, o empregado deixa de receber pagamento pelas horas-extras. Com a Reforma Trabalhista, os requisitos para implantação do modelo de banco de horas nas empresas foram alterados. Antes, era necessário que o banco de horas fosse aprovado em convenção coletiva ou acordo, e a compensação não poderia

superar o prazo de 1 (um) ano. Após a entrada em vigor da lei 13.467/17, a participação do sindicato tornou-se desnecessária. Agora, o empregador pode formalizar o banco de horas por meio de acordo individual com o empregado. A compensação, nestes casos, deve se dar em até 6 meses

2.3.10 Novas regras para gestantes e lactantes

A Reforma Trabalhista, contrariando o disposto na Constituição Federal (art. 6º), passou a permitir o exercício do trabalho em situação de insalubridade, para mulheres grávidas ou lactantes. A redação da CLT, em sua forma antiga, vedada expressamente a manutenção dessas condições de trabalho para grávidas e lactantes. Contudo, cabe ressaltar que o disposto na Reforma Trabalhista perdeu sua vigência rapidamente. Em 2019, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade o artigo da nova lei trabalhista que permitia o trabalho insalubre para essa parcela da população.

3 REFORMA TRABALHISTA DIANTE DO EXPOSTO DA COVID-19

A Covid-19 trouxe graves consequências à economia brasileira e conseqüentemente às relações de trabalho, isso decorreu em mudanças nas leis trabalhistas na pandemia, para que elas fossem adaptadas ao atual momento pelo qual o país passa. As principais alterações ocorreram para buscar controlar o aumento das taxas de desemprego e para auxiliar na manutenção dos vínculos de emprego. Elas foram anunciadas e formalizadas em abril pela Medida Provisória 936/2020. Após, foi convertida em lei que já foi alvo de dois Decretos, ambos no sentido de prorrogá-las. A prorrogação se deve à manutenção do estado de calamidade declarado pelo Congresso Nacional em relação ao país. A suspensão se ilustra pela interrupção simultânea entre prestação de serviços e pagamento de salário sem que haja quebra do vínculo de trabalho. A diminuição do salário e da jornada se refere à disposição do trabalhador por menos horas por dia e da diminuição do salário proporcional às horas não trabalhadas. Em ambos os casos é garantido o pagamento do seguro desemprego de forma proporcional ao trabalhador afetado.

Após proibições de viagem, fronteira em fechamento e quarentena, muitos trabalhadores não podem se mudar para seus locais de trabalho ou continuar em seus

empregos, o que tem efeitos indiretos sobre a renda, principalmente para trabalhadores informais e empregados por curtos contratos de trabalho. Os consumidores em muitas economias são incapazes ou relutam em comprar bens e serviços. Dado o atual ambiente de incerteza e medo, é provável que as empresas em um primeiro momento, tenham que atrasar investimentos, compras de bens e contratação de trabalhadores. Com o surgimento do Coronavírus e a sua rápida propagação, o mundo se vê em total isolamento, a fim de diminuir o contágio, até os primeiros cinco meses de 2020, a doença chegou a passar dos seis milhões de contaminados e mais 516.210 mortes. Devido ao isolamento e quarentena, a vida humana sofreu mudanças radicais, uma das mais notadas são as relações de trabalho, onde toda forma de serviço não essencial teve que fechar as portas. Com isso, em consonância ao que estava estabelecido pela Consolidação das Legislação Trabalhista (CLT) e suas alterações sofridas pela lei nº 13.467/17, o governo editou a lei 13.979/20 - medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus - e de forma complementar, a Medida provisória nº 936/20, para que regulasse e orientasse empregadores e trabalhadores no período de crise. Além disso, a CLT não deve ser esquecida como o principal meio para adoção de medidas trabalhistas, já que é ela quem norteia e regulamenta as leis trabalhistas no Brasil, inclusive em casos excepcionais como o que vivemos, estando presente nos artigos 501 e 503.

Segundo o IBGE, estima-se que o Brasil tenha mais de 107 milhões de pessoas no mercado de trabalho, em contraponto, o número de desempregados e pessoas que desistiram de procurar emprego chegue perto dos 13 milhões. Dos 107 milhões, cerca de 39 milhões estão na forma de carteira assinada em compensação, existem 19,3 milhões de pessoas na informalidade, sem carteira assinada ou histórico de contribuição ao INSS. Diversos governos estaduais e municipais no Brasil impuseram restrições ao comércio e fechamento de qualquer atividade que não seja considerada de caráter essencial à vida humana. Por exemplo, inicialmente, governos optaram pelo fechamento de todos os shopping centers, tanto em regiões metropolitana, como em cidades de menor população, o que afetou negativamente tanto os varejistas quanto os proprietários de shopping centers. As receitas de varejo sofreram à medida que os proprietários das lojas foram forçados a fechar suas lojas e as receitas de aluguel dos proprietários diminuíram, porque os contratos de locação de varejo

geralmente fornecem aluguel variável com base nas receitas da loja. Também não há certeza de que as receitas voltarão ao normal assim que os shopping centers reabrirem. Os consumidores podem estar ansiosos para deixar suas casas ou retornar a locais públicos se continuarem a temer a exposição ao COVID-19.

O COVID-19 terá impactos de longo alcance nos resultados do mercado de trabalho. Além das urgentes preocupações com a saúde dos trabalhadores e suas famílias, o vírus e as consequências econômicas afetarão o mundo do trabalho em três dimensões principais: 1) A quantidade de empregos (ambos desemprego e subemprego); 2) A qualidade do trabalho (por exemplo, salários e acesso à proteção); e 3) Efeitos em grupos específicos que são mais vulneráveis a mercados de trabalho adversos resultados. As perspectivas para a economia, a quantidade e qualidade do emprego estão se deteriorando rapidamente. Embora as previsões atualizadas variem consideravelmente – e subestimam a situação – todos apontam para um impacto negativo significativo na economia global, pelo menos na primeira metade de 2020. Esses números preocupantes mostram sinais crescentes de uma recessão econômica global.

3.1 PANDEMIA DA COVID-19 E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Segundo a Lei 13.979, faz a distinção entre isolamento e quarentena, E partir dessa definição é que se tem a base para os decretos que estados e municípios fizeram , de acordo com a razoabilidade e necessidade, visto que apesar que muitas cidades de pequeno porte não se tenha casos confirmados, evitar aglomeração ainda é o melhor remédio contra o COVID-19 , vejamos a diferença abaixo:

I. Isolamento separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus;

II. Quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitas de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Após analisarmos e ver como se faz essas diferenças podemos aborda de fato o que aconteceu e como foi dividido, melhor dizer realizado o trabalho durante o

período de pandemia, no dia 18 de março de 2020, a Câmara dos Deputados brasileira aprovou o projeto do governo que estabelece um estado de calamidade pública por conta do coronavírus. A medida aprovada no Senado pode acarretar, entre outras coisas, o rompimento do teto de gastos. O estado de calamidade pública é decretado por governantes em situações reconhecidamente anormais, decorrentes de desastres (naturais ou provocados) e que causam danos graves à comunidade, inclusive ameaçando a vida dessa população. É preciso haver pelo menos dois entre três tipos de danos para se caracterizar a calamidade: danos humanos, materiais ou ambientais. No Brasil, essa é uma prerrogativa reservada para as esferas estadual e municipal. Ou seja, governadores e prefeitos podem decretar uma calamidade pública. Dentre as inúmeras medidas adotadas, a primeira resposta às determinações de isolamento de pessoas veio com a instituição do teletrabalho em muitas empresas. Vários empregadores se viram na obrigação de realizar essa mudança de regime de jornada, para que seus empregados pudessem regressar quando diminuído o risco de contágio do vírus, conforme as determinações das autoridades sanitárias.

3.2 DECORRÊNCIAS DO CORONAVÍRUS E NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Assim como o governo e população, as empresas também devem ajudar no combate a pandemia do coronavírus, através da prática de ações que ajudem a combater o contágio e expansão do vírus. Em um momento tão delicado, medidas de higiene pessoal e segurança do trabalho, mas também de solidarizaram, amor ao próximo, de interesse público e de responsabilidade cívica. Sendo assim, medidas para a proteção do coletivo como quarentena, o isolamento social, a manutenção de distâncias mínimas entre pessoas, a obrigação em usar máscaras e luvas assim como o exame são formas da preservação da vida e prevista na Lei 13.979/20, em consonância aos princípios éticos e buscando a razoabilidade nas ações, além da preponderância do coletivo sobre o individual, da saúde coletiva sobre a lucratividade.

Diálogo social tripartido entre governos, trabalhadores e empresários são uma ferramenta essencial para o desenvolvimento e implementação de soluções sustentáveis, desde o nível da comunidade para o nível global. Isso exige força, independência e democráticas organizações de parceiros sociais. Como resposta, além da CLT, lei 13.467/17 - que alterou diversos itens da CLT, a fim de adequar a

legislação às novas relações de trabalho - e a criação da lei 13.979/20 e de forma auxiliar, a Medida Provisória nº 936/20, que foi recentemente aprovada pela Câmara dos Deputados, sendo ainda necessária passar por votação do Senado tendo vigência até 2021 enquanto perdurar a situação de Calamidade Pública, decretada pelo governo em 18 de março de 2020.

De imediato ela traz maior flexibilização na relação trabalhista, como a criação a maior ampliação do teletrabalho junto com a medida do Governo, autorizando o uso da Telemedicina, que é a possibilidade de médicos, psicólogos etc. atuarem a distância, como uma forma de oferecer atendimento médico especializado, mas em compatibilidade das normas de segurança vigentes no país. A MP nº 936, titulada como “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda” em razão da pandemia decorrente do coronavírus (covid-19) abrange principalmente três medidas:

I. O pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda

II. A redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e III. A suspensão temporária do contrato de trabalho.

Além dessas medidas, existe a previsão da desoneração da folha de pagamento por parte dos empresários, aliviando empresas, dando maior fôlego no caixa. Apesar da medida trazer benefícios para empresários, para o trabalho pode ser danoso, visto que caso seja aprovada no Senado, empresários poderiam reduzir a jornada de trabalho e proporcionalmente a redução do salário, podendo ser de 25%, 50% ou 75%, por até três meses ou optar pela rescisão do contrato de trabalho por dois meses. Além dessas medidas, há possibilidade de uma das formas prevista em lei é a utilização do artigo 501 da CLT, de uso da Força Maior, que visa o bem coletivo e como forma de preservar empregos e diminuir os impactos sofridos pela economia brasileira e as consequências no mercado de trabalho.

3.3 AS PROBABILIDADES DE RECURSO A BREVE E MÉDIO VENCIMENTO

Com uma economia em recessão, aumento de ano após ano de informais, de que forma o Estado e empresários podem fazer para o combate da pandemia. Mas apesar das dificuldades enfrentadas, há possibilidades e formas para o enfrentamento da pandemia. Após a leitura e da busca de entendimento da lei, dar-se uma maior

flexibilização de ações trabalhista e tomando medidas em conjunto com a CLT, tanto empregador como empregado tem uma possibilidade de enfrentar a grave crise causada pelo Coronavírus. Entre as possibilidades que o Empregador pode tomar destacam-se:

I. Férias Coletivas: A partir do entendimento do art. 139 da CLT, e em observância a Lei 13.467/2017, além da alternativa de dar férias coletivas em casos excepcionais como fábricas de serviços não essenciais e montadoras, a lei 13.467 oferece a opção de fracionar o período de férias em até três períodos, respeito o tempo mínimo limite, de um período de 14 dias e os outros dois períodos com 5 dias corridos cada. Visto que em média, cada decreto de isolamento e quarentena, no Brasil, vem sendo de 14 dias.

II. Licença Remunerada: De acordo com a lei 13.979/20, no artigo 3^a, p.3^o. quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitas de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. Como decorrência, mesmo que o empregado não esteja infectado pelo vírus, existe a possibilidade da interrupção do trabalho de forma remunerada. Observando sempre a CLT, que de acordo com o art. 133, se a licença remunerada for superior a trinta dias, o colaborador perde às férias proporcionais. Além disso, devido a força de impacto que o coronavírus representou ao Brasil, além do art. 133, há possibilidade de uso do art 501 de Força Maior usando do art. 61, p. 3^o, onde o funcionário teria seus serviços interrompidos, recebendo salário neste período e quando retornasse ao trabalho, o empregador poderá exigir que o empregado trabalhe até duas horas extras, por 45 dias como forma de compensar o período interrompido.

III. Norma Celetista:suspensão do contrato ou redução do salário: Desde que feita a partir de acordos coletivos ou através de uma convenção coletiva com fim de prever a suspensão contratual, presente no art. 611-A da CLT ou a redução do salário do empregado durante o período de afastamento decorrente das medidas de contenção da epidemia, com base no artigo 7^o, VI da CF c/c artigo 611-A da CLT e também com a Medida provisória nº 93619, no artigo 2^o. Assim, a norma coletiva possibilita a revogação dos dispositivos da lei ordinária, sendo possível a compensação dos dias parado, através da reposição em até três horas extras diárias até que seja pago e da

diminuição do salário e jornada de trabalho, de forma temporária, podendo ser negociada individualmente entre patrão e empresário.

IV. Trabalhador Infectado: o empregado que se encontrar na condição de infectado pelo COVID-19, estará na condição das normas atuais de auxílio doença, sendo 15 dias de afastamento pagos pela empresa e caso faça necessário de ausentar por maior período, o trabalhador receberá pelo INSS. Não se deve confundir aqui com licença remunerada, que tem como objetivo de proteção ao trabalhador. Aqui, o trabalhador já se encontra infectado, por tanto, não podendo exercer suas funções trabalhistas.

V. Teletrabalho: Em 2017 foi editada a lei nº 13.497/17 que trouxe grandes mudanças no campo do Direito do Trabalho, a partir dela temos a regulamentação do teletrabalho, baseando-se na lei portuguesa no Capítulo IIA21. a Medida Provisória nº 927, dispõe da possibilidade do teletrabalho ou trabalho remoto. Cabe ressaltar que num momento de pandemia, o teletrabalho se torna uma opção viável a grande parte dos trabalhadores, além de ser uma das formas mais seguras de trabalho. Essa medida traz uma maior flexibilização do trabalho, principalmente quando olhando nos quesitos que tangem à prazo e negociação.

Com isso, traz uma maior flexibilização de regras visando ajudar empregadores e trabalhadores, dentre elas está a agora a maior utilização do Banco de Horas, vale ressaltar que já havia previsão do Banco de horas na lei 13.497/17, mas com a MP agora além de ampliar prazos para que se tenha a compensação na carga horária (Agora o prazo é de até 18 meses após o fim do Estado de Calamidade Pública, decretado pelo Governo Federal, previsto para durar até 31/12/20), possibilitando a negociação sem intermédio direto com sindicatos. Uma das medidas de maior benefício talvez seja a de deferimento do recolhimento do FGTS, que pode ser encontrado no Art. 19º. Além disso, a Figura do Estado se torna fundamental nesse momento e principalmente medidas voltadas ao Welfare State (Estado Providência) para que possa manter a economia ativa, diminuindo a curto prazo os impactos da brutal diminuição das atividades econômicas, mantendo a população segura e amparada. Como exemplo, a principal medida do governo federal, que foi apelidada de “coronavoucher”, é um auxílio no valor de R\$ 600,00 reais e R\$1200,00 para mães sozinhas que sejam chefes de família. Para ter direito ao benefício deve ser respeitada as seguintes situações: (a) Contribuinte Individual do RGPS (b) Trabalhador informal

(autônomo, desempregado) inscrito no CadÚnico ou (c) Por meio de autodeclaração (d) Ser maior de 18 anos (e) Não ter emprego formal (não pode ter carteira assinada) (f) Não ter benefício previdenciário ou assistencial, exceto Bolsa Família (g) Renda familiar de ½ até três Salários Mínimos (h) Não ter recebido acima de R\$ 28.559,70.

Além do Auxílio emergencial para pessoas que se encontrem em estado de vulnerabilidade, o governo deve também ajudar Estados e Municípios, como a medida que está em julgamento pelo ministro do STJ, Alexandre de Moraes²⁶, que pretende flexibilizar o pagamento da dívida pública de Estados com a União, no presente momento a dívida encontra-se suspensa de pagamento por 180 dias através de uma medida liminar que durante esse período, ficaria vedada a cobrança de multas e juros pelo período determinado.

Cabe destacar, que a forma de contágio não ocorre apenas em ambientes de trabalho, em qualquer lugar que se tenha fluxo de pessoas pode conter risco a saúde do trabalhador, como por exemplo a simples necessidade de pegar o transporte público para se locomover até o trabalho. Devido a essas situações que o isolamento se faz tão importante para o combate do coronavírus. É claro que o isolamento em certas atividades essenciais (médicos, enfermeiros, policiais, bombeiros...) caso sejam interrompidos acarretam em prejuízos irreparáveis para a sociedade, mas em determinados segmentos, pode-se optar por uma melhor escala de trabalho, trabalho home office e em alguns casos até mesmo o teletrabalho.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise de forma geral dos direitos trabalhistas desde a sua implementação em 1943 até a reforma trabalhista de 2017, que trouxe modificações profundas nos dispositivos legais presentes na CLT, e mudanças polêmicas em relação a direitos adquiridos. Neste trabalho buscou tratar de um dos vários pontos críticos da reforma trabalhista, que foi o § 2º, do artigo 58, da Consolidação das Leis do Trabalho. Explanando sobre a forma que originou a alteração da CLT, sua tramitação no Congresso Nacional, que foi repleta de turbulências e manifestações por parte dos parlamentares que eram contra a Reforma e a Medida Provisória n.º 808/2017. Logo, observadas algumas mudanças na lei, de modo comparativo com a lei anterior e depois principalmente das quais afetariam de modo direto a relação de trabalho, seja de maneira positiva ou negativa.

Desse modo, conseguiu atingir todos os objetivos estabelecidos no início do trabalho. Assim, respondendo à problemática, que era buscar compreender quais serão os principais reflexos trabalhistas na relação de trabalho, pode-se elencar primeiramente a perda do trabalhador das horas *in itinere*, o principal afetado seria aquele que trabalha na área rural, que despense horas no transporte da empresa para chegar ao local de trabalho, onde pela nova mudança é o momento que se inicia realmente a atividade laboral. Ocasionalmente para esse, a redução da duração do seu trabalho e consequentemente do salário.

Logo, a regulação do teletrabalho, que já era uma prática recorrente no Brasil, mas ainda não tinha respaldo pelo ordenamento jurídico, traz consequências negativas ao empregado, por esse não ter direito a horas extras, horas noturna e adicional noturno, intervalos interjornada e intrajornada, como argumento que nessa modalidade de trabalho é difícil o empregador ter o controle da duração de trabalho, mas como estudado, há meios sim de fiscalizar o trabalho, por aplicativos e programas específicos. Já a respeito ao fracionamento das férias, pode-se afirmar a partir do estudo como algo positivo ao trabalhador e também para a empresa. Pois, ficou a critério do empregado em poder escolher a partir da sua real necessidade o período que queira as férias e, o empregador não terá aquele funcionário ausente durante trinta dias seguidos. A proteção da mulher, com a mudança permitiu que ela não perca o contrato de trabalho, mas sim de afastá-la do local insalubre em grau máximo, situação que pode ocasionar risco para a gravidez. Deve ser levado em consideração e surtir possíveis problemas quando a empresa seja totalmente insalubre. Para finalizar, os possíveis impactos causados de modo direto a relação de trabalho, a situação da extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador, ponto positivo por regular prática que já ocorria no país. Mas, como estudado poderá abrir a possibilidade de o empregador utilizar desse meio para sobressair perante o seu funcionário, forçando-o a aceitar, visto que, este será obrigado a pagar menos benefícios que normalmente pagaria.

As hipóteses sugeridas no início do trabalho, de que a Reforma Trabalhista era uma proposta positiva em determinados pontos, é verdadeira como foi estudado. Agora a respeito de flexibilizar e modernizar a legislação é algo muito cedo para ser afirmado, pois a lei está em vigência na sua forma definitiva há pouco tempo. Há de observar também, como, aprovação da Reforma ter sido em apenas 14 dias e maior

discussão da matéria com a classe patronal. Assim, somente poderá afirmar que promoveu mais oportunidade de emprego e a negociação direta entre empregado e empregador, daqui algum período, em um estudo mais aprofundado.

Novas formas de trabalho realmente surgiram, como exemplo o teletrabalho e trabalho intermitente, principalmente nos tempos da covid-19 como pode ter sido vista. O impacto da pandemia do COVID-19 não se limita aos shopping centers. Mesmo agora, outros imóveis não residenciais que permanecem abertos sofrem uma diminuição da atividade e dificuldades de fluxo de caixa que, no mínimo, podem afetar o pagamento oportuno do aluguel. Proprietários e inquilinos prudentes estão revisando suas obrigações contratuais e muitos podem estar se perguntando como eles cumprirão suas obrigações se seus negócios forem impactados pelo COVID-19. Passamos por uma fase de grandes desafios a todos e em todas as áreas sociais, trabalhistas, coletivos. A necessidade de isolamento social afetou diretamente nas relações trabalhistas, entretanto, necessitamos compreender que quando falamos sobre relações mente na justiça

A partir desse estudo, pode-se afirmar que tem uma contribuição para elevar o nível do conhecimento da ciência no campo do Direito do Trabalho, por ser uma mudança recente e haver muito a ser discutido sobre o texto da reforma trabalhista e futuros impactos que somente poderão ser afirmados a longo prazo. Possivelmente pode-se essa pesquisa ser um objeto de estudo futuro, onde a lei já terá mais concretização no meio social. Os resultados que foram alcançados acabaram sendo surpreendentes, pois ao estudar uma nova legislação, onde há pouco acervo bibliográfico, o empenho acaba sendo maior, e a busca pela resposta do problema, faz o estudo ser algo prazeroso e desafiador. Mas antes de qualquer coisa, devemos levar em consideração o artigo 8º da CLT, que diz expressamente “nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público”, que nos faz pensar que neste momento de mudança, devemos deixar em segundo plano o lucro e pensar mais na terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais, isto é, direitos solidários- difusos, coletivos e individuais homogêneos, entre eles, o direito à vida, ao meio ambiente e à saúde e assim fazer trabalhadores mais feliz com suas funções, e fazendo ver que realmente existe leis que estão pra melhorar a situação de ambas as partes e deixar isso de exemplo não apenas para a presente, como também para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

1. _____. Lei n.º 13.467, de 13 de Junho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 28 de março 2023
2. _____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017a**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em 28 de março de 2023
3. _____. **Medida Provisória n.º 808/2017**, de 14 de Novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Promove mudanças na Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467 de 2017), notadamente nos seguintes pontos: jornada de trabalho 12x36; dano extrapatrimonial; empregada gestante e lactante; autônomo exclusivo; trabalho intermitente; incidência de encargos trabalhista e previdenciário; cobrança e distribuição da gorjeta; representação em local de trabalho; negociado sobre o legislado no enquadramento do grau de insalubridade; e arrecadação/contribuição previdenciária. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=521&pagina=1&dat a=14/11/2017>>. Acesso em: 28 março de 2023.
4. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de março 2023.
5. BRASIL. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Poder Executivo, Brasília, DF, 14.7.2017.
6. BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Poder Legislativo, Brasília, DF, 07 Fev 2020.
7. BRASIL. Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá

outras providências. DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Edição Extra - L, Brasília, DF, 22 Mar 2020.

8. BRASIL. Medida Provisória 936, de 01 de abril de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.** DIÁRIO OFICIAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Edição extra - D, Brasília, DF, 01 Abril 2020.
9. BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolo de manejo clínico para o novocoronavírus (2019-nCoV).** [cited 2020 Feb 12]. Disponível em <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/11/protocolomanejo- - coronavirus.pdf>>. Acessado em 28 de março de 2023
10. BRASÍLIA. DECRETO Nº 40.475, DE 28 DE FEVEREIRO DE 2020. Declara situação de emergência no âmbito da saúde pública no Distrito Federal, em razão do risco de pandemia do novo coronavírus. **Diário Oficial do Distrito Federal nº 21**, Edição Extra de 28/02/2020.
11. BRASÍLIA. DECRETO Nº 40.583, DE 1º DE ABRIL DE 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. **Diário Oficial do Distrito Federal nº 44**, Edição Extra. Seção I, p1.
12. FILHO, Luiz Antônio V. Calháo. **A Nova Era Trabalhista**, de Acordo com a MP n.
13. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
14. MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
15. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** S.P.: LTr., 3ª ed.
16. SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista.** 1º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017
17. VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. **Reforma trabalhista e os seus impactos, com as alterações promovidas pela Medida Provisória n. 808/2017.** São Paulo: LTr 2018.

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O FUTURO DAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

Leonardo Mota Meira⁵
Albérico Santos Fonseca⁶

RESUMO

O presente trabalho visa abordar e discutir a evolução das compras diretas na Administração Pública, notadamente, considerando a vigência da nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133/2021, dos novos procedimentos, inclusive, dos regulamentos do Ministério de Economia, suas hipóteses, que trouxeram, dentre um dos princípios de destaque, o do planejamento.

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, Contratação Direta, Dispensa de Licitação, Inexigibilidade, Planejamento.

ABSTRACT

The present work aims to address and discuss the evolution of direct purchases in the Public Administration, notably, considering the validity of the new law on public tenders and administrative contracts, Law nº 14.133/2021, the new procedures, including the regulations of the Ministry of Economy, its hypotheses, which brought, among one of the outstanding principles, that of planning.

Key words: New Bidding Law, Law No. 14.133/2021, Direct Hiring, Exemption from Bidding, Unenforceability, Planning.

⁵ Bacharelado em Direito no Uniesp.

⁶ Professor orientador.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI, prevê que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. O que nos permite inferir que, em regra, deve-se utilizar a licitação para contratar, mas, que há possibilidade legal de afastar a licitação quando a Administração desejar contratar.

Em 1º de abril de 2021, foi publicada a Lei nº 14.133/2021, a nova lei de licitação e contratos administrativos, que entrou em vigência na data de sua publicação e que seria a única lei geral de licitação e contratos administrativos, pelo texto original, a partir de 1º de abril de 2023, por força do disposto no inciso II, do art. 193, que define que a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 e os arts. 1º a 47-A, da Lei nº 12.462/2011, serão revogadas após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da referida lei.

Nesse sentido, pelo texto original da Lei nº 14.133/2021, até 31 de março de 2021, a administração pública, para licitar e contratar, utilizaria, apenas, a Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e as regras do RDC, constantes na Lei nº 12.462/2011.

No entanto, por força da Medida Provisória nº 1.137/2023, de 31 de março de 2023, esse prazo foi prorrogado até 29 de dezembro de 2023, data em que a Administração poderá publicar editais ou ato autorizativo da contratação direta regidos pela legislação antiga, desde que a opção escolhida seja, expressamente, indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta. Sendo, a partir de 30 de dezembro de 2023, então, revogadas a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 e os arts. 1º a 47-A, da Lei nº 12.462/2011.

Dessa forma, além das regras para licitar, é fundamental o conhecimento das regras da nova lei geral de licitação e contratos administrativos que regem as contratações diretas, sem licitação, considerando ser a forma mais utilizada para contratação pela Administração Pública.

Apenas, em 2022, de dados extraídos do Portal de Compras do Governo Federal, tivemos 114.026 processos de compras diretas (dispensa de licitação + inexigibilidade) de um total de 194.074 processos totais de compras dos órgãos que utilizaram o referido portal. Correspondendo, assim, a 58,75% do total de compras. O

que demonstra a importância em se conhecer as regras para as compras sem licitação.

O objetivo do trabalho será discutir se houve uma evolução no procedimento de contratação direta com a nova lei de licitações e contratos administrativos, tomando como referência o comparativo com a Lei nº 8.666/93, e abordando, pontualmente, os seguintes aspectos: as dispensas de licitação em razão do valor e a dispensa para contratação emergencial; contratação por inexigibilidade de licitação; a contratação remanescente de obra, serviços e fornecimentos, e, por fim, abordar as novas regras para formalização do processo de contratação direta, seja por dispensa de licitação ou inexigibilidade, inclusive, quanto à possibilidade da seleção do fornecedor ocorrer de forma eletrônica e com disputa com lances.

Referida discussão pontual das contratações diretas se justifica devido ao vulto de recursos públicos envolvidos nessas contratações, em todas as esferas de governos, em sua maioria, sem planejamento, sem organização, sem transparência e sem a responsabilização dos envolvidos.

A escolha pelo tema, além de ser a área de ser minha área de atuação no Ministério Público Federal, há mais de dez anos, atuando como pregoeiro, presidente de CPL e supervisionando as contratações do órgãos, além de ministrar cursos na área de licitações e contratos administrativos, visa contribuir com a academia e com a sociedade, trazendo as regras previstas na nova lei de licitações e contratos administrativos, para que, aqueles que atuam em qualquer esfera de governo, fornecedores quem vendem ou desejam vender para o governo e advogados e consultores em licitação, possuam disponível um conteúdo que possa lhes auxiliar em suas atividades, para que possamos contribuir para que as compras públicas atinjam seu objetivo principal, que é atender o interesse público.

2 A DISPENSA DE LICITAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Tratando, então, especificamente, da dispensa de licitação, a restrição quanto à utilização da legislação e procedimentos que serão adotados na contratação é a mesma em um mesmo processo de contratação, conforme art. 191, da Lei nº 14.133/2021: ou se utiliza as regras da Lei nº 8.666/93 ou se utiliza as regras da Lei nº 14.133/2021.

Nesse ponto, então, é importantíssimo se conhecer os impactos da opção, porque, deles, decorrem limites diferenciados, fundamentação diferenciada, procedimentos diferenciados.

Importante destacar o entendimento de Flávio Garcia Cabral (2022, p. 920), no sentido de que a dispensa de licitação se caracteriza pela realização de uma filtragem fático-jurídica feita pelo legislador de que, diante de determinadas situações, nas quais haveria a viabilidade jurídica de competição, a realização de um procedimento licitatório pode não atingir ao interesse público da maneira devida, cabendo ao agente público avaliar se a contratação direta figura ou não como a melhor hipótese.

Optando-se pelas regras, já conhecidas, da Lei nº 8.666/93, onde, em seu artigo 24, há as possibilidades de o gestor dispensar a licitação, temos trinta e cinco incisos nos quais o gestor pode se fundamentar para dispensar a licitação. E, tratando-se da dispensa de licitação em razão de valor, temos os limites constantes nos incisos I e II, do art. 24, respectivamente: R\$ 33.000,00, para obras e serviços de engenharia, e R\$ 17.600,00, para demais serviços e compras.

Sem constar, na Lei nº 8.666/93, o procedimento detalhado a ser seguido para a contratação por dispensa de licitação, inclusive, quanto ao planejamento da contratação, a pesquisa de preços, o gerenciamento de risco e a escolha do fornecedor, o que poderemos destacar é o texto final da redação constante nos incisos I e II, do art. 24, quando a lei possibilita a dispensa de licitação pelos referidos valores desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, no caso do inciso I, ou desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Nesse ponto, vemos que a nova lei, de certa forma, traz que o gestor deverá planejar suas contratações para se evitar o fracionamento da despesa.

Importante destacar que o Tribunal de Contas da União sempre se manifestou no sentido de que “é irregular o fracionamento de despesa com o objetivo de fugir da modalidade licitatória apropriada” (Acórdão nº 2.470/2008 – Plenário); sendo tal preocupação, também, relacionada às contratações por dispensa de licitação.

No caso da opção do gestor por utilizar a Lei nº 14.133/2021, esse cenário muda consideravelmente, não bastando, para tanto, a animação para se utilizar os novos limites para dispensa de licitação em razão de valor, que é o que muito se tem visto. Mas, principalmente, para que se altere a forma de pensar sobre o processo de dispensa de licitação, considerando o foco no planejamento de todas as contratações trazidas pela nova lei.

Segundo Ronny Charles (2021, p. 376), embora a realização de contratos pela Administração Pública exija, em regra, a obediência ao certame licitatório (princípio da obrigatoriedade), o legislador ressalvou hipóteses em que o gestor pode prescindir da seleção formal prevista neste estatuto.

Importante entender que, na dispensa de licitação, é possível haver a competição; no entanto, o gestor, de acordo com a hipótese específica, constante no rol taxativo do art. 75, da Lei nº 14.133/2021, poderá optar por não realizar a disputa.

E, na nova lei de licitações e contratos administrativos, as hipóteses para as quais o gestor público poderá dispensa licitação estão elencados em dezesseis incisos, dos quais, em alguns, como é o caso do inciso IV, que trata das hipóteses dispensáveis definidas de acordo com o objeto; totalizando vinte e nove hipóteses para as quais a licitação é dispensável.

Para fins do nosso trabalho, veremos, então, hipóteses consideradas as mais relevantes.

2.1. DISPENSA EM RAZÃO DO VALOR E AS NOVAS REGRAS DE AFERIÇÃO

Agora, na Lei nº 14.133/2021, o artigo 75 prevê a as possibilidades de que o gestor dispõe para dispensar a licitação, seja em razão de valor, seja de acordo com o objeto, seja no caso de licitação deserta ou fracassada.

Especificamente, quanto à dispensa de licitação por valor, os incisos I e II, do art. 75, trazem a previsão de que, respectivamente, para contratações de obras e serviços de engenharia ou serviços de manutenção de veículos automotores, poderá ser dispensa a licitação para contratações com valor inferior a R\$ 100.000,00 (valor original da lei que, por força do Decreto nº 11.317/2022, hoje, é de R\$ 114.416,65); e, para contratações de demais serviços e compras, esse valor limite é de R\$ 50.000,00

(valor original da lei que, por força do Decreto nº 11.317/2022, hoje, é de R\$ 57.208,33). Sendo os referidos valores duplicados nos casos de contratos firmados por consórcio público, ou por autarquia ou fundação qualificada, como agências executivas definidas em lei.

A lei, ainda, prevê que, preferencialmente, referidas contratações serão pagas por meio de cartão de pagamento, o que poderá trazer, ainda mais, celeridade à contratação (§ 4º, do art. 75). No entanto, sem desobrigar o gestor da formalização de todo o procedimento exigido na lei.

Um detalhe importante é que, enquanto a Lei nº 8.666/93 prevê que a possibilidade de contratação por dispensa de licitação deve observar se a contratação não pode ser realizada em conjunto, por meio de licitação, na nova lei, foram trazidas regras para aferição dos valores, para observância dos novos limites, que estão no § 1º, do art. 75.

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Para a contratação por dispensa de licitação, deve-se observar se o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora não atingiu os limites e se o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, sendo aqueles considerados do mesmo ramo de atividade.

Observemos que a nova lei, ao indicar que a aferição da contratação por dispensa em razão do valor tem como parâmetro o dispêndio da unidade gestora, traz uma preocupação relevante quanto ao fracionamento de despesa. Preocupação essa já posta há tempos pelo Tribunal de Contas da União. “Fracionamento, à luz da Lei de Licitações, caracteriza-se quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta.” (Acórdão nº 2.575/2009 – Plenário)

Referida preocupação é tão relevante que poderá levar à descentralização do orçamento pelo órgão; como nos casos de municípios muitos pequenos nos quais a gestão do orçamento é centralizada na prefeitura.

Essa discussão, inclusive, foi objeto do Acórdão nº 997/2020, do Tribunal de Contas de Pernambuco, ao se posicionar acerca do assunto, no sentido de que “caso a execução orçamentária seja centralizada, aplicam-se à Prefeitura como um todo, incluindo órgãos e secretarias”; no entanto, “caso os créditos orçamentários sejam descentralizados, os tetos se aplicam para cada uma das unidades gestoras do Município”.

Outra definição nos referidos novos critérios para aferição dos valores está no que seja “mesmo ramo de atividade”, realizado pela mesma unidade gestora, visto que, em um mesmo ramo de atividade poderemos ter objetos que não tenham relação entre si; citemos o exemplo de serviços de engenharia, cujos serviços são vastos, mas, de um mesmo ramo de atividade.

Essa preocupação é destacada pelo professor Ronny Charles (2021, p. 416), ao entender que o fracionamento ilícito apenas deve ser caracterizado quando o gestor fraciona a pretensão contratual; quando era possível a ele prever esta necessidade e atender tais necessidades através de uma licitação. Quando esse planejamento ou previsão conjunto não se apresentarem factíveis, a alegação de fracionamento ilícito pode ser afastada.

Como norte à definição do mesmo ramo de atividade, temos, na Instrução Normativa da SEGES/ME nº 67/2021, que regulamenta a dispensa eletrônica no âmbito da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional, que definia, em seu texto original “ramo de atividade” como sendo a partição econômica do mercado, identificada pelo nível de subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE. O que torna o controle mais rígido, para se evitar o fracionamento da despesa.

Mais recentemente, com a alteração da Instrução Normativa da SEGES nº 67/2021, por intermédio da Instrução Normativa da SEGES nº 8/2023, a definição de ramo de atividade passou ser a linha de fornecimento registrada pelo fornecedor quando do seu cadastramento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), vinculada à classe de materiais, utilizando o Padrão Descritivo de Materiais (PDM) do Sistema de Catalogação de Material do Governo federal ou à

descrição dos serviços ou das obras, constante do Sistema de Catalogação de Serviços ou de Obras do Governo federal.

Importante destacar que, em se tratando de um regulamento federal e uma definição constante em uma norma infralegal federal, a mesma é aplicável aos órgãos entidades por ela definida como subordinados, em geral, órgãos da esfera federal; com a inclusão dos demais entes (estados, municípios e distrito federal) quando utilizarem recursos de transferências voluntárias da União.

Mas, em não estando enquadrados nesse rol, municípios, estados e distrito federal poderão definir diferentemente o que seja “ramo de atividade”; podendo-se, inclusive, a nosso ver, discutir a questão das atividades, dentro do mesmo ramo de atividade. Será, por exemplo, que contratar serviços de pintura de 10 escolas do município seria levado em consideração para se comparar com serviços de manutenção predial em um hospital do município, mesmo sendo o mesmo ramo de atividade (engenharia)?

Além dessa análise, acerca do fracionamento da despesa, a nova lei de licitações prevê importante hipótese para se justificar a dispensa de licitação, a Lei nº 14.133/2021, no entanto, excluindo, como regra de exceção, dos critérios de aferição desses valores, no §7, do art. 75: “§ 7º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças.”

Referida regra, então, toda desnecessário se observar as referidas regras de aferição nas contratações para serviços de manutenção de veículos automotores, incluindo o fornecimento de peças, para as contratações com valor até R\$ 8.000,00 (valor original da lei, que, por força do Decreto nº 11.317/2022, hoje, é de R\$ 9.153,34). Uma regra discutível, para que, sendo utilizado com responsabilidade pelos gestores públicos, principalmente, em órgãos muito pequenos, com prefeituras com reduzido número de veículos, em conselhos, pode ser importante e trazer eficiência e celeridade nas referidas contratações, sem o risco de incorrer em fracionamento da despesa ou mesmo ultrapassar o limite constante no inciso I, do art. 75.

No entanto, importante entender que referida flexibilização não desobriga o gestor a observar o princípio do planejamento, o que pode levar a ser cobrado pelos órgãos de controle, caso utilize a referida regra de flexibilização indevidamente.

Importante, também, destacar, que, para as contratações fundamentadas nos incisos I e II, do art. 75, a Administração deverá observar o seguinte procedimento, constante no § 1º, do art. 75:

§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

Observemos que, diferentemente, do que a Lei nº 14.133/2021, exige para as licitações, que sejam, preferencialmente, eletrônicas, a regra constante no § 3º, do art. 75, não traz essa obrigação; mas, que, antes da Administração realizar sua contratação direta, com o intuito de ampliar o rol de participantes do procedimento, deverá divulgar em sítio eletrônico oficial, esse interesse; para que possa ter uma ampliação dos interessados, além daqueles coletados pelo agente público no momento da pesquisa de mercado e da pesquisa de preços.

Com exceção do previsto na Instrução Normativa da SEGES/ME nº 67/2021, que regulamenta a dispensa eletrônica no âmbito da administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional, e para os entes estaduais e municipais que contratem com recursos de transferências voluntárias da União, não há obrigação do procedimento de dispensa de licitação ser eletrônico.

Em que pese a evolução trazida pela norma infralegal, com possibilidade de termos lances na disputa em uma dispensa de licitação, e, por outro lado, em um procedimento e prazos mais simplificados, referido procedimento eletrônico não é obrigatório para as demais esferas, a não ser a contratação envolva transferência voluntária da União. Mas, que, em outras situações poderá ser utilizada, caso o gestor entenda ser viável e vantajoso para a contratação (lembrando que, pelo menos, nas contratações em razão do valor, teremos valores que giram acima de R\$ 50.000,00, para aquisição de bens e contratação de serviços, e acima de R\$ 110.000,00, para obras, serviços de engenharia e manutenção de veículos automotores, que, de repente, poderá ensejar vantajosa uma disputa em lances na contratação direta).

Conforme bem pontua Flávio Garcia Cabral (2022, p. 959), a premissa do parágrafo é permitir que, mesmo não havendo uma licitação, possa haver uma

concorrência na contratação por dispensa, de modo a permitir que a Administração realize a contratação direta mais vantajosa.

Observa-se, então, que, consideráveis alterações para as contratações dispensáveis em razão do valor; alterações favoráveis, mas que exigem maior controle.

2.2. DISPENSA EMERGENCIAL E A AMPLIAÇÃO DO PRAZO

Uma das hipóteses de licitação dispensável mais delicada é a realização dispensa para atender situações emergenciais.

Da mesma forma que a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/2021 prevê essa possibilidade, com prazo ampliado e com algumas regras que exigirá do gestor público mais planejamento.

A possibilidade do gestor público dispensa a licitação em situações calamitosas e emergenciais está prevista no inciso VIII, do art. 75:

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

Do texto da nova lei, comparativamente, ao que previa a Lei nº 8666/93, observamos que a hipótese de uma contratação emergencial, sem licitação, exige do gestor público que comprove a existência da urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa; devendo ser afastada, em um primeiro momento, qualquer contratação que possa ser planejada, observando-se o princípio do planejamento, previsto na nova lei de licitações.

A ênfase para que a contratação emergencial seja realizada, apenas, para aquisição dos bens necessários ao atendimento emergencial ou calamitosa, também, exige do gestor, mesmo no caso da contratação ser emergencial, o mínimo planejamento da contratação, para se evitar que, por falta do planejamento ou da má fé, ao se adquirir bens para socorrer a emergência, não se queira aproveitar e adquirir outros bens não relacionados à emergência.

Referida preocupação já foi discutida no âmbito do Tribunal de Contas da União, ainda sob a égide da Lei nº 8.666/93, quando o Tribunal se manifestou no sentido de que “Os contratos emergenciais para parcelas de obras e serviços limitam-se aos casos em que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos (art. 24, IV, da Lei 8.666/1993) (Acórdão nº 1.833/2011 – Plenário).

Outro destaque está na exigência, para serviços e obras, que os mesmos sejam concluídos no prazo de até 1 (um) ano da ocorrência da emergência ou da calamidade; devendo ser observado, o que vemos em algumas contratações emergenciais, contratos com prazo de vigência de 1 ano ou prazo de execução de 1 ano. O que vai de encontro ao previsto na lei, visto que a contagem do prazo não está relacionada à data de vigência do contrato ou da execução dos serviços ou da obra, mas, sim, da data da calamidade ou emergência.

Tal regra é fundamental sua observância, que refletirá em um prazo de vigência e de execução contratual inferiores a 1 ano; já que, uma vez ocorrendo a calamidade ou a emergência, será quase impossível se iniciar a execução do contrato no mesmo dia da ocorrência, considerando o prazo mínimo necessário para se definir o objeto a ser contratado e ser selecionado o fornecedor a ser contratado.

Outra regra importante, prevista para a contratação por dispensa de licitação em virtude de calamidade pública ou emergência, está no fato da impossibilidade de prorrogação da referida contratação e a impossibilidade de recontração do mesmo contratado justificando-se, novamente, a emergência.

Referida restrição, em regra, obrigará o gestor público, ao mesmo tempo que busca, por meio da contratação emergencial, sem licitação, atender o interesse público, a sociedade, a determinar o início do planejamento para uma futura licitação, caso seja observado que aquela situação calamitosa durará mais do que 1 ano; o dobro do prazo previsto na Lei nº 8.666/93.

Ainda sobre a parte final do texto do inciso, importante destacar a previsão da impossibilidade de recontração do mesmo fornecedor fundamentando no mesmo inciso, na mesma regra; mas, há quem entenda que é possível se contratar o mesmo fornecedor, após o período de contratação emergencial, por exemplo, por meio do inciso I, do art. 75 (dispensa em razão do valor).

Acerca dessa interpretação, em que pese entendermos legal, nos parece ir de encontro ao princípio da moralidade, o que poderia ser encarado como uma burla à restrição imposta.

Além da regra comentada, acerca do inciso VIII, do art. 75, a lei, ainda tratando da contratação emergencial por dispensa de licitação, alerta acerca da chamada “dispensa fabricada”; aquela que, por desídia ou falta de responsabilidade do gestor ou do agente responsável pela fiscalização da contratação, resulta em uma contratação emergencial; tal regra está prevista no § 6º, do mesmo art. 75:

§ 6º Para os fins do inciso VIII do **caput** deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

A lei, então, exige que o gestor público, em que pese não deixar que o interesse público seja atendido, para a manutenção da continuidade dos serviços, exige, no referido parágrafo, que seja apurado o motivo da referida contratação emergencial, para verificar quem deu causa à emergência: se ocorreu por desídia do fiscal do contrato ou se ocorreu sem responsabilidade de algum agente público.

Referida regra é importante, para se evitar as chamadas “emergências fabricadas” que, segundo o professor Marçal Justen Filho, ocorre quando “a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível”, que, segundo o autor, poderá ocasionar a punição do agente que não adotou as cautelas necessárias para que a contratação do serviço continuado pudesse ter sido, devidamente, planejado para uma nova licitação antes do fim de sua vigência.

Importante lembrar que os posicionamentos do Tribunal de Contas da União quanto às contratações emergenciais para a Lei nº 8.666/93, também são aplicáveis para a Lei nº 14.133/2021, no sentido de que as contratações emergenciais se destinam a dar condições à Administração para se programar e para poder realizar, dentro do prazo de vigência da contratação emergencial, procedimentos necessários para a aquisição de bens e serviços mediante regular certame licitatório (Acórdão TCU nº 1.457/2011 – Plenário).

2.3. CONTRATAÇÃO REMANESCENTE FORA DAS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – ONDE ESTÁ LEI Nº 14.133/2021?

Uma das hipóteses mais revelantes de licitação dispensável na Lei nº 8.666/93 está prevista no inciso XI, do art. 24:

“XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;”

Na nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133/2021, no entanto, essa possibilidade de a administração pública convocar licitantes remanescentes da licitação para assumir o contrato, em virtude de rescisão contratual não está prevista no rol de dispensa de licitação, do art. 75. Mas, sim, em regra específica, quando a lei trata da assinatura do contrato, no art. 90.

Para tanto, vejamos o que regra o art. 90, para, então, chegarmos às regras para convocação de licitantes remanescentes.

Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

O artigo 90, inicialmente, regra como a administração deve proceder para convocar o licitante vencedor do certame licitatório para assinatura do contrato: primeiramente, regra qual o prazo para o contratado assinar o contrato, a partir da

convocação; estando essa regra no edital. E, caso, nesse prazo, a empresa não compareça para assinatura do contrato, decair seu direito à contratação.

A exceção, no entanto, existe previsto, no § 1º, do referido artigo, que regra que o prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período, mediante solicitação da parte durante seu transcurso, devidamente justificada, e desde que o motivo apresentado seja aceito pela Administração.

Transcorrido o prazo inicial da convocação e o prazo de prorrogação, caso ocorra, caso a empresa não compareça, o art. 90 regra, nos § 2º e 4º o que a Administração poderá fazer.

Primeiramente, pela regra do § 2º, é facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor. Sendo essa convocação realizada, na ordem de classificação do certame, para todos os licitantes.

Em seguida, pela regra do § 4º, caso nenhum licitante aceite em assumir o contrato no lugar do primeiro colocado pelo preço dele, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário, e, em seguida, adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

Vemos, então, que, para a situação do licitante vencedor da licitação, a Administração possui duas soluções, importantes para que não haja a perda do certame e, conseqüentemente, prejuízo ao interesse público.

Entendendo essas duas possibilidades, tratemos, agora, da situação na qual, assinado o contrato e iniciada sua execução, o que ocorrerá caso o contrato seja rescindido.

A regra de como a Administração deverá proceder consta no § 7º, do art. 90:

§ 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

Observemos, então, que, na nova lei de licitações e contratos o gestor público tem mais uma saída para aquelas contratações que não atingem seu objetivo final, nas quais a contratação não é executada na íntegra; sendo, por algum motivo, rescindida.

Agora, o gestor pode, primeiramente, convocar, na ordem de classificação as licitantes do certame, primeiramente, para assumir o contrato pelo preço e mesmas condições do contratado; e, no caso de nenhuma licitante desejar assumir o contrato dessa forma, poderá voltar e questionar se algum dos licitantes deseja assumir o contrato pelo preço de sua proposta.

Entendemos que tal possibilidade é positiva, considerando que, enquanto que pela lei nº 8.666/93, os remanescentes só assumiriam o restante do contrato pelo preço e condições do contratado, devido a nenhum licitante desejar assumir o contrato, por não conseguir fazê-lo pelo preço do vencedor, agora, pela lei nº 14.133/2021, com a possibilidade de, após a primeira tentativa, caso haja insucesso, poderemos negociar e até aceitar a proposta do licitante remanescente, desde que esteja dentro do preço estimado da licitação; o que, sob a égide da nova lei de licitações, poderá nos levar a ter reduzido o número de obras inacabadas, contratos de fornecimento seguindo sua execução, caso um dos licitantes concorde em assumir o contrato pelo seu preço, dentro dos seus custos. Trazendo um possível benefício para o interesse público.

3. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E OS NOVOS EXEMPLOS

Outra possibilidade de a Administração Pública afastar o processo licitatório ocorre quando for demonstrada a inviabilidade de haver competição entre os fornecedores, para determinado objeto que venha a atender a uma necessidade.

Enquanto que, nas hipóteses de dispensa de licitação, é dispensável quando, devidamente justificado, mas, pode, em algum momento haver competição entre os fornecedores do mercado, quando a Administração, após análise da necessidade e da solução que possa atender, comprova ou define que é inviável a competição, abre-se a oportunidade de tornar inexigível a licitação, sendo, então, o fornecedor contratado sem processo licitatório.

No entanto, como bem lembra Ronny Charles (2021, p. 389), diferentemente da dispensa, em que a competição é possível, porém o legislador permite não fazê-la, na inexigibilidade a competição é inviável, o que torna inócuo o procedimento licitatório, cuja razão de ser é, justamente, fomentar a competição em busca da melhor proposta, para o atendimento do interesse público. Reforçando que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única, mas sim, um gênero, que comporta várias modalidades.

Importante, também, destacar posicionamento de Marçal Justen Filho (2005, p. 347), que sintetiza a inviabilidade de competição nas situações de: ausência de pluralidade de alternativas; ausência de mercado concorrencial; impossibilidade de julgamento objetivo; ausência de definição objetiva da prestação.

Da mesma forma que a Lei nº 8.666/93, a nova lei de licitações, Lei nº 14.133/2021, traz a mesma regra acerca da inviabilidade de competição, trazendo, também, exemplos de situações que podem afastar a licitação, por ser inviável a competição.

O art. 74, da Lei nº 14.133/2021 traz os seguintes exemplos: “I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos.”

Esse exemplo de hipótese de contratação, sendo demonstrada a inviabilidade, traz novidades, comparativamente, com a Lei nº 8.666/93, a partir do ponto de, não, apenas, para aquisição de materiais, equipamentos e gêneros, mas, também, para serviços a serem prestados por fornecedor exclusivo. Contratação que, muitas vezes, levava o gestor público a se equivocar quando da fundamentação legal; visto sua inexistência na Lei nº 8.666/93.

A exclusividade, no entanto, conforme § 1º, do referido artigo, deverá ser demonstrada, pela inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Se, por um lado, essa hipótese, de certame forma, dispensa a apresentação de algum documento expedido por um órgão ou entidade ou instituição pública, podendo ser fornecido por um particular, essa flexibilização gera uma maior responsabilidade para o agente público que realizará a contratação e para todos os demais envolvidos,

para que, mediante diligência, busque comprovar a veracidade da informação, que garanta a inviabilidade de competição.

Importante destacar a diferença entre exclusividade absoluta e exclusividade relativa; definições trazidas por Ronny Charles (2021, p. 392):

“A exclusividade pode ser absoluta, quando só existe um fornecedor no país, ou relativa, quando se dá apenas na praça onde vai ocorrer a contratação e isso restringe as alternativas de contratação, como pode ocorrer no fornecimento de combustível por pequena prefeitura, que não possua outro posto de gasolina em sua circunscrição ou proximidades.”

Outro exemplo relevante trazido pela lei, no art. 74, também já existente na Lei nº 8.666/93, está relacionada ao setor artístico: “II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Para essa contratação, a Lei nº 14.133/2021, prevê, no § 2º, do art. 74, que se considera empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Com isso, aquele órgão ou entidade não poderá, por exemplo, contratar um artista, para a festa de São João, por intermédio de um empresário A que se diz exclusivo para esse evento, e, para a festa de Natal, por intermédio de um empresário B que se considera exclusivo para aquele evento.

Outro destaque importante é trazido por Hugo Sales (2022, p. 900):

Não basta a boa qualidade, muito menos o simples “renome”, exigindo-se algo além: a consagração pelo público em geral. O artista em questão deve gozar de excelente reputação junto à crítica e/ou à opinião pública em geral, ainda que se admitam variações territoriais (por exemplo, não se espera que um mesmo ritmo musical tenha o mesmo apelo no norte e no sul do país).

Importante destacar, também, que, para a eficácia da referida contratação, o § 2º, do art. 94, da Lei nº 14.133/2021, determina que a divulgação do contrato firmado deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando

houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas. Com o objetivo de tornar mais transparente referida contratação.

Sendo, ainda, importante destacar posicionamento recente do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 8.493/2021 – 2ª Câmara), no sentido de que, na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, a apresentação de atestado de exclusividade restrito ao dia e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, aplicação de multa e julgamento pela irregularidade das contas, haja vista que o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição.

Outro exemplo de destaque trazido pela Lei nº 14.133/2021, no art. 74, refere-se a serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual:

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

Observa-se que, diferentemente, da Lei nº 8.666/93 que, ao trazer referido exemplo no art. 25, remeteu os serviços técnicos ao art. 13, a Lei nº 14.133/2021, facilitando sua utilização, trouxe o rol de serviço técnicos, caracterizando-se como sendo de natureza predominantemente intelectual. E, no caso de os serviços serem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, poderão ser

contratados sem licitação, pela sua inviabilidade, considerando a escolha, de certa forma, subjetiva do contratado.

Para tanto, a nova lei de licitações define, no § 3º, do art. 74, o que seja “notória especialização.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Enquanto que os exemplos de destaque acima, de certa forma, já eram abordados, mesmo com alguma diferença, na Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/2021, prevê, nos incisos IV e V, do art. 74, duas novidades: a contratação por inexigibilidade vinda do procedimento auxiliar de credenciamento e a locação e aquisição de imóveis. Vejamos: “IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento.”

Enquanto que os exemplos de destaque acima, de certa forma, já eram abordados, mesmo com alguma diferença, na Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/2021, prevê, nos incisos IV e V, do art. 74, duas novidades: a contratação por inexigibilidade vinda do procedimento auxiliar credenciamento, que é um processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados (inciso XLIII, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021), e que pode ser utilizado nas seguintes hipóteses de contratação: contratação paralela e não excludente (exemplo, de peritos, avaliadores, tradutores), contratação com seleção a critério de terceiros (exemplo de médicos, clínicas, laboratórios, para utilização pelos servidores do órgão) e contratações em mercados fluidos (exemplo de passagens aéreas, onde será credenciada a empresa aérea, e não a empresa gerenciadora).

A evolução trazida pela Lei nº 14.133/2021 está no sentido de fazer constar, agora, corretamente, como exemplo de utilização do credenciamento por ser inviável a competição.

O último exemplo trazido de destaque como hipótese de contratação por inexigibilidade de licitação está no inciso V, do art. 74: “aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.”

Referida contratação, na Lei nº 8.666/93, tratava-se de hipótese de dispensa de licitação (inciso X, do art. 24).

No entanto, em sua maioria, na locação do imóvel ou na aquisição a escolha não dependia de uma competitividade de preços.

Como bem lembra Ronny Charles (2021, p. 406), eram outros fatores que levavam o gestor à escolha do imóvel.

A hipótese de contratação direta se justifica porque, nas aquisições e locações de imóveis, há diversos fatores objetivos e institucionalmente subjetivos que impactam na definição do imóvel. Avaliar isso, em um procedimento objetivo como a licitação, provavelmente, levaria a escolhas ineficientes ou soluções inseguras.

Importante destacar que a nova lei de licitações prevê, no § 5º, do art. 74, que, para referida aquisição, deverão ser observados alguns requisitos: avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos; certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto; e justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

4. O FORMALISMO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Além das regras constantes nos artigos 74 e 75, a nova lei trouxe o planejamento para dentro do procedimento de contratação direta, não bastando, agora, especificar o objeto, realizar a pesquisa de preços, selecionar a melhor proposta e seguir para a contratação.

Para os professores Murilo Jacoby, Jorge Jacoby e Ana Luíza Jacoby (2021, p. 70) “o dispositivo da nova Lei tem três informações: coloca, como exposto, a informação de que a contratação direta sem licitação é gênero, o qual abrange as duas espécies: a inexigibilidade e dispensa de licitação. Em seguida, define o dever de instruir o processo e indica, com precisão, os documentos que devem instruí-lo”.

Agora, o gestor público deverá conhecer as regras de formalização do processo de contratação direta da Lei nº 14.133/2021, entendendo que o planejamento da contratação é um dos pressupostos essenciais.

Segundo Ronny Charles (2021, p. 376) “mesmo sem a observância de alguns procedimentos relativos às modalidades licitatórias, a contratação direta deve obediência aos princípios do Direito Administrativo, exigindo, por exemplo, a realização de um procedimento formal, destinado a justificar a escolha de tal contratação e delineamento de seus parâmetros e objetivos”.

Referido planejamento da contratação direta está previsto no art. 72:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Observamos, então, que, agora, o gestor que decidir por contratar dispensando a licitação e por inviabilidade de competição (inexigibilidade) deverá iniciar o processo com um documento que apresente a necessidade da contratação (Documento de Formalização da Demanda – DFD).

Após informar a necessidade da contratação, por meio do DFD, há uma fase de planejamento, que, se for o caso, pode conter um Estudo Técnico Preliminar, Termo de Referência, análise dos riscos da contratação Projeto Básico ou Projeto Executivo, semelhante ao de um procedimento licitatório.

O Estudo Técnico Preliminar, conforme definido no inciso XX, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma

contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

O Termo de Referência, por sua vez, é o documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter a definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação, a fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas, a descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto, requisitos necessários à contratação, o modelo de execução do objeto e de gestão do contrato, os critérios de medição e de pagamento do objeto contratado e demais informações necessárias à execução da contratação.

Mesmo na contratação direta, pode ser necessário a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso e a boa execução contratual.

E projeto básico e executivo já são conhecidos da Lei nº 8.666/93, que podem ser necessários à contratação direta, sendo o projeto executivo o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da contratação, enquanto que projeto executivo é o conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes.

Outro destaque desse procedimento é quanto à estimativa de preços, também, na contratação direta, que deverá observar, inclusive, o mesmo procedimento do art. 23, onde é regrado quais os parâmetros utilizados para se chegar no valor estimativo da contratação para aquisição de bens e contratação de serviços em geral e para obras e serviços de engenharia, para que se conste o valor estimado da contratação, sendo permitido, quando não for possível estimar o valor do objeto, que o contratado comprove, previamente, que seus preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da

apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

E, obviamente, considerando o valor estimado, a administração deverá comprovar orçamento necessário para a contratação.

Acerca da formalização do contrato, a lei, em seu artigo 95, também flexibiliza a exigência do instrumento de contrato na dispensa de licitação em razão de valor, prevendo a possibilidade de o instrumento ser substituído por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Até pela exigência de formalizar o processo de contratação com mais objetividade, visando a segurança da contratação e lembrando que poderemos ter contratações com vultos consideráveis, a lei reforça a necessidade de que o fornecedor contratado comprove que atende os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária.

Uma vez selecionada a melhor proposta, seja no procedimento “normal” ou no procedimento eletrônico, como é o caso da dispensa eletrônica, a administração deverá justificar a escolha do fornecedor, bem como, o preço.

Em seguida, observando, inclusive, o constate no § 4º, do art. 53, da Lei nº 14.133/2021, o órgão de assessoramento jurídico da Administração realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas (podendo ser dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico), para, em seguida, haver a autorização da contratação por parte da autoridade superior.

Sendo importante lembrar que, ao final, conforme preconiza o parágrafo único, do art. 72, o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial; e, entendemos, no PNCP, além do contrato, no prazo de 10 (dez) dias úteis, conforme determina o art. 94, da nova lei de licitações e contratos administrativos.

Dessa forma, temos, nessa breve análise das novas regras de contratação por dispensa de licitação, uma evolução na formalização do procedimento pela Lei

nº 14.133/2021, de forma que não basta o gestor escolher utilizar a nova lei, animado pelos novos limites; agora deverá formalizar, com mais detalhes do procedimento, inclusive, para justificar a não realização do procedimento licitatório.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observamos em nosso trabalho, em pontos de destaque acerca das contratações diretas na Lei nº 14.133/2021, uma evolução nas compras diretas da administração pública, em termos de formalização do processo, transparência, ampliação de limites de valores, novas hipóteses para contratação direta, critérios objetivos para estimativa de preços para as referidas contratações, que trazem uma evolução nas compras públicas. Inclusive, com a possibilidade de se utilizar a disputa eletrônica, com etapa de lances. Que, em termos de economicidade e competitiva, é uma considerável evolução no procedimento.

Vemos, especificamente, que a opção por utilizar os novos limites da dispensa de licitação, trazidas pela Lei nº 14.133/2021, não torna o processo mais simples. Não basta, apenas, querer usar os limites. Tem-se que capacitar a equipe para aprender a planejar, analisar os riscos, para, então, realizado todo esse procedimento constante no art. 72, se chegar na contratação.

Dessa forma, todo cuidado é pouco nesse momento de discussões sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos, inclusive, sobre os procedimentos e novas regras para licitação. Visto que as compras diretas, bastante utilizadas, sofreram alterações nas suas regras.

É importante entender que os objetivos trazidos pela nova lei de licitações e contratos administrativos, no art. 11, devem ser observados nas contratações diretas, sempre buscando assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, o tratamento isonômico entre os licitantes, evitando contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos, e incentivando a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Não basta, apenas, se preocupar com os limites para contratação por dispensa de licitação, não basta, apenas, se preocupar com as discussões em torno do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Afinal, a lei prevê, em seu artigo 73, que,

na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. E o código penal, art. 337-A, prevê que admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei pode resultar em uma pena de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

REFERÊNCIAS

1. BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade**. São Paulo: Almedina, 2016.
2. BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1, p. 8269. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>, Acesso em: 13 mar. 2023.
3. BRASIL. Lei nº 14.133/2021, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º abr. 2021, Edição: 61-F, Seção: 1 - Extra F, Página: 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>, Acesso em: 13 mar. 2023.
4. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.470/2008 – Plenário**. Brasília. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2470%252F2008/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>, Acesso em: 01 mar. 2023.
5. BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Acórdão nº 997/2020**. Recife. Disponível em: < <https://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/tce/Boletim330.pdf>>, Acesso em: 05 mar. 2023.
6. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.833/2011 – Plenário**. Brasília. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1.833%252F2011/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520>>, Acesso em: 05 mar. 2023.
7. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.457/2011 – Plenário**. Brasília. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1.457%252F2011/%2520%25E2%2580%2593%2520Plen%25C3%25A1rio/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520>>, Acesso em: 05 mar. 2023.
8. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 8.493/2021 – Segunda Câmara**. Brasília. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/8.493%252F2021/%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>, Acesso em: 10 mar. 2023.
9. JACOBY FERNANDES, Ana Luiza, *et al.* **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021**. 11. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2021.

10. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 13^a. ed., São Paulo, Dialética, 2011.
11. SARAI, Leandro, *et al.* **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/2021 Comentada por Advogados Públicos** – 2 ed. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
12. TORRES, Ronny Charles Lopes de; BALTAR NETO, Fernando Ferreira. **Direito Administrativo. Coleção Sinopse para Concursos**. 10^a Ed. Salvador: JusPodivm.
13. TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2021.

O IMPACTO DA MEDIAÇÃO NAS VARAS DE FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES PÓS-DIVÓRCIO

Karlson de Carvalho Alves*
Profa. Ma. Marlene Pereira Borba Cahú**

RESUMO

As relações humanas sempre foram conflituosas, por diversas motivações, políticas, econômicas, ideológicas, religiosas, amorosas, complexas, relevantes ou fúteis. A desavenças se mostra parte do que é ser humano. Dentro da estrutura social a qual chamamos de família, observamos um campo vasto para o surgimento de conflitos que por se tratar de indivíduos que mantêm entre si laços que muitas vezes não podem ser desfeitos. A mediação, que é o conjunto de técnicas voltadas para a solução pacífica de conflitos, trouxe para as varas de família o mecanismo que, apesar de ser uma ideia antiga, permitiu que os conflitos pudessem ser solucionados de forma mais rápida, e, como será abordado, com benefícios não apenas para as partes litigantes como também para toda a sociedade e outras partes envolvidas direta ou indiretamente no conflito. O objetivo deste trabalho é demonstrar a evolução do pensamento da utilização da mediação como forma de solução de conflitos, sua evolução no ordenamento brasileiro, e seu impacto na sociedade.

Palavras-chave: Mediação; conflitos intermediados por um terceiro imparcial; resolução de problemas.

ABSTRACT

Human relationships have always been conflicting, for different reasons, political, economic, ideological, religious, loving, complex, relevant or futile. Disagreements are part of what it is to be human. Within the social structure that we call the family, we observe a vast field for the emergence of conflicts that, as they are individuals who maintain ties among themselves that often cannot be broken. Mediation, which is the set of techniques aimed at the peaceful resolution of conflicts, brought to family courts the mechanism that, despite being an old idea, allowed conflicts to be resolved more quickly, and, how will it be addressed, with benefits not only for the disputing parties but also for society as a whole and other parties directly or indirectly involved in the conflict. The objective of this work is to demonstrate the evolution of the thought about the use of mediation as a form of conflict resolution, its evolution in the Brazilian order, and its impact on society.

Keywords: Mediation. Conflicts mediated by an impartial third party. Trouble shooting.

* Graduando em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (UNIESP). E-mail: Karl.assessoria@gmail.com.

** Mestra professora em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (UNIESP). E-mail: Marlene.cahu@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira na qual vivemos, é cercada de questões conflituosas e a garantia constitucional ao acesso à justiça propiciou às pessoas buscarem seus direitos e resolverem seus problemas por vias judiciais, transformando a judicialização de toda e qualquer disputa, algo quase cultural, em vez de tentarem resolver os conflitos de forma pacífica. Isso acarreta todos os anos um crescente número de demandas em trâmite no sistema judiciário.

No que diz respeito aos conflitos familiares, as consequências vão além da perda de tempo e dinheiro, resultando muitas vezes em sequelas irreversíveis, afetando não somente os cônjuges, mas os filhos, e refletindo na quebra dos laços familiares por toda a vida.

Debater acerca da mediação nos conflitos familiares, em casais com medidas protetivas, torna-se um desafio complexo quando cogitada a possibilidade de casais em situações de violência, submeterem-se ao procedimento da mediação na busca do acesso a uma ordem jurídica justa e pacífica.

O artigo 14 da Lei 11.340/2006, que discorre sobre a competência, diz que:

Os Juizados de Violência Doméstica e familiar contra a Mulher, órgão da Justiça ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006, p. 6).

Dessa forma, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem uma estrutura híbrida que acaba por abranger tanto a área criminal quanto a área cível. Ao comentar o artigo 14, o professor Gabriel Habib prescreve acerca da competência mista da Lei 11.340/2006:

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem competência mista, ou seja, cível e criminal. Trata-se de uma norma que vai de encontro à tradicional elaboração de normas de especialização de competência, mas a intenção do legislador foi facilitar o acesso à vítima à Justiça, bem como otimizar e dar maior celeridade ao processo. Assim, ao mesmo tempo em que se julga o delito praticado em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, praticam-se atos de natureza cível, como a separação judicial, entre outros (BRASIL, 2006, p. 205).

Nesse contexto, de competência mista, ocorre a aplicação do Código de Processo Civil para casais em situação de violência doméstica, que traz em seu bojo as normas fundamentais que estimulam a resolução consensual do conflito em qualquer fase processual. Demonstrando que mesmo em um cenário de violência, ou seja, um cenário criminal, é cabível e aconselhável a utilização da mediação. Esse cabimento visa não apenas a solução do conflito, mas seus efeitos positivos entre as partes, seus filhos e seus possíveis novos relacionamentos.

Dessa forma, este estudo tem o objetivo de permitir a demonstração da importância da aplicação do procedimento da mediação em conflitos familiares com ênfase nos benefícios para casais em conflito, dura o processo de divórcio e no pós-divórcio, explanando a importância do bom diálogo com o auxílio de um terceiro facilitador, na resolução das controvérsias postas e destacando algumas considerações sobre o método consensual de solução de conflitos chamado de mediação.

Examinando a importância dos resultados da mediação familiar e como ela reflete no “inchaço” da máquina judiciária, observando o impacto da onerosidade pecuniária para a sociedade motivada pelo acionamento da estrutura judiciária como um todo, desde o início do processo até a sua conclusão.

O presente trabalho será estruturado em 10 partes, junto a esta introdução. Sendo o segundo tópico “a mediação na vara de família”; o terceiro tópico “a mediação na história do direito brasileiro”; o quarto tópico “o direito de família no Brasil”; o quinto tópico “a mediação e o direito de família”; o sexto tópico “as disputas familiares e seus efeitos”; o sétimo tópico “a mediação na guarda e na visitação dos filhos”; o oitavo tópico “a mediação na definição dos alimentos”; o nono tópico “o impacto da mediação nos bens”; e o décimo tópico as considerações finais.

2 A MEDIAÇÃO NA VARA DE FAMÍLIA

A definição do conceito descrito na sua lei de implementação, a Lei 13.140/15 (BRASIL, 2015b) diz em seu art.1º, Parágrafo único, que “considera-se como mediação a atividade técnica exercida por terceiros imparcial sem poder decisório, que, escolhido e aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

No cenário jurídico brasileiro, no âmbito da Lei nº 13.105/15 que é o nosso Código de Processo Civil vigente, que incorpora em seu texto a obrigatoriedade de se ofertar o método da autocomposição, com o auxílio de terceiro desinteressado, observamos de fato a aplicação da Lei:

CPC. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015^a, p. 52).

Sendo esse, a petição inicial, o passo inicial de qualquer processo dentro do judiciário nacional, observamos ainda que, após a formalização do pedido de intervenção judicial, pode-se recorrer a esse método de solução de conflitos a qualquer tempo, enquanto durar a intervenção judicial.

Existe certa confusão sobre o conceito de mediação e conciliação, sendo esses dois institutos confundidos as vezes como sendo o mesmo instituto, mas facilmente se observa suas diferenças quando aplicadas como ferramenta de solução de conflitos dentro do âmbito familiar.

O conceito de conciliação se volta para a solução do conflito em pauta de forma pura e objetiva, sem observar a relação entre as partes, o que não caberia em uma relação familiar. Isso nos leva diretamente ao centro do tema, a mediação no âmbito familiar. A essência da mediação é buscar a restauração da relação anterior ao conflito, para isso é necessária a existência previa de uma relação entre as partes. O que é exatamente o cenário do universo familiar.

Barbosa (2014) entende que a mediação atua na fonte do conflito, por tanto, não tem como objetivo a solução do conflito, mas a compreensão e a comunicação entre as partes conflitantes.

Sobre a utilização do instituto da mediação como ferramenta judicial e/ou extrajudicial, a Lei 13.140/15 define de forma técnica o que é e como deve ser composta:

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
Parágrafo único. Considera-se mediação 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, 2015b, p. 1).

Desta forma, podemos distinguir como sua diferença, em relação a conciliação, não a natureza do conflito, mas a relação previa entre as partes, bem como o objetivo de restauração da relação e não a simples solução da controvérsia. É justamente essa restauração do diálogo que proporciona a construção da solução entre as partes, tendo por consequência, não apenas extinção do conflito, mas implantação de um relacionamento sadio entre as partes ou ao menos a instauração de um ambiente não tóxico nas interações futuras.

Nas varas de família, que é o local onde todas as ações referentes a disputas que envolvem direito de família, ocorrem a implementação da mediação pela Lei 13.105/15, teve impacto muito positivo no que se diz respeito ao congestionamento judicial.

Antes da prática ostensiva da mediação, o judiciário brasileiro sofria uma lenda, notória e inconveniente lentidão. Um dos efeitos agregados da mediação, além de uma forma pacífica de resolução de conflitos, foi a efetivação da celeridade e da economia processual, objetivos importantes na vida das famílias com demanda judicial, pois seus efeitos na relação familiar tendem a ser benéficos, reduzindo traumas ocasionados pela demora na solução das lides.

Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020), no ano de 2020, as varas especializadas com as menores taxas de congestionamento entre as competências analisadas foram as varas de infância e juventude (47%), violência doméstica (57%) e de direito de família (59%). Isso é reflexo direto da celeridade proveniente da prática da mediação.

Os dados apresentados mostram como a mediação está ajudando a solucionar os conflitos de forma mais célere, reduzindo assim o tempo em que as partes permanecem envolvidas no conflito, reduzindo não apenas o tempo ou o volume de processos, mas tensões familiares e suas consequências, visto que as demandas das varas de família demandam a utilização interdisciplinar de intervenções, não apenas a atuação jurídica, mas a atuação de profissionais das áreas de psicologia e assistência social, atividades profissionais essenciais para a reconstrução e restabelecimento da vida social das partes.

3 A MEDIAÇÃO NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da mediação e o da conciliação não são novos no judiciário brasileiro. Na verdade, eles fazem parte do nosso ordenamento desde a fase do Brasil colonial.

O Brasil, como colônia de Portugal, teve suas raízes jurídicas baseada no sistema judicial daquele país, por esse motivo é obvio que sua estrutura se baseasse no sistema jurídico Civil Law, que nada mais é que a observação “seca” da lei, mas com a evolução da sociedade, e com a adoção de uma constituição voltada para o social, gradativamente nosso sistema tem cada vez mais se pautado pelo sistema Common Law (direito comum), que é o direito que se desenvolve por meio das decisões dos tribunais. Essa tendência tem humanizado a relação entre a sociedade e o judiciário.

Podemos citar essa manifestação embrionária da humanização e da utilização da mediação e da conciliação em ordenamentos antigos, as Afonsinas que vigorou até o ano de 1448, o ordenamento conhecido como manuelinas que surgiu em 1512, que fora reformada algumas vezes e a partir de 1603, ficou conhecida como Ordenações Filipinas, sendo vigente no ordenamento jurídico português, e por consequência, brasileiro, até o ano de 1830. Mesmo o Brasil não sendo colônia de Portugal desde o ano de 1822, o judiciário brasileiro manteve a influência portuguesa. Podemos citar do Capítulo XV do Livro III das Ordenações Manuelinas e no Capítulo XX do Livro II das Ordenações Filipinas o seguinte trecho:

E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades porque o vencimento da causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes à concórdia, não hede necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem poderem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem tais, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar (WATANABE, 2014, p. 23).

Observamos claramente no trecho em destaque, a preocupação em se poupar o patrimônio das partes, aconselhando-as a não dilapidar seus patrimônios, com custas processuais e condenações possivelmente onerosas, bem como restaurarem entre si a boa convivência, evitando assim o desenvolvimento de sentimentos nocivos e danosos as partes e a sociedade.

Na medida em que nosso ordenamento evoluiu, tal “embrião” de entendimento que a autocomposição é melhor para todos, também evoluiu e ganhou não só uma melhor definição, mas uma sustentação legal que lhe deu respaldo e relevância processual.

Seu desenvolvimento se fixou, no nosso ordenamento nacional, mudando seu texto, mas não sua essência. Sua nova fase se encontra na nossa primeira constituição de 1824 (BRASIL, 1824, p. 12), no qual a conciliação é apontada no art. 161, que diz “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”

Na mesma constituição no art. 162 (BRASIL, 1824, p. 12), surge a figura do Juiz de Paz, “Para este fim haverá juizes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Câmaras. [...] o cargo idealizado pelos liberais junto a coroa.” Ao contrário da realidade jurídica anterior, com o absolutismo do imperador, a constituição, de 1827 mais uma vez, fortaleceu a prática da conciliação, desta vez com a eleição de alguém que teria como uma de suas obrigações, mesmo sem ter treinamento, nem pagamento e mesmo sem atuar em questões de relevância social, o juiz de paz era responsável por atuar na conciliação para a resolução dos conflitos.

Apesar do cargo de juiz de paz ter sido extinto em 1841, por motivações políticas, diversas leis e decretos posteriores mantiveram em evolução da solução pacífica de conflitos, até ser totalmente eliminada de nosso ordenamento (DEBS; SILVEIRA; DEBS, 2020).

Seu ressurgimento ocorre no CPC de 1973, com previsão de conciliação no Capítulo VII, seção II:

Da Conciliação: Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo a termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença (BRASIL, 1973, p. 40).

Pode-se observar que no CPC/73, não aparece o termo mediação e sim conciliação. Mas a intenção é clara, apesar do uso incorreto, ou definição imprecisa,

do legislador ao formular aos artigos referentes a solução pacífica de conflitos. Mas importante é que nossa legislação retornou a utilizar a solução pacífica de conflitos, voltando a retomar a evolução do meio.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, s.p) e do CPC/15 (BRASIL, 2015, s.p) e da Lei 13.140/15 (BRASIL, 2015b), a mediação se cimentou em nosso ordenamento, trazendo consigo suas benesses, em especial nas varas de família.

4 O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

O entendimento do direito, como ciência, seria o de entender que o direito é um objeto, que estipula normas de interação social. Partindo desse entendimento, pode-se afirmar que o direito de família seria as normas que regulam as relações entre indivíduos com vínculos e laços sanguíneos.

Obviamente, essa definição seria para estudar e definir um padrão antigo, definido como família. Assim como as relações evoluíram, as normas que as regulam também foram obrigadas a evoluir. Isso é óbvio e isso é inegável, mas uma coisa nunca mudou. As relações de família se tratam das relações entre pessoas.

Por mais que se queira dizer que a humanidade evoluiu, seu comportamento e seu psicológico são cíclicos (MASLOW, 1970, s.p). Em outras palavras ele repete, claro que com mudanças, mas sempre mantendo sua essência.

No princípio das sociedades, a ideia da constituição de famílias seguia regras sociais, que definiam uma relação hierárquica, e dentro dessa hierarquia, as regras de contrato entre seus componentes e suas relações patrimoniais.

Na medida em que essas relações foram legalmente mudando, foram surgindo direitos e ferramentas jurídicas relacionadas a matéria. Podemos citar entre essas ferramentas, o desquite, o divórcio, o testamento, a deserção, a união estável, a adoção e entre outras a própria mediação.

As leis direcionadas para as questões de família no Brasil, desde as primeiras constituições no século 19 até o presente, evoluiu em várias questões, descentralizando o foco do patriarca, reconhecendo e criando direitos para os descendentes oriundos do extraconjugal, concedendo garantias de direitos patrimoniais aos divergentes, assegurando a liberdade e o direito a dignidade das partes e dos descendentes. Proporcionando a igualdade de direitos as estruturas

familiares não tradicionais entre outras evoluções. Com isso, podemos afirmar de forma categórica e incisiva, que o direito de família no Brasil acompanhou as mudanças legislativas do mundo, atendendo em suas legislações, as tendências do legislativo humanizado, valorizando o bem-estar dos indivíduos e da sociedade como um todo, assegurando o direito no presente e nos eventos futuro.

Essa realidade se manifesta claramente, ao se prever em nosso ordenamento, questões referentes embriões congelados e suas relações com questões de espólio e outras, proporcionadas pelas questões da reprodução assistida.

Podemos observar aqui que as questões antigas de disputas familiares se mantêm, porém com suas próprias modernizações e adaptações. Essa evolução científica apenas aumentou as possibilidades de surgimento de disputas, não apenas as alegrias possíveis, proporcionada pelo desenvolvimento da ciência.

5 A MEDIAÇÃO E O DIREITO DE FAMÍLIA

A intenção que rege a utilização da mediação é clara. Nesse tópico, observaremos seu funcionamento no direito de família e quais os seus benefícios sociais além do âmbito judicial. Essas observações extrapolam a matéria jurídica e se estende a psicologia, mas podemos iniciar sua avaliação entendendo como a mediação se comporta no judiciário.

Devemos lembrar que a lei de mediação versa sobre a vontade das partes, isso indica que mesmo havendo acordo entre as partes e não sendo papel do juiz a interferência na decisão construída entre os litigantes, não existe homologação. Ou seja, validação legal as decisões tomadas sobre direito indisponível.

No direito de família, a matéria trata de questões delicadas, pois além dos bens materiais e disposições cíveis, o direito de família envolve o princípio da dignidade humana, abarcados nos tratados que versam sobre direitos humanos nos textos da própria Constituição Federal, não só em relação a dignidade humana como também sobre o direito ao acesso à justiça, além de direitos resguardados no Código Civil Brasileiro, tornando-o uma matéria multidisciplinar. O que, a depender do caso concreto, movimenta mesmo havendo acordo entre as partes, não apenas a vara de família para a homologação, como também o ministério público, quando envolver interesse de incapazes ou menores de idade. Além de ocasionalmente a própria

defensoria pública, por ser o braço do judiciário responsável por garantir o acesso à justiça aos que não podem pagar por ela.

Com esse entendimento, observa-se que as questões familiares recebem amparo de forma ampla no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, no Brasil se busca assegurar da melhor forma possível as condições mínimas necessárias para que sejam respeitadas a dignidade humana e as relações sociais entre as partes. Essas garantias se refletem, ou deveriam refletir na sociedade como um todo, proporcionando-o a paz e a convivência harmoniosa dos seus membros.

6 AS DISPUTAS FAMILIARES E SEUS EFEITOS

Inicialmente, os interessados diretos na solução de conflitos de família podem parecer, e levando em conta tudo o que se foi dito é o casal. Porém as consequências dos conflitos se estendem para além, do casal e dos filhos, e indiretamente, podem chegar a atingir a sociedade como um todo. Isso nos leva a ressaltar a importância da comunicação não-violenta, e a busca da solução pacífica de conflitos e esse papel recai não apenas pela adoção de leis com esse cerne, mas as técnicas aplicadas para alcançar a pacificação das lides. Para esse objetivo, se busca a mediação.

A mediação obteve um grande impacto na solução de conflitos nas varas de família. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) monitora essa evolução desde 2014, apesar de apenas nos mostrar como o tempo empregado para a prolação de decisões judiciais nas varas de família sofreram redução, principalmente se comparado a outros ramos do direito, podemos observar outros reflexos.

As partes, protagonistas do divórcio, tiveram um ganho não apenas no ato do término do enlace matrimonial ou do instituto da união estável, mas com a mediação que tem o objetivo primário não de solucionar a lide, mas de restaurar a relação pacífica existente antes do surgimento da disputa.

Essa restauração permite que se conserve minimamente a condição psicológica das partes, que as decisões tomadas pelos, antes companheiros, sejam tomadas de forma tranquila e sem gerar disputas posteriores ou rancores. A disciplina da psicanálise há muito já associou o desequilíbrio emocional as manifestações físicas nocivas à saúde do indivíduo. Essa condição conhecida como psicossomática, que é definida por Sigmund Freud como a resposta corporal do indivíduo, a realidade

desfavorável (FREUD, 1990, s.p). Para Paixão (2002), é a resposta do corpo para o agravamento de doenças físicas devido a dificuldades psicológicas.

Essa condição psicossomática ocasionalmente pode gerar danos à sociedade, se observamos que as pessoas acometidas dessa condição podem gerar problemas em outras esferas do direito como a criminal e até mesmo fora da área jurídica, já que ela pode se refletir no sistema de saúde, no mercado de trabalho, com o afastamento de um membro produtivo da sociedade, o que por sua vez gera gastos previdenciários com a utilização de recursos da assistência social. Como podemos observar, os danos a sociedade podem ser sistemáticos.

No Brasil, não é incomum o surgimento de crimes motivados por ciúmes, ou vinganças passionais. Essa condição surge por términos não pacíficos de relacionamentos. Nesse cenário, a importância da mediação não se encontra na celeridade do processo, mas na construção da boa convivência das partes, principalmente quando existe filhos, fruto do relacionamento das partes.

Ao se decretar o fim da relação dos pais, havendo filhos, com o desenvolvimento intelectual ainda em seus primeiros momentos, o término não pacífico da relação pode gerar distúrbios psicológicos extremamente danosos as crianças e adolescentes envolvidos. Com exemplo, podemos relacionar distúrbios comportamentais, problemas educacionais e até mesmo problemas de relacionamento entre as crianças e seus genitores.

Trentin (2010) afirma que os pais têm papel fundamental na formação do indivíduo, do seu caráter, dos seus valores, os pais são a referência da criança, as pessoas com quem se identificará. Isso porque as crianças são viajantes recém-chegados a um país estranho, do qual nada sabem. Crianças e adolescentes necessitam, assim, de uma base familiar sólida.

Contudo, na impossibilidade de se disponibilizar uma base familiar sólida, é de grande relevância o convívio dos pais para que todas as tratativas que envolva os filhos do casal conflitante visem o melhor resultado para o desenvolvimento da criança.

7 A MEDIAÇÃO NA GUARDA E NA VISITAÇÃO DOS FILHOS

Ao tratarmos dos filhos, a jurisdição brasileira vem tratando do tema guarda dos filhos de forma mais humanizada, priorizando a guarda dos filhos na modalidade

compartilhada. Compartilhar a guarda não significa que a criança irá viver uma vida de “ping-pong”, morando em endereços distintos ao mesmo tempo. A criança necessita de estabilidade para poder ter um bom desenvolvimento psicológico e social, mas significa que os pais conservarão sua obrigação legal de cuidar e ser responsável por eles.

A tratativa tradicional do tema, guarda dos filhos era uma questão quase definida por si só, era entendimento recorrente nas varas de família, que as crianças deveriam ficar sob a guarda da mãe. Isso na prática gerava alguns problemas, pois o pai acabava por se distanciar dos filhos, tornando-se praticamente uma mera visita.

Felizmente hoje em dia se entende que o pai não é uma mera visita, tão pouco, uma mera fonte de receita financeira. A participação do genitor no desenvolvimento da criança se tornou mais efetivo, trazendo diversos benefícios aos filhos e aos próprios pais.

A utilização da mediação para auxiliar as famílias a se organizarem e terem os interesses das crianças protegidos produz uma melhor organização da rotina dos pais e dos filhos.

Muito se evoluiu sobre os temas familiares, sendo os temas que envolvem os filhos sempre os mais complexos e restaurar a boa relação dos pais, e inclusive das famílias das partes é a melhor forma de assegurar o bom desenvolvimento dos filhos na medida do possível.

Estudiosos do tema concordam sobre a relevância da participação do pai na vida da criança e que tal presença gera reflexos positivos na vida adulta desse indivíduo e afirmam que:

É reconhecido como importante o papel do pai no desenvolvimento da criança e a interação entre pai e filho é um dos fatores decisivos para o desenvolvimento cognitivo e social, facilitando a capacidade de aprendizagem e a integração da criança na comunidade. A experiência clínica tem mostrado que, na vida adulta, as representações dessa vivência insurgem nas várias possibilidades de construção psicoafetiva, com repercussão nas relações sociais (BENCZIK, 2011, p. 68).

Dessa forma, pode-se afirmar que a base familiar sólida é relevante, mas a participação na vida da criança e o bom relacionamento dos pais, tem a mesma relevância.

8 A MEDIAÇÃO NA DEFINIÇÃO DOS ALIMENTOS

Os alimentos não é direito da parte com filhos, mas dos filhos. Devemos observar que se trata de direito indisponível de uma pessoa incapaz de se auto-representar ou por sua idade, ou por sua capacidade. Isso acaba por envolver o Ministério Público, que tem o dever de observar a lei, protegendo o interesse dos filhos. Sobre essa situação, temos dois protagonistas que não são detentores de direitos e sim de deveres.

Não seria correto nivelar a importância do tema alimentos, com os outros referentes as disputas familiares, pois aqui, tratamos de observar o direito de indivíduos incapazes de lutar pelo seu direito de comer e de ter acesso ao mínimo de dignidade e tudo aquilo inerente a esse princípio constitucional.

A CF/88 traz no seu art. 227, expressamente a obrigação da família de garantir à criança e ao adolescente de forma efetiva o direito à vida, ao lazer, à saúde, à alimentação, à educação. Sendo dever incondicional dos pais assessorar, criar e educar os filhos.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, p. 121).

Segundo Cahali (2002, p. 16), os alimentos são as "prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)".

Ainda nos ensina Rodrigues (2007, p. 374), "abrange também o vestuário, a habitação, assistência médica, enfim, todo o necessário para atender às necessidades da vida, e, em se tratando de menor, compreende também o que for preciso para sua educação e instrução".

Nosso Código Civil é bem claro sobre o tema:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;

- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002, p. 136).

Ocorre que ao se tratar do assunto no modo litigioso, surge o clássico problema da Heterocomposição, o problema de um terceiro mensurar, decidir a capacidade das partes. Quando essa mensuração acaba sendo equivocada, o judiciário enfrenta o problema da execução de alimentos e a parte devedora enfrenta o problema da prisão civil quando da incapacidade financeira e falta de orientação jurídica adequada e o maior interessado, enfrenta a perda da sua dignidade.

A utilização da mediação no trato do tema alimentos proporciona a compreensão das partes, que a prioridade é a criança e que a responsabilidade é obrigação dos dois. O resultado da utilização da mediação é a adequação mais justa, do valor das prestações bem como a segurança do momento da realização do pagamento.

A celeridade proporcionada pela solução do conflito por meio da mediação é outro fator importante a se ressaltar pois quem tem fome, tem pressa e por ter o termo de acordo da mediação o *status* de título executivo judicial, fica assegurado a execução tempestiva do acordo e, por consequência, a preservação do bem-estar do menor.

9 O IMPACTO DA MEDIAÇÃO NOS BENS

Com o fim da relação, além dos problemas de convivência que normalmente gera disputa entre as partes são os bens adquiridos na constância da relação. Muitas vezes, esse item a ser tratado no processo de divórcio se quer existe, mas quando existe se torna um ponto problemático. Ao contrário de outros tempos, em que o litígio era a única forma de resolver tal celeuma e a heterocomposição, por natureza, acabava por satisfazer o desejo de umas das partes e desagradando a outra. Esse resultado muitas vezes fazia com que a disputa se estendesse no tempo e nos recursos do universo judiciário.

Esse tipo de disputa, além do impacto negativo na vida das partes, acaba por gerar severos custos processuais. Por outro lado, com o advento da mediação, todo o cenário exposto sobre o tema até o momento se transforma em outra realidade.

Afinal, se as partes decidem seus caminhos, não há por que se opor a decisão deles, tão pouco há de se falar em disputas posteriores.

Infelizmente, não podemos afirmar que nunca há arrependimentos posteriores ao acordo, por melhor que se trate a questão e se trabalhe a mediação, arrependimentos podem acontecer, é um fato, mas se manter o diálogo e a boa convivência é o objeto da mediação e não solução perfeita das disputas.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é perceptivo a relevância da mediação para a evolução não apenas do âmbito jurídico, mas para a sociedade como um todo. A necessidade de soluções pacíficas é uma busca do ser humano durante todo o seu desenvolvimento histórico, sendo um objetivo sempre presente no desenvolvimento social.

Superar os conflitos de forma harmoniosa, gera benefícios sociais e pessoais e no momento que esse desejo social começa a ter amparo legislativo, formalizando-o e validando-o como uma ferramenta jurídica efetiva, os benefícios alcançam o próprio judiciário.

A celeridade, princípio da esfera processual, é uma das consequências da mediação como ferramenta jurídica, apesar de não ser essa a função da mediação.

A simplificação, dos atos processuais, facilita o acesso à justiça, juntamente com a satisfação da ideia de que como é um acordo obtido e não uma imposição de terceiro, o benefício da ideia de ambas as partes ganham, reflete positivamente na sociedade.

As varas de família tratam de temas, delicados e complexos, que envolvem o ser humano, não apenas na questão do estado civil, mas no patrimonial, afetivo e psicológico. Todos os aspectos que compõem o ser humano inserido em uma sociedade. E evitar tudo o que ameace a salubridade desses aspectos é o principal impacto da mediação nas varas de família. Pois, dessa forma, os resultados obtidos contribuem não apenas para uma sociedade ou um judiciário mais evoluído, mas para pessoas melhores.

REFERÊNCIAS

1. BARBOSA, Á. A. Guarda compartilhada e mediação familiar - uma parceria necessária. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, v. 1, 2014.
2. BENCZIK, E. B. P. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**, São Paulo, v. 28, n. 85, 2011.
3. BRASIL. **Concelho Nacional de Justiça**. Disponível em: <www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>. Acesso em: 30 novembro de 2021.
4. BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.
5. BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.
6. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.
7. BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.
8. BRASIL. LEI nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2021.
9. BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal, de 05 de OUTUBRO de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 novembro de 2021.
10. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 7 de AGOSTO de 2006**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 30 novembro de 2021.
11. BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.140, de 26 de JUNHO de 2015**. Brasília, DF, 2015b. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 30 novembro de 2021.
12. CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

13. DEBS M. E.; SILVEIRA, T; DEBS R. E. **Sistemas Multiportas – A mediação e a Conciliação nos Cartórios como Instrumento de Pacificação de Social e Dignidade Humana**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
14. FREUD, S. **Primeiras publicações psicanalíticas (1893-1899)**. Rio de Janeiro: Ed. Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, v. 3, 1990.
15. HABIB, G. *Leis Penais Especiais*. Tomo III. Salvador. Editora Jus Podivm, v. 12, 2015.
16. MASLOW, A. H. **Motivation and personality**. 2ª ed. New York: Harper and Row, 1970.
17. PAIXÃO, R. **Manual de Psicopatologia Infantil e Juvenil**. Coimbra: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra.
18. RODRIGUES, S. **Direito Civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
19. TRENTIN, A. Adolescentes em conflito com a lei e a família: um estudo interdisciplinar. **Congresso Internacional de Ciências Criminais**, II Ed, 2010.
20. WATANABE, K. Associação dos Advogados de São Paulo. **Revista do Advogado**. Ano XXXIV, n. 123, 2014.

IMPACTOS DO CENÁRIO DA PANDEMIA DO COVID-19 NAS RELAÇÕES FAMILIARES: o aumento dos casos de alienação parental

Afra Vilar Santana de Almeida⁷
Dr^a. Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito⁸

RESUMO

A Alienação Parental, infelizmente é uma realidade presente em muitos lares quando se trata de situações de divórcio e processos de guarda, e com a pandemia da Covid-19 observou-se a intensificação desse problema devido ao aumento do convívio do corpo familiar no período de isolamento social. Diante disso, a presente pesquisa tem por objetivo analisar como este cenário afetou as relações intrafamiliares, aumentando os números de divórcios e favorecendo a intensificação da Alienação Parental, discutindo a respeito das intervenções do Poder Judiciário nesse conflito, em defesa das vítimas desse abuso. Para alcançar estes objetivos foram realizadas pesquisas bibliográficas em sites e artigos com o fito de analisar os fatores que fizeram o número de casais que buscaram o divórcio elevarem significativamente no período da pandemia e como este cenário fez crescer a prática da Alienação Parental, uma vez que muitos alienadores se utilizaram do contexto do isolamento social para cometer tais abusos.

Palavras-chave: Alienação Parental. Direito de Família. Divórcio. Isolamento Social. Covid-19. Pandemia.

ABSTRACT

Parental Alienation, unfortunately, is a reality present in many homes when it comes to divorce situations and custody processes, and with the Covid-19 pandemic, the intensification of this problem was observed due to the increase in family life during the period of social isolation. Given this, the present research aims to analyze how this scenario affected intra-family relationships, increasing the number of divorces and favoring the intensification of Parental Alienation, discussing the interventions of the Judiciary in this conflict, in defense of the victims of this abuse. To achieve these objectives, bibliographical research was carried out on websites and articles with the aim of analyzing the factors that caused the number of couples seeking divorce to increase significantly during the pandemic period and how this scenario led to the growth of the practice of Parental Alienation, since Many alienators used the context of social isolation to commit such abuses.

Keywords: Parental Alienation. Family Right. Divorce. Social isolation. Covid-19. Pandemic.

⁷ Graduanda do curso de Direito no Centro Universitário UNIESP

⁸ Docente do curso de Direito no Centro Universitário UNIESP

1. INTRODUÇÃO

A palavra família vem do latim *famulus*, que designava todo o agrupamento humano envolvendo o senhor da casa, incluindo seus servos. Além disso, também era utilizada para se referir a ligações biológicas, ancestrais, legais e afetivas. A Constituição Federal de 1988 define a família como a base da sociedade e determina que ela deve receber proteção do Estado, conforme estipulado no artigo 226.

É com a família que o indivíduo tem as primeiras relações de convívio social, onde recebe os valores morais e sociais que irão formar seu comportamento na vida em sociedade.

O casamento é caracterizado pela união espontânea de duas pessoas que compartilham o desejo de formar uma família, buscando uma convivência plena e colaboração mútua, com o propósito de salvaguardar os interesses tanto do casal quanto dos filhos resultantes dessa união. Contudo, em determinadas circunstâncias, a relação pode se encerrar devido a vários motivos, seja por decisão de uma ou ambas as partes, de maneira amigável ou litigiosa.

Os contextos de dissolução conjugal normalmente são permeados por conflitos emocionais mal resolvidos entre os ex-cônjuges (Batalha, 2021). Muitas vezes os filhos são envolvidos nesse “campo de batalha” e tornam-se meios para atingir o ex-companheiro.

A Alienação Parental configura-se pela intervenção na construção psicológica das crianças ou adolescentes promovidas pelos genitores, ou por aqueles que são responsáveis pelos menores, a fim de criar um sentimento de repúdio em relação ao outro genitor, gerando um prejuízo nesta relação, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 12.318/2010. Neste processo, o infante é uma vítima do alienador, pois passa a ser manipulada para criar sentimentos e lembranças negativas a respeito do genitor, de modo que muitas vezes não consegue distinguir sobre a realidade.

O cenário da pandemia de COVID-19, além de gerar diversos problemas à sociedade, proporcionou um terreno propício para o aumento dos casos de divórcio e alienação parental. Isso ocorreu porque alguns responsáveis, atuando como alienadores, aproveitaram-se do contexto de isolamento social para distanciar os filhos do outro genitor, alegando preocupações com a saúde e a integridade física da criança e demais membros da família.

Assim, é inquestionável que a discussão sobre a Alienação Parental é de suma importância, visando mitigar os danos psicológicos infligidos às crianças e adolescentes que enfrentam essa prática prejudicial. Diante disso, este artigo se propõe a investigar as implicações geradas pelo contexto da pandemia de COVID-19 nas dinâmicas familiares, destacando o notável aumento nos índices de divórcios e na intensificação da alienação parental. Além disso, busca-se examinar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário frente a esse tipo de conflito familiar, com o objetivo de assegurar e resguardar o bem-estar das crianças e adolescentes que se tornam vítimas desse abuso.

2. A ALIENAÇÃO PARENTAL

Neste capítulo será abordado o conceito de Alienação Parental e da Síndrome de Alienação Parental (SAP). A fim de contextualizar o assunto, também serão discutidos o conceito de família e a sua evolução histórica, a criação da Lei 12.318/2010; e por fim, será exposto como genitor alienante pratica o abuso.

2.1 O CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP).

A Constituição Brasileira de 1988 conceitua em seu artigo 226, a família como sendo a “base da sociedade” e dispõe de regras, efeitos e constituição da entidade familiar, vide:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Pode-se assim mostrar que a realidade sociológica da família fortalece o alicerce do Estado, formando um núcleo fundamental para a organização social.

Sendo necessária a existência da família, como uma mera importância, que merece uma forte proteção e atenção de todo o estado. (Lima, 2020.)

O Direito de Família é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável (Gonçalves, 2012, p. 17).

Em 1926, com a implementação do primeiro Código Civil Brasileiro, foi estabelecido um conceito de família legítima que discriminava os filhos nascidos fora do casamento, refletindo uma forte influência do patriarcado, valores cristãos e hierarquia. A mudança significativa ocorreu em 1977 com a introdução do divórcio pela Emenda Constitucional nº 9, substituindo o desquite como a única opção. A Constituição Federal de 1988 marcou uma transformação notável no entendimento de família, colocando a proteção estatal como seu princípio fundamental. A igualdade entre os filhos, independentemente da origem matrimonial, e a igualdade entre os cônjuges foram consagradas como princípios fundamentais nesse novo paradigma.

Com o respaldo legal do divórcio, a separação de casais passou a ser mais natural para a sociedade, e com isso o número de casais que rompem suas relações aumentou significativamente. Entretanto, muitas vezes um dos conjugues não consegue lidar com as mágoas e o luto causados pelo fim do relacionamento, e alimentam um sentimento de vingança que acabam transferindo para os filhos. Diante desse conflito, as crianças e adolescente acabam sendo instrumentos desta “guerra familiar”, sendo induzidos a desenvolverem sentimentos e falsas lembranças negativas a respeito do outro genitor.

Assim se iniciam os abusos chamados de Alienação Parental. Esse conflito familiar conforme (Dias, 2011, p. 453), “é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade, e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça”.

Neste contexto explica (Dias, 2010, p. 01) afirma que:

O fato não é novo: usar filhos como instrumento de vingança pelo fim do sonho do amor eterno. Quando da ruptura da vida conjugal, se um

dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um enorme desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos. Promove verdadeira “lavagem cerebral” para comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita. O filho é programado para odiar e acaba aceitando como verdadeiras as falsas memórias que lhe são implantadas. Assim afasta-se de quem ama e de quem também o ama. Esta é uma prática que pode ocorrer ainda quando o casal vive sob o mesmo teto. O alienador não é somente a mãe ou quem está com a guarda do filho. O pai pode assim agir, em relação à mãe ou ao seu companheiro. Tal pode ocorrer também frente a avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos. Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive - com enorme e irresponsável frequência - a alegação da prática de abuso sexual. (Dias, 2010, p. 01).

Portanto, é evidente que a prática da Alienação Parental representa uma ameaça ao bem-estar emocional e psicológico da criança, sendo crucial identificá-la para assegurar o melhor interesse do menor e sua proteção integral. Nesse contexto, existe uma clara priorização do interesse da criança sobre outros aspectos. Essa preferência é inerente à criança, enquanto indivíduo em fase de desenvolvimento e, como tal, necessitando de um tratamento especial que leve em consideração suas singularidades e características particulares. Dessa forma, o infante detém um direito à proteção integral e prioritária, buscando equilibrar as disparidades reais e atingir uma igualdade jurídica substancial, indo além da mera formalidade. (Machado, 2003).

É válido ressaltar que o abuso não parte exclusivamente de um dos genitores, pois qualquer pessoa que tenha responsabilidade sob a criança pode ocupar o papel de alienador. Entretanto, na maioria dos casos, as mães são responsáveis por esses tristes acontecimentos.

Nesse sentido, (Pedrosa, 2008, p. 09) declara “O genitor e seus familiares próximos, como avós e tios da criança vão sendo maliciosamente excluídos e tudo que rodeia o vínculo dos filhos com o progenitor não convivente se converterá em um potencial ameaça para a criança, iniciando por uma variedade de eventos que ficam fora do controle do menor e que vão criando na criança um sentimento nato de defesa contra a fictícia ameaça que representa seu pai ou sua mãe” (Pedrosa, 2008, p. 9).

O psiquiatra americano Richard Gardner definiu a Síndrome da Alienação Parental como sendo o processo de programar o filho para que odeie o genitor sem

qualquer justificativa. Trata-se de uma campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao ex-parceiro.

Os profissionais de saúde mental, os advogados do direito de família e os juízes geralmente concordam em que temos visto, nos últimos anos, um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor. Esse problema é especialmente comum no contexto de disputas de custódia de crianças, onde tal programação permite ao genitor alienante ganhar força no tribunal para alavancar seu pleito. Há uma controvérsia significativa, entretanto, a respeito do termo a ser utilizado para esse fenômeno. Em 1985 introduzi o termo Síndrome de Alienação Parental para descrever esse fenômeno (Gardner, 1985, p. 1).

As crianças e adolescentes que são vítimas deste abuso sofrem diversas consequências que se perduram durante toda a vida, como a insegurança, depressão, baixa autoestima, entre outras.

Portanto, é crucial distinguir a Síndrome da Alienação Parental da Alienação em si, pois a primeira está relacionada às consequências emocionais sofridas pelos indivíduos afetados por esse abuso parental.

Assim, a Alienação Parental (AP) e a Síndrome de Alienação Parental (SAP) se entrelaçam, ou seja, a Alienação Parental é o procedimento, o comportamento do genitor ou de terceiros alienadores, envolvendo práticas que desacreditam e desconstroem a imagem do genitor alienado. Isso inclui a introdução de informações falsas na mente da criança, com o intuito de negar o direito à convivência familiar entre o genitor e a criança alienada. Portanto, a Síndrome de Alienação Parental está relacionada com o desfecho, abrangendo as consequências emocionais e comportamentais que surgem da Alienação Parental e que se manifestam na criança. Essas repercussões se estendem, de maneira reflexa, a toda a família, caracterizando-se como um distúrbio resultante da situação vivenciada. (Araujo, 2013).

2.2 O PAPEL DA LEI 12.318/2010 NA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

As leis são criadas com o intuito de ordenar as relações sociais, e à medida que a sociedade avança, também se faz necessária a criação de leis que regulem estas realidades, com o intuito de preservar os direitos dos membros envolvidos. No

âmbito do Direito de Família não é diferente, a sociedade se modifica constantemente e na mesma medida a legislação precisa se adequar a estas mudanças.

À medida que os divórcios se tornaram mais frequentes, a busca por intervenção judicial para resolver esses conflitos também aumentou. Isso ocorre porque, muitas vezes, essas separações vêm acompanhadas de ressentimentos e questões não resolvidas, resultando em disputas prolongadas. Infelizmente, tais litígios, em detrimento dos filhos, podem acarretar consequências extremamente prejudiciais para eles.

Diante deste cenário, tornou-se necessário uma legislação específica para estes casos, com o intuito de proteger as vítimas desse abuso, pois muitas vezes essas situações passavam despercebidas pelo judiciário por falta de uma lei específica sobre o assunto. Assim surgiu a Lei 12.318/2010, incluindo a Alienação Parental no âmbito jurídico brasileiro.

A Lei ordinária nº12.318/2010 foi sancionada em agosto de 2010, e traz em seu texto regramentos que auxiliam o operador do direito a intervir nos casos de Alienação Parental, inibindo e punindo o abusador, com o intuito de proteger as vítimas desse conflito.

É de extrema importância desmembrar os artigos dispostos nesta Lei:

O artigo 2º da Lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010) traz o conceito de Alienação Parental como sendo toda interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida por um dos genitores ou demais responsáveis que tenham autoridade sobre a vítima para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Os incisos apresentam de forma exemplificativa os meios caracterizadores da alienação parental:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

O artigo 3º enfatiza que a prática da Alienação Parental infringe o direito fundamental da criança e do adolescente de desfrutar de uma convivência saudável com seus familiares, constituindo um abuso moral contra esses indivíduos em processo de desenvolvimento. Além disso, representa um descumprimento das obrigações associadas à autoridade parental, tutela ou guarda. Importante destacar que a Alienação Parental nem sempre se configura como abuso do poder familiar, conforme estabelecido pelo Código Civil de 2002 (CCB/2002), que reconhece apenas os pais como titulares desse poder (ou autoridade parental, de acordo com a Lei 12.318/2010). Portanto, a alegação de abuso ou negligência das responsabilidades inerentes ao poder familiar surge somente quando o alienador é um dos genitores.

Contudo, como observado anteriormente, a lista de pessoas capazes de praticar a alienação parental deve ser o mais abrangente possível, garantindo que, nenhuma criança ou adolescente seja, vítima desse tipo de violência e opressão. Nesse contexto, é importante destacar que o projeto de lei original passou por alterações, resultando na redação do artigo 2º (Vieira, 2015).

O artigo 4º dispõe sobre a necessidade da urgência de se utilizar das Medidas Provisórias por parte do Poder Judiciário, após a oitiva do Ministério Público, quando declarado o indício da prática de Alienação Parental, a fim de resguardar a integridade psicológica da criança ou do adolescente, bem como assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Um caso ilustrativo da aplicação desse artigo surge quando um dos genitores é acusado de abuso sexual. Até que haja comprovação dessa acusação, a convivência entre o genitor acusado e seu filho deveria ser mantida. No entanto, em situações em que exista um risco claro à vida da criança ou adolescente, comprometendo sua integridade física ou psicológica, conforme atestado por um profissional designado pelo juiz, as visitas serão suspensas, conforme previsto na lei. O artigo 5º prevê a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, devendo ser determinada pelo Juiz, quando há indícios da prática de Alienação Parental.

A Lei 12.318/2010, em seu art. 6º, além da possibilidade de responsabilização civil e penal, previu sete medidas a serem utilizadas pelo magistrado de forma isolada

ou cumulativa, quando ficar caracterizado atos de alienação parental ou qualquer outra conduta dificultadora do convívio entre pais e filhos (Vieira, 2015).

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

§ 1º Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

§ 2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento (BRASIL, 2010).

O artigo 7º dispõe e elenca o regime de guarda compartilhada como melhor alternativa para a saúde psíquica e emocional da criança e do adolescente, a fim de garantir que estes tenham uma convivência familiar saudável e digna.

A lei visa proteger a criança e ao adolescente não só contra a manipulação e a implantação de falsas memórias, mas também visa o combate à destruição da possibilidade de construir e manter vínculo afetivo com pai, mãe, irmãos, avós, tios, tias, primos. É uma lei que visa proteger e defender a família como um todo, não apenas um. Sendo assim, não é uma lei de gênero, devendo-se punir aquele que comete o ato, independentemente de quem seja, e sim de acordo com sua intenção (Régis, 2020).

3. A ALIENAÇÃO PARENTAL E O CORONAVÍRUS

Neste capítulo serão abordados os fundamentos das medidas restritivas como forma de proteção contra o vírus da Covid-19, o isolamento e distanciamento social; além disso será discutido como esse cenário intensificou os conflitos familiares, bem como gerou um pretexto para que alguns genitores praticassem a Alienação Parental; e por fim, será apresentado como a promoção de métodos alternativos de visita, como

exemplo o uso da internet para que se possa ter um contato virtual, possa preservar o vínculo afetivo entre familiares.

3.1 OS FUNDAMENTOS DAS MEDIAS RESTRITIVAS DE ISOLAMENTO E DISTANCIAMENTO SOCIAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO CONTRA O VÍRUS DE COVID-19.

Em dezembro de 2019 a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos e causava quadros graves insuficiência respiratória.

A doença tratava-se de casos agudos, que demandava de aparelhos de ventilação respiratória, profissionais especializados e ações emergenciais para conter a proliferação do vírus.

O agente etiológico da síndrome que surgia, chamada à época SARS-CoV-2, era um novo coronavírus (2019-nCoV). Os coronavírus são conhecidos desde a década de 1960 e originalmente, causavam patologias respiratórias com sintomas de resfriado. Em 2003, contudo, representantes dessa família de vírus geraram um significativo número de casos da síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV), considerada uma doença emergente (WU et al., 2020).

Antes mesmo de a doença ganhar o nome de COVID-19, o que só ocorreria em fevereiro de 2020, ainda em janeiro, o incremento no número de casos e o surgimento de outros focos da doença fizeram que o Comitê de Vigilância Internacional para as Doenças Transmissíveis da Organização Mundial da Saúde (OMS) decretasse Emergência de Saúde de Âmbito Internacional, seguido do decreto de pandemia, em 11 de março de 2020 (WORLD HEALTH ORGANIZATION et al., 2020).

Embora os sintomas se pareçam com os da gripe, como febre, dor de cabeça, dor no corpo e tosse seca, a condição é, na verdade, uma pneumonia grave com sérias complicações respiratórias. Conforme indicado pela Organização Mundial da Saúde, os casos leves são caracterizados pela ausência de pneumonia ou pela presença de uma forma leve, representando 80,9% dos casos registrados. Os casos

classificados como severos são aqueles nos quais os pacientes experimentam falta de ar, alterações na frequência respiratória, redução nos níveis de saturação de oxigênio no sangue, infiltração pulmonar e síndrome respiratória aguda, totalizando 13,8% dos registros. Por outro lado, os casos críticos representam 4,7% das infecções. Embora a letalidade da Covid-19 seja considerada baixa, sua notável capacidade de transmissão contribui significativamente para o aumento do número de óbitos.

Diante desse cenário, várias medidas foram adotadas, como forma de reduzir ao máximo a proliferação da doença. Dentre as orientações dos Órgão de Saúde estavam a quarentena, o isolamento e o distanciamento social.

Ao abordar cada estratégia, é pertinente examinar a prática do "isolamento". Essa prática, de fato, envolve a separação nítida entre indivíduos portadores de doenças contagiosas e aqueles não afetados. Vale destacar que o isolamento pode ser subdividido em duas formas distintas: o isolamento tradicional, cujo propósito é prevenir a propagação da infecção, e o isolamento protetor ou reverso, no qual pacientes imunossuprimidos são segregados para evitar a exposição a agentes contaminantes.

A prática de afastar os indivíduos com alguma doença manifesta, distanciando-os das demais pessoas para evitar o contágio, conhecida atualmente como quarentena (Uchôa; Uchoa, 2020). O termo quarentena vem das palavras italianas "quarenta giorni", que significam quarenta dias, e tem sido associado ao tempo da peste negra, em 1377, ao ser imposto um período de isolamento de quarenta dias aos navios que chegavam à Republica de Ragusa, antiga colônia de Veneza. Por se tratar de um local de grande circulação de pessoas e cargas, foram impostos também quarenta dias para os viajantes terrestres, sendo considerado este o primeiro instrumento legal. A prática foi disseminada para outros portos da Itália (Pisa) e da França (Marselha) nos cem anos que se seguiram (Gensini et al., 2004).

Ao se analisar a história, é possível verificar que este método já fora utilizado no séc. XIV, no porto de Veneza, Itália. Neste período, a Europa e Ásia passaram pela mais trágica epidemia já registrada, a Peste Negra, quando morreram centenas de milhões de pessoas.

O distanciamento social consiste em implementar medidas com o intuito de diminuir as interações dentro de uma comunidade, abrangendo tanto indivíduos já

infectados e não identificados quanto aqueles ainda não isolados. Dado que as doenças transmitidas por gotículas respiratórias requerem proximidade física para a transmissão ocorrer, a prática do distanciamento social se mostra eficaz na redução da propagação. Exemplos de ações adotadas com esse propósito incluem o fechamento de escolas e locais de trabalho, a interrupção de certos tipos de comércio e o cancelamento de eventos para evitar a aglomeração de pessoas.

É certo que a utilização destas medidas foi essencial para conter a proliferação do vírus e controlar o cenário da pandemia, para que assim as pessoas pudessem voltar à vida cotidiana, sem restrições e com segurança.

3.2 OS REFLEXOS DAS MEDIDAS RESTRITIVAS GERADOS NO ÂMBITO FAMILIAR E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.

Se por um lado as medidas restritivas foram essenciais para um avanço significativo na contenção da proliferação da COVID-19, por outro foi um cenário que favoreceu o aumento dos conflitos familiares.

Não há como um desafio desta dimensão não afetar todas as áreas do direito e com a área da família não foi diferente, o que se notou foi um grande aumento de denúncias de violência doméstica, bem como o inadimplemento de pensão alimentícia em vista da crise econômica que o Brasil vem enfrentando por precisar paralisar por tempo considerável o comércio e também houve grandes dificuldades para a adaptação da dinâmica de visita dos filhos, bem como das guardas compartilhadas (Santos, 2020), sendo necessário questionar como ficaram as relações familiares, em especial o direito de convivência entre pais divorciados e filhos, diante da decretação do isolamento social.

Para (Teixeira, 2020), este cenário trouxe vários impactos no direito de família, especialmente no que se trata da convivência familiar:

Diante das medidas de segurança que reverberaram no Poder Judiciário, muitos ex-casais se viram diante da necessidade de se restabelecer o diálogo (mesmo que forçadamente) para negociarem novas possibilidades para esse período, pois precisavam encontrar soluções que protegessem os filhos e, em alguma medida, atendessem às expectativas de convivência entre pais e filhos. Para aqueles que não conseguiram resolver consensualmente, o Poder Judiciário foi procurado para dar solução aos conflitos. As demandas

que proliferaram nesse momento se referem, principalmente, ao exercício da convivência familiar aos alimentos, temas que serão abordados nessa oportunidade. (Teixeira, 2020)

Em síntese, a alienação parental é um fenômeno já muito vivenciado na esfera familiar e que causa grandes prejuízos para a formação social e afetiva dos filhos; a pandemia traz impactos nessa seara, uma vez que a recomendação da OMS é o distanciamento social, podendo essa recomendação ser usada como fundamento para que o genitor pratique alienação parental (Silva et al., 2021).

O cenário de isolamento foi uma brecha para os alienadores manipularem as vítimas, gerando sequelas de difícil tratamento, como insegurança, ansiedade, entre outros diversos conflitos emocionais.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 19, estabelecem o convívio familiar como um direito fundamental:

Artigo 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Artigo 19 – Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (BRASIL, 1990)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) afirma que ambos os pais têm direitos e responsabilidades equivalentes em relação aos filhos, compartilhando as obrigações nos cuidados e na educação das crianças e adolescentes. Além disso, o ECA garante uma convivência familiar e comunitária saudável, em um ambiente que proporcione o desenvolvimento integral desses indivíduos.

A suspensão do regime de convivência pôde obstaculizar o exercício da guarda compartilhada, na medida que diversos conflitos foram gerados entre os genitores, que atrapalhem o relacionamento amistoso de antes, e conseqüentemente reflitam no compartilhamento da guarda, isso porque sabe-se que uma das condições primordiais é a comunicação harmoniosa entre os genitores a fins de possibilitar decisões cotidianas (Filho, 2020, p. 61).

Deste modo, é evidente que as crianças que são vítimas de alienação parental, e que tiveram um agravamento desta situação durante o período da pandemia, sofrem até os dias atuais com as consequências, por não terem uma convivência familiar saudável.

3.3 OS IMPACTOS DA PANDEMIA NA DINÂMICA FAMILIAR E NO AUMENTO DOS ÍNDICES DE DIVÓRCIOS

A pandemia da Covid-19 trouxe consigo não apenas desafios à saúde pública, mas também implicações significativas para as relações familiares, com repercussões evidentes nos índices de divórcio. De modo que se faz necessário explorar os aspectos que influenciaram a dinâmica familiar durante esse período excepcional e analisar como tais mudanças contribuíram para o aumento nos números de casais que buscaram o divórcio.

O isolamento social imposto como medida preventiva contra a propagação do vírus alterou substancialmente a rotina familiar. Com a convivência intensificada, casais se viram diante de novos desafios, como o equilíbrio entre trabalho remoto, educação dos filhos em casa e a gestão do convívio constante.

A convivência prolongada, muitas vezes permeada pelo estresse e pela incerteza do contexto pandêmico, contribuiu para o aumento das tensões conjugais. A pressão financeira, a preocupação com a saúde e a gestão das responsabilidades familiares foram elementos que impactaram as relações parentais e, por consequência, a estabilidade conjugal.

Pesquisas indicam que, no segundo ano de isolamento social devido à pandemia, houve um aumento expressivo nos registros de divórcios realizados em cartórios de notas em todo o país. De janeiro a maio de 2021, em comparação com o mesmo período de 2020, observou-se um aumento de 26,9%. Se considerarmos o período de 12 meses em relação ao ano anterior, o crescimento foi ainda mais notável, atingindo 36,35%. Em comparação com os primeiros cinco meses de 2017, antes da pandemia, o Estado de São Paulo registrou um surpreendente aumento de 75,34% no número de divórcios (ASSOCIADOS, 2022).

Diante do aumento do número de divórcios durante o período da pandemia, com todas as medidas de isolamento social e quarentena, gerou um cenário que intensificava a prática de Alienação Parental.

3.4 A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO DA JUSTIÇA COMO FORMA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM MEIO AO CONFLITO FAMILIAR NO CENÁRIO DA PANDEMIA.

A pandemia foi um forte elemento no discurso dos alienadores, como tentativa de obstruir a convivência familiar com o outro genitor, mascarada por uma boa-fé de “cuidados” com a saúde do filho.

O poder judiciário tem um importante papel na luta contra as práticas alienadoras, especialmente no que desrespeito ao período da pandemia.

Nesse contexto, conforme relatado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2020), a Justiça de Mato Grosso proferiu uma decisão com o objetivo de restabelecer o convívio entre um pai e sua filha, os quais foram separados após uma viagem promovida pela mãe, que levou a criança para o interior do estado. Ângela Gimenez, juíza da 1ª Vara de Família e Sucessões de Cuiabá, e membro do IBDFAM, determinou que a mãe retorne com a filha para a capital. Em sua avaliação, a pandemia do coronavírus e outros argumentos apresentados pela parte requerente não foram considerados justificativas suficientes para justificar a violação do acordo de guarda compartilhada (IBDFAM, 2020).

O cenário da pandemia, bem como as medidas restritivas adotadas, levou a um aumento das ações judiciais sobre o direito à convivência. Em muitos casos, as mães passaram a perceber que, mesmo quando as crianças estavam sob o regime de guarda compartilhada, a convivência com ambos os genitores se tornou uma preocupação devido aos riscos de contaminação. Nos primeiros instantes da pandemia, por não se saber muita coisa sobre a doença, dúvidas de como se agir diante daquele cenário permearam toda a sociedade, mas com o passar dos dias, reconheceu-se que manter as crianças exclusivamente com um dos genitores por um período prolongado não estava alinhado com o princípio de proteção integral às crianças e adolescentes. De modo que se fez necessária uma abordagem

individualizada para analisar cada situação, visando identificar as melhores condições de proteção e cuidado para os filhos em cada família.

A alienação parental fere os direitos fundamentais assegurados as crianças e adolescentes, além de configurar abuso moral e a transgressão dos deveres do poder familiar. Como dispõe o Art. 3º, da Lei da AP, “A prática de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente” (BRASIL, 2010)

Com o intuito de buscar ajudar os pais que estão passando por um processo de divórcio a lidar com a relação com os filhos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), buscou ir além dos trâmites processuais e criou a Oficina de Pais e Filhos (CNJ, 2013). Este é um serviço destinado às famílias que vivem um intenso conflito de separação conjugal e disputa pela guarda dos filhos. Este tipo de situação é um cenário propício ao acontecimento da Alienação Parental.

Ao se verificar o contexto abordado a cima, os pais envolvidos neste conflito intenso são convidados a participar da Oficina de Pais e Filhos (CNJ, 2013). Dentre outras finalidades, esse programa possui o objetivo de fazer com que os genitores percebam que o intenso conflito não é o meio para solucionar os problemas, mas sim buscar superar esta fase de mudanças da melhor forma possível visando proporcionar uma vida mais harmoniosa e feliz tanto para os filhos, como também para os pais.

3.5 ASPECTOS SOCIAIS, EMOCIONAIS, PSICOLÓGICOS A RESPEITO DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E ALIENAÇÃO PARENTAL

É importante ressaltar sobre as consequências sociais, emocionais e psicológicas que SAP e AP gera nas vítimas desse problema. As agressões psicológicas geradas pela SAP são hospedadas de forma lenta, gerando danos interiores no alienado.

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha demeritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral,

programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. (Catenace; Scapin, 2016).

De acordo com (Buosi, 2012), o fenômeno da alienação parental ocorre quando falsas memórias são implantadas na mente da criança, geralmente através da influência do genitor alienador. Isso resulta em um estado emocional da criança caracterizado por ansiedade, medo e pânico, a ponto de ela reagir com agressividade e exaltação na mera possibilidade de visitar o outro genitor, mesmo na ausência de razões justificáveis para tal comportamento.

A implantação de falsas memórias surge da conduta prejudicial do genitor alienador, que inicia um processo de manipulação mental com o filho. O objetivo é difamar a imagem do genitor alienado, inventando ou distorcendo eventos e comportamentos que nunca ocorreram ou que aconteceram de maneira diferente do relatado. O genitor alienador realiza, assim, uma espécie de "lavagem cerebral" na criança, introduzindo distorções de pensamento para deformar a percepção da criança em relação ao genitor alienado.

A respeito das consequências advindas da SAP, (Silverio, 2012) revela que: A criança envolvida na SAP sente-se, primeiramente, uma forte sensação de angústia, e variados sintomas, como medo, inibições, agressividade, somatizações, bloqueios na aprendizagem e tiques nervosos. Ela, além de ficar com uma visão maniqueísta da vida, fica privada de um dos pais como modelo identificatório. Igualmente, a criança pode acabar sofrendo várias consequências mais sérias como uma depressão crônica, incapacidade de adaptação, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e, em grau muito elevado, pode levar às vezes ao envolvimento com drogas e violência e até mesmo ao suicídio.

Deste modo, vislumbra-se que as doenças psicológicas e emocionais surgidas na infância possuem uma significativa influência da dinâmica familiar. Assim, antes mesmo da convivência familiar ser um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, é uma necessidade vital da criança pois está diretamente ligada à outros direitos fundamentais, como o direito à saúde, à alimentação, à liberdade, à dignidade, à educação, à cultura, ao lazer, ao esporte, à proteção do trabalho, dentre

outros, podendo, desta maneira, enquadrar-se no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida.

A aprovação da Lei Nº 12.318/103 ocorreu em uma época em que a afetividade é reconhecida como o alicerce das relações familiares. Essa legislação visa legitimar e punir o genitor alienador que introduz falsas memórias nas crianças, com a intenção de distorcer a imagem do outro genitor.

4. A GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES E DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A psicologia e as próprias experiências práticas apontam a importância da convivência familiar como um dos principais aliados para a formação e saúde emocional da criança e do adolescente.

Como medida preventiva para evitar a Alienação Parental, a conscientização da família, durante o processo de divórcio, é o melhor caminho para que se entenda que o que acaba é o relacionamento amoroso entre o casal, mas a relação entre pais e filhos, bem como os direitos e deveres continuam. Trazer também a consciência do mal gerado nas vítimas que sofrem da Síndrome da Alienação Parental, causando feridas emocionais e psicológicas que irão perdurar pelo resto da vida dos alienados.

Conforme (Carbonera, 2000, p. 44), a guarda consiste na ação ou resultado de zelar e preservar a segurança da criança, sendo executada pelo guardião que tem o dever de prevenir qualquer dano ao menor. O guardião é encarregado de proteger e, caso não tenha sucesso nessa tarefa, será responsabilizado pelo descumprimento de sua obrigação. O indivíduo sob os cuidados do guardião, conhecido como guardado, apresenta pelo menos duas características fundamentais: a preciosa condição e a fragilidade. A atribuição de valor a algo induz os indivíduos a desejar resguardar o que está sob sua tutela contra desconhecidos, com o objetivo de evitar o risco de perda. (Barboza; Franco, 2021).

O instituto da guarda é definido em respeito ao bem-estar da criança e do adolescente e tem como escopo evitar o abuso de poder por parte de um dos pais e preservar a saúde mental da criança. Silvana Maria Carbonera leciona que a guarda não tem um conceito, mas a vê como um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com

o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial (Costa, 2021).

A Lei nº 13.058, publicada em dezembro de 2014 no Diário Oficial da União alterou unicamente os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, com o objetivo de estabelecer o significado da expressão de guarda compartilhada e dispor sobre a aplicação como instituto jurídico. A alteração no Código é resultado do Projeto de Lei da Câmara 117/2013, sob o argumento de que a forma atual da lei não era capaz de resolver as questões relacionadas a este assunto (Melo, 2021).

Antes da instituição desta lei, a guarda prevista era somente unilateral, exclusiva ou dividida, onde seria deferida para aquele que possuísse melhores condições de exercê-la. Contudo, com a promulgação da Lei 13.058/2014, foi estabelecido o modelo de guarda compartilhada, no qual os genitores compartilham responsabilidades em relação aos seus filhos, com o objetivo de promover o bem-estar das crianças e adolescentes. A guarda compartilhada possibilita um convívio familiar saudável, permitindo que ambos os pais estabeleçam laços afetivos com os filhos, uma vez que compartilham responsabilidades simultâneas na formação deles. Dessa maneira, a guarda compartilhada é vista como uma medida para prevenir a ocorrência de alienação parental.

Neste contexto:

A guarda compartilhada de forma admirável favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a ideia de posse. Nesse novo modelo de FRAGMENTOS DE CULTURA, Goiânia, v. 24, especial, p. 99-104, dez. 2014. 101 responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem-estar, bem como outras decisões importantes são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da prole (Akel, 2010).

O papel da família durante a infância e adolescência é de extrema importância para a formação de um indivíduo sã, pleno, provido das necessidades psíquicas e livre de abusos morais. Por isso, é necessário preservá-los do intenso conflito familiar. A guarda compartilhada faz com que os pais, mesmo que divorciados, sejam mais próximos e participativos na vida dos filhos, validando o papel parental com a mesma importância e relevância.

A guarda compartilhada também pode ser a solução para sanar os danos emocionais e psicológicos das crianças e adolescentes que são vítimas desse contexto que foi intensificado durante o período da pandemia. Independente da situação, é imprescindível prezar pelo melhor interesse da criança e/ou adolescente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas vezes com o fim das relações conjugais, são gerados sentimentos de raiva, remorso, mágoas, e a vontade de vingança, devido aos problemas não resolvidos durante o processo de dissolução. Esse é o contexto em que nasce a prática da Alienação Parental, quando o genitor alienante não consegue lidar com o luto do fim da relação e passa a transmitir estes sentimentos para os filhos, buscado prejudicar o ex-cônjuge, rompendo as relações com afetivas entre eles.

Durante o período da pandemia do COVID-19 houve um aumento no número de divórcios, e também foi um cenário que intensificou a prática de Alienação Parental, uma vez que o alienador se utilizava das medidas restritivas como isolamento, distanciamento social e quarentena, como um discurso mascarado de boa-fé para impedir o convívio entre os filhos e o outro genitor, vítimas deste abuso. Entretanto, se faz necessária a compreensão por parte dos genitores de que o convívio familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente, assegurando pela legislação vigente, e o não cumprimento deste pode acarretar sérias complicações sociais, psicológicas e emocionais para a vítima.

A ausência de sensatez e diálogo durante o divórcio não deve, de maneira alguma, refletir nas decisões relacionadas à criação dos filhos. Os filhos, frutos desse relacionamento, não têm culpa pelo término e, portanto, seu bem-estar e saúde mental devem ser prioritários. As lembranças dos momentos felizes vividos com ambos os pais devem permanecer vivas na memória das crianças. Na falta de um dos pais, os danos serão evidentes.

A Lei 12.318/10 surgiu como forma de prevenção no embate contra a Alienação Parental, estipulando as sanções e trazendo um rol exemplificativo das condutas utilizadas pelo genitor alienador, auxiliando a ação do Poder Judiciário para identificar com mais clareza estes casos, e agir a fim de proteger as vítimas deste abuso.

Ademais, como solução para o convívio familiar saudável, evidencia-se a Guarda Compartilhada, uma vez que nesse regime existe uma responsabilidade conjunta a respeito da vida dos filhos, não sendo atribuída a apenas um dos genitores, de modo que ambos possam participar e construir laços afetivos com os filhos, reprimindo possíveis transtornos emocionais causados pelo rompimento matrimonial.

Diante de tudo que foi mencionado, fica evidente a necessidade de um esforço considerável por parte do ex-cônjuge alienador para passar pelo processo de elaboração do luto. Esse comportamento egoísta, enraizado em atitudes que prejudicam negativamente as crianças, deve ser restringido, eliminando de vez a possibilidade de ocorrência da alienação parental. Manter um vínculo harmonioso é crucial, demonstrando empatia e amor, especialmente em tempos tumultuados e desafiadores. Bem como, também se vislumbra a importância do Poder Judiciário em tomar medidas que tenham em vista o bem estar das crianças e adolescente, buscando sanar os danos gerados pelo abuso moral da Alienação Parental.

REFERÊNCIAS

1. AKEL, Ana Carolina S. **Compartilhada, guarda: um avanço para a família.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/420/Guarda+Compartilhada+-+Um+avan%C3%A7o+para+a+fam%C3%ADlia+moderna>. Acesso em 15 nov 2023.
2. ARAÚJO, Ynderlle Marta de. **A alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/876>. Acesso em 22 set 2023.
3. BARBOZA, Adyene Lucas; FRANCO, Loren Dutra. **Desafios da guarda compartilhada ante a pandemia de COVID-19.** Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior, v. 13, n. Especial, p. 30-30, 2021.
4. BATALHA, ANA SOUSA. **A ALIENAÇÃO PARENTAL EM MEIO A PANDEMIA DA COVID-19: intensificação do conflito familiar no decorrer do isolamento social obrigatório.** Orientador: Profa. Dra. Bruna Barbieri Waquim. 2021. Trabalho acadêmico (Superior - Direito) - UNDB, [S. I.], 2021. Disponível em: <http://repositorio.undb.edu.br/bitstream/areas/696/1/ANA%20CAROLINA%20DE%20SOUSA%20BATALHA.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.
5. BRASIL PARALELO. **O que é uma família? Surpreenda-se com a explicação filosófica.** In: BRASIL PARALELO. [S. I.], 13 set. 2023. Disponível em: <https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/o-que-e-familia>. Acesso em: 21 set. 2023.

6. BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.
7. BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 15 nov. 2023.
8. BRASIL. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990. 2010. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 20 set. 2023.
9. BUOSI CC. F. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.
10. CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos: na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000. In: BARBOZA, Adyene Lucas; FRANCO, Loren Dutra. Desafios da guarda compartilhada ante a pandemia de COVID-19. *Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior*, v. 13, n. Especial, p. 30-30, 2021.
11. CATENACE, RODOLFO; SCAPIN, ANDRÉ. **SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL: EFEITOS PSICOLÓGICOS GERADOS NA TRÍADE FAMILIAR PELASÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**. *Revista UNINGÁ Review*, [S. l.], p. 70-77, 16 set. 2016. Disponível em: file:///C:/Users/afra_/Downloads/admin,+Gerente+da+revista,+17.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.
12. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Oficina de pais e filhos**. Cartilhas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013.
13. COSTA, Jessica Maillon de Souza. **Alienação parental: consequências jurídicas do exercício abusivo do direito de guarda**. 2021. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - UniAGES Centro Universitário, Paripiranga 2021
14. DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema**. Minas Gerais, 2010.
15. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
16. DIAS, MARIA BERENICE. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. In: DIAS, MARIA BERENICE. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*. [S. l.], 31 out. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/463/S%C3%ADndrome+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%2C+o+que+%C3%A9+isso%3F>. Acesso em: 22 set. 2023.

17. DIVÓRCIOS na Pandemia – que dizem os dados?. In: ASSOCIADOS, INNOCENTI. Divórcios na Pandemia – que dizem os dados?. [S. l.], 13 jul. 2022. Disponível em: <https://anafe.org.br/divorcios-na-pandemia-que-dizem-os-dados/>. Acesso em: 16 nov. 2023.
18. FILHO, Raduan Miguel. Guarda, convivência e alienação parental em tempos de pandemia: como viabilizar o atendimento do melhor interesse do menor em face da readequação ou da suspensão do regime de convivência durante a pandemia?, 2020. In: LEAL, Larissa Maria de Moraes; DUARTE, Lorena Guedes (coord.). **Impactos da pandemia covid-19 no direito de família e das sucessões**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2020, p. 61.
19. GARDNER, R. A. **Recent trends in divorce and custody litigation**. Academy Forum, v. 29, n. 2, p. 3-7. 1985.
20. GENSINI, G. F.; YACOUB, M. H.; CONTI, A. A. **The concept of quarantine in history: from plague to SARS**. Journal of Infection, v. 49, n. 4, p. 257-261, 2004. Disponível em: [https://www.journalofinfection.com/article/S0163-4453\(04\)00054-4/fulltext](https://www.journalofinfection.com/article/S0163-4453(04)00054-4/fulltext). Acesso em: 15 nov. 2023.
21. GIMENEZ, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid19**. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenezguardafilhostempospandemia#:~:text=1\)%20Evitar%2Dse%20o%20traslado,sem%20altern%C3%A2ncia%20breves%20e%20frequentes%3B&text=4\)%20Se%20o%20genitor%20cuida,terceiros%20\(parentes%20ou%20funcion%C3%A1rios\)%3B](https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenezguardafilhostempospandemia#:~:text=1)%20Evitar%2Dse%20o%20traslado,sem%20altern%C3%A2ncia%20breves%20e%20frequentes%3B&text=4)%20Se%20o%20genitor%20cuida,terceiros%20(parentes%20ou%20funcion%C3%A1rios)%3B). Acesso em: 15 nov.2023.
22. GONÇALVES; Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
23. LIMA, André Borges. **OS DIVÓRCIOS LITIGIOSOS E A ALINEÇÃO PARENTAL**. Orientador: PROF. (A) MARINA RUBIA MENDONÇA LOBO. 2020. Trabalho acadêmico (Superior - Direito) - PUC GOIÁS, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/580/1/TCC-%20Os%20Divo%cc%81rcios%20litigiosos%20e%20a%20alienac%cc%a7a%cc%83o%20parental.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.
24. MACHADO, M.. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manolo, 2003. n. 2, p. 3-7. 1985.
25. MELO, Maria Bethânia Nunes de. **Guarda compartilhada como forma de coibir a alienação parental**. A garantia da aplicabilidade da lei nº 13.058/2014. 2021.
26. PEDROSA, Delia Susana; BOUZA, José María. (SAP) **Síndrome de alienación parental**. Buenos Aires: García Alonso, p. 90, 2008.

27. RÉGIS, Alana Carvalho de Azevedo. **Alienação parental e a eficácia da lei nº 12.318 de 2010 frente à dificuldade de atuação do poder judiciário**. 2020. 29 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Tabosa de Almeida - Asces/Unita, Caruaru, 2020.
28. SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **Pandemia**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/doencas/pandemia.htm>. Acesso em: 15 nov. 2023.
29. SILVA, Gabriela Eduarda Marques et al. **A pandemia COVID-19: como evitar que o vírus se torne uma escusa para a alienação parental**. Brazilian Journal of Development, v. 7, n. 2, p.13900-13916, 2021.
30. SILVEIRO, A. R. **Análise interdisciplinar da síndrome da alienação parental: aspectos jurídicos e psicológicos**. Monografia. Curso de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2012.
31. UCHÔA, Silvia Beatriz Beger; UCHOA, Bruno Beger. **Coronavírus (COVID-19) – um exame constitucional e ético das medidas previstas na Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Cadernos de Prospecção, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 441, 2020.
32. VIEIRA, Marcelo de Mello. **Alienação parental: análise crítica da lei n. 12.318/2010 e reflexões sobre as decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Revista de Direito de Família e Sucessão, v. 1, n. 1, p. 194-219, 2015.
33. WORLD HEALTH ORGANIZATION et al. **Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)**. Geneva: WHO, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-theyhappen>. Acesso em: 13 nov. 2023.
34. WU, Y. et al. **SARS-CoV-2 is an appropriate name for the new coronavirus**. The Lancet, v. 395, n. 10228, p. 949-950, 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30557-2/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30557-2/fulltext). Acesso em: 13 nov. 2023.

A GUARDA COMPARTILHADA COMO ELEMENTO INIBIDOR DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Sara Ferreira Lopes⁹
Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito¹⁰

RESUMO

No cenário atual, em face de uma sociedade líquida, as modificações sociais tornaram-se situações corriqueiras, afetando todas as áreas. Nesse prisma, os núcleos familiares não estão isentos. Constantemente vemos ocorrendo as dissoluções dos núcleos familiares e, as maiores consequências desses desfazimentos, recaem sobre as crianças e adolescentes que por sua vez são seres ainda em desenvolvimento e formação social, por tanto, extremamente vulneráveis a fortes rupturas sociais. Ocorre, porém, que muitos genitores não compreendem que o que está em prioridade não são seus ressentimentos e, sim, o bem estar de seus filhos menores e com isso, acabam por praticarem a alienação parental, que vem a interferir danosamente na formação psicológica dos filhos, gerando uma visão distorcida de um ou outro genitor e criando o desprezo dos filhos para com o alienado. Diante de todo o exposto, se faz necessário estudar a guarda compartilhada e difundi-la cada vez mais nos meios acadêmico e entre os juristas, tendo em vista que a guarda compartilhada tem se apresentado positivamente como uma solução ao problema da alienação parental, reconstruindo o diálogo entre os genitores e mostrando que ambos, mesmo diante do rompimento conjugal, podem continuar a exercer conjuntamente a responsabilidade de seus filhos menores.

Palavras – chave: Guarda Compartilhada, Alienação Parental, Família, Solução

ABSTRACT

In the current scenario, in the face of a net society, social changes have become commonplace, affecting all areas. In this prism, the family nuclei are not exempt. We constantly see the dissolutions of the family nuclei and, the greatest consequences of these undoings, fall on children and adolescents who in turn are beings still developing and social formation, therefore extremely vulnerable to strong social ruptures. It occurs, however, that many parents do not understand that what is in priority are not their resentments, but the well-being of their younger children and, with this, end up practicing parental alienation, which interferes harmfully in the psychological formation of children, generating a distorted view of one or the other parent and creating the contempt of the children towards the alienated. In view of all the above, it is necessary to study shared custody and spread it more and more in academia and among jurists, considering that shared custody has been positively presented as a solution to the problem of parental alienation, reconstructing the dialogue between parents and showing that both, even in the face of marital breakup, continue to exercise joint responsibility for their minor children.

Key words: Shared Guard, Parental Alienation, Family, Solution

⁹ Aluna egressa do curso de Direito na UNIESP.

¹⁰ Professora orientadora.

1. INTRODUÇÃO

O homem desde o princípio é um ser social, gregário e, pela necessidade de viver em comunidade, surgiram as instituições sociais, dentre elas, o surgimento da família, que por sua vez, figura como um dos temas que proporcionam maiores debates e geram situações que carecem de uma posição jurídica acerca de todas as suas ramificações. Dentre as problemáticas que requerem uma atenção especial dos operadores do Direito, destacam-se as consequências dos atos que os genitores tomarão após situações de separação, rompimento, divórcio, em suma, situações de dissolução do núcleo familiar.

Diante da separação familiar vê-se a quebra do poder familiar que, antes exercido por ambos genitores, passa a ser disputado entre os mesmos. Normalmente a quebra do vínculo familiar não é o bastante para que os pais resolvam seus problemas, abalados emocionalmente, descarregam nas crianças e adolescentes: rancor, raiva, revolta, etc., muitos genitores ao tomarem essas atitudes, acabam submetendo seus filhos a passarem pelo fenômeno da alienação parental.

Ressalte-se, que a prática da alienação parental é muito mais ampla do que geralmente se pensa, ela pode ser praticada não apenas pelos genitores, mas, por qualquer pessoa que possua a guarda da criança e do adolescente, ou seja, avós, tios, primos ou qualquer outro que detenha a guarda do menor. A alienação parental, por sua vez, se caracteriza quando a pessoa que possui a guarda da criança ou do adolescente, interfere de maneira extremamente danosa no psicológico do menor, criando imagens negativas de um dos genitores, fazendo com que a criança ou adolescente crie um desprezo para com o alienado, de maneira resumida, alienação parental é a manipulação psicológica sobre o menor com a finalidade de extinguir qualquer laço afetivo com o genitor, alienando memórias.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a alienação parental, onde muitas das vezes é praticada de maneira inconsciente pelos genitores que nutrem uma tendência negativa em relação ao outro, por se sentir ferido por diversas razões. As atitudes tomadas pelo alienador sempre é de destruir a imagem do outro genitor diante da criança ou do adolescente, impondo obstáculos, suas mágoas e frustrações com o objetivo de afastar a criança ou o

adolescente do outro genitor.

As consequências do menor que é vítima da alienação parental são enormes, pois há uma quebra de convivência de quem antes era tido como seu exemplo, referencial, protetor. Estudiosos afirmam que essa separação é comparada com a morte de um dos pais, aos avós, e aos familiares próximos e amigos de uma só vez. Por consequência na fase adulta, a vítima desenvolve outras patologias como: transtorno na personalidade, baixa autoestima, insegurança entre outro.

Diante deste cenário, a Guarda Compartilhada vem se posicionando cada vez mais como uma solução positiva no combate a alienação parental, sendo adotada inclusive pelos tribunais brasileiros, através da lei 13.058/2014, promovendo o restabelecimento do diálogo entre os genitores ou os detentores da guarda da criança/ou adolescente, mostrando que a maior vítima da dissolução do núcleo familiar são os filhos e portanto, carecem de uma maior proteção e atenção especial, tendo em vista estarem ainda em processo de desenvolvimento e formação como pessoa e que, qualquer ruptura extrema sem os devidos cuidados, podem acarretar seríssimos problemas de ordem psicológica aos menores que irão refletir negativamente em toda sua vida adulta.

Dito isto, é inegável a importância do estudo a respeito do que venha dizer efetivamente a Guarda Compartilhada e como ela realmente se materializa na prática diária, visando sempre a proteção dos menores, entendendo o seu conceito e as suas finalidades no nosso plano jurídico e, de suas possíveis problemáticas, estudando também até que ponto têm-se a ampliação ou não desse instituto, pacificando o entendimento, realizando uma análise a essas referidas situações que são costumeiras no nosso país.

2. DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Nos dias de hoje, família pode ser definida como um conjunto de pessoas ligadas por grau de parentesco ou laços afetivos convivendo em um mesmo ambiente. Ao analisarmos a família ao longo dos anos, percebemos que os parâmetros que eram utilizados para constituírem um núcleo familiar, não são mais os mesmos, o casamento era a base para a constituição de uma família, pai, mãe e filhos, o que nos dias hoje, denomina-se como família tradicional, ocorre porém,

que o matrimônio não é o único meio de constituição legítima, para o direito, basta o simples fato de uma união de um homem e uma mulher, denominado de união estável, ou um genitor e seu descendente, chamados pela doutrina de família monoparental, todos esses núcleos são protegidos constitucionalmente e recebem proteção especial do Estado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreram mudanças legislativas significativas no Direito brasileiro, pois os artigos contidos no Código Civil de 1916 feriam os princípios que norteiam o novo Estado Brasileiro.

Passou-se a reconhecer e possibilitar a formação de outros núcleos familiares, os quais não eram protegidos pela formalidade do casamento, por exemplo, a constituição familiar por qualquer um de seus genitores com seus descendentes, famílias constituídas pela união de pessoas do mesmo sexo, situações estas que antes eram impossíveis, por não possuírem respaldo jurídico para sua existência, até mesmo a existência do núcleo familiar, em decorrência do divórcio, que antes não havia previsão até a edição de lei específica que tratou do tema. Em concordância diante dos avanços obtidos pelo Direito de Família o Doutrinador Arnaldo Wald expressa:

A Lei n. 6515, de 26-12-1977, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivo processo, e deu outras providências é, sem dúvida, a mais importante no campo do direito de família nos últimos tempos (2004, p. 23)

É dever do estado buscar medidas públicas que visem proteger o núcleo familiar, pois o Estado que investe em planejamento familiar e estabelece mecanismos para que todos vivam de maneira fraterna, investe na coletividade, tratamento este que influencia a própria economia, visto que os números de crianças e adolescente que vivem nas ruas e são induzidas ao crime diminuem. Em consonância com o exposto:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais (PEREIRA, 2004, p. 19).

Entretanto, os cuidados do Estado para com a família, não podem ser

limitados apenas enquanto houver a existência do núcleo familiar, nos casos de dissoluções desses vínculos, das rupturas familiares, é que moram os maiores perigos e problemas, pois, em grande parte desses casos, os envolvidos estão passando por um período de turbilhão de sentimentos que geram grandes desajustes sociais a curto e longo prazo para todos os envolvidos.

Nestes casos, as maiores vítimas desses desfazimentos dos núcleos familiares, são as crianças e adolescentes, que ficam a mercê de uma situação que na maioria esmagadora dos casos, elas não possuem ainda desenvolvimento suficiente como pessoa para saber como reagir e enfrentar essa situação. A situação tende a se agravar quando os genitores ou os responsáveis pela guarda dos menores, travam uma batalha entre si, alimentados por sentimentos de ressentimentos, porém, o campo onde essa guerra é travada, na maioria dos casos, é na “cabeça” dessas crianças e adolescentes, pois, ficam constantemente sendo manipuladas psicologicamente, em uma tentativa desumana de criar a pior imagem possível do outro genitor/alienado para a criança ou adolescente.

É em meio a essa situação, que o Estado, por meio do instituto da Guarda Compartilhada, precisa enfatizar e difundir a sua aplicação ao máximo de casos possíveis, visando velar pela integridade física e psicológica dos menores que estão expostos a essa situação.

3. DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 deu uma atenção toda especial e significativa ao instituto da família, buscando garantir todos os meios de proteção ao núcleo familiar e aos seus participantes, percebe-se que essa proteção aos indivíduos que compõem o núcleo familiar, pode ir além da permanência ou não deste núcleo, ou seja, as garantias e proteções se estendem mesmo após possíveis desfazimentos ou dissoluções dos núcleos familiares, abrangendo a todos que fazem ou fizeram parte do núcleo familiar.

Essa disposição está ainda mais clara, no disposto no art.226 da CF:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão

do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 2022)

Em razão das constantes mudanças comportamentais da sociedade, a doutrina e jurisprudência buscam sempre seguir essas mudanças, adaptando e adequando o que for necessário e justo, embora muitas dessas mutações sejam alvo de críticas. Sendo assim, nos dias atuais, o conceito de família abarca diversas espécies de família, além da família tradicional, como por exemplo, a informal, que são os casos de união estável, monoparental, composta só por um dos pais e seus filhos, Anaparental, onde se figura apenas a presença dos filhos, multiparental, onde se tem mais de um pai ou mãe, biológico e outro civil e a homoafetiva, essas são as que estão mais sólidas no momento atual do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, o dispositivo constitucional sofreu uma ampliação do conceito de família e conseqüentemente, em virtude da dilatação do conceito de família, ampliou-se também a proteção a outros membros da entidade familiar, que em determinados momentos não figuraram nesse perfil, e essa proteção mais extensa, envolve uma gama de princípios e valores amplos que tem aplicação direta na figura humana e na instituição familiar, podemos extrair disso dos princípios já citados anteriormente como

o da dignidade da pessoa humana no art.1 inciso III, da solidariedade no art. 3 inciso I dentre outros.

Paralelo a isso, com a alargamento do conceito de família e a presença de novos participantes que podem formar um núcleo familiar, as possibilidades de ocorrência da alienação parental cresceram drasticamente e, portanto, merecem ainda mais atenção e estudos, visando combater essa prática danosa as suas vítimas. E a Constituição Federal não está inerte a isso, embora tais situações tenham crescido nos últimos anos, a CF/88 já possui disposições constitucionais a serem levadas em consideração, na busca da proteção das vítimas de quem pratica essa conduta, que nos casos, as vítimas são sempre as crianças e os adolescentes, conforme se observa claramente no art. 227 da CF/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

a. - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

b. - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (BRASIL, 2022)

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O respectivo dispositivo é claro ao ampliar a responsabilidade de todos para com as crianças e adolescentes, citando o núcleo familiar, sociedade e Estado como responsáveis pela prestação de assistência para elas, nessa questão, vale entender no sentido mais amplo o alcance dessa responsabilidade, podendo envolver qualquer ente familiar que se enquadre nos moldes da lei.

O parágrafo 4 ainda destaca a possibilidade de punições severas para quem abusar, cometer ato de violência ou exploração sexual para com crianças e adolescentes. Cabe destacar que a alienação parental pode se encaixar como um tipo de violência psicológica, pois a guerra travada entre genitores ou detentores da guarda daqueles, geralmente é travada nas mentes dessas crianças e adolescentes, que são manipulados e utilizados como “armas” para ferirem seus ex – cônjuges/companheiro(a).

Assim, não resta dúvida quanto à cobertura constitucional no tocante à proteção e cuidado para com as crianças e adolescentes, estejam elas inseridas ou não em um núcleo familiar, a responsabilidade de prestar assistência e auxílio aos mesmos, independentemente de existência ou não de afeto, a prestação assistencial e a solidariedade devem ser aplicadas mesmo que por força legal,

respeitando a fase delicada de desenvolvimento e formação social que esses menores se encontram.

3.1 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

É necessário, antes de tudo, entender o que é um princípio e qual a sua amplitude no mundo jurídico, para que só então, se compreenda a sua importância na prática diária. Nosso ordenamento jurídico brasileiro pode dividir-se em princípios e regras, porém esses dois, apesar de que por vezes tendem a se entrelaçar, não se confundem, pois possuem diferenças bem pontuais entre ambos.

Embora possuam muitas diferenças, cabe pontuar as duas principais: uma diz respeito à abrangência e a outra, ao grau de importância. Neste caso, os princípios sobressaem, pois possuem uma maior abrangência, em quanto as regras por vezes são destinadas a regiões ou pessoas específicas, os princípios são de um alcance geral, amplo, independentemente de qualquer disposição geográfica, alcançando a todos indistintamente.

Diferentemente das regras, os princípios não guardam qualquer grau de subordinação a nenhum outro princípio ou regra, se em um caso concreto houver um conflito entre princípios, o que se faz é um juízo de ponderação, analisando no caso concreto qual princípio melhor se enquadraria, não excluindo nenhum deles, apenas mitigando parcialmente sua aplicação.

Diante do elucidado, cabe apontar o cirúrgico comentário da professora Maria Berenice Dias:

É preciso preservar, tanto quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar. Quando dois princípios incidem sobre determinado fato, o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo de cada um. Há ponderação entre princípios, e não opção por um deles em detrimento do outro. (2011, P 59.)

Já as regras por sua vez, possuem certas subordinações a outras regras, devendo ser aplicada uma ou outra, inclusive, as regras extraem sua validade dos princípios, sendo assim, guardam estrito subordinação a estes.

Nessa linha de pensamento, temos o entendimento da professora Maria Berenice Dias:

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cujas diferenças não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. (2011, P 58.)

Sendo assim, as regras têm aplicações mais específicas a casos concretos previsíveis e específicos, por outro lado, os princípios têm uma maior amplitude, podendo ser aplicado em uma gama bem maior de casos, em qualquer esfera jurídica. De maneira geral, a nossa Constituição Federal possui um arcabouço jurídico composto por mecanismos de sistemas principiológicos e valorativos, esses princípios funcionam como verdadeiros limites condicionantes para o estabelecimento de todos os regramentos do nosso ordenamento jurídico infraconstitucional, impondo limites e oferecendo diretrizes para as prováveis interpretações de compatibilidade de qualquer norma jurídica interna para com a nossa Carta Magna.

Ao destacarmos a importância dos princípios no ordenamento jurídico vigente, não podemos deixar de colher a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello que afirma:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (2000, p.409)

Dito isto, os princípios do direito de família, que impõe direta e indiretamente a todos os entes familiares, direitos e deveres uns para com os outros, servindo assim de base norteadora para a análise dos pressupostos e aplicações da Guarda Compartilhada, visando sempre o melhor para a criança e adolescente,

assim como também, os princípios específicos, concernentes as crianças e ao adolescente, alguns deles implícitos na própria Constituição Federal e outros decorrentes do plano infraconstitucional.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade é compreendido por inúmeros doutrinadores como a essência do Estado Democrático de Direito, observamos isso logo no começo da nossa Carta Magna, quando em seu artigo 1º, inciso III, o princípio a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Republica Federativa do Brasil. Recebe também a classificação de macroprincípio em razão de seu alcance absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, fruto dos tratados que versam sobre os Direitos Humanos no qual o Brasil é signatário, porém, antes de nos aprofundarmos um poucomais nesse princípio, cabe aqui trazer um breve conceito do que viria ser a Dignidade da pessoa humana, para que assim, possamos entender a real a importância em nosso mundo jurídico, nesse sentido, vale destacar o ensinamento do professor IngoWolfgang Sarlet, ao afirmar que:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser-humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte de Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2002, p.58).

Como é de notório conhecimento, após a segunda guerra, os temas relativos aos direitos humanos ganharam uma atenção toda especial no plano internacional, buscando traçar normas e diretrizes que vinculassem todos os países, fazendo com que compactuassem daqueles tratados, impondo-os a produzirem no seu plano jurídico interno, normas capazes de garantir a dignidade humana, atuando por intermédio de políticas públicas. Entretanto no Brasil, os assuntos que diziam respeito a dignidade da pessoa humana só vieram a ganhar força no plano jurídico interno, após o regime militar, com a promulgação da

Constituição Federal de 1988, que codificou e consagrou muitos dos princípios tratados nos diplomas sobre direitos humanos em seu corpo textual, de maneira codificada e não meramente abstrata, como os artigos de número um ao cinco, que tratam dos direitos fundamentais e dos direitos e garantias fundamentais, criando laços diretamente com o princípio da dignidade humana.

No âmbito familiar, esse princípio serve como base norteadora e basilar, pois ele impõe um dever de cuidar, prestar assistência, atenção, hombridade, amor, afeto. Sendo assim, a entidade familiar deve praticar e desenvolver este princípio com todos os entes indistintamente. A imposição não se limita a questões financeiras ou materiais, mas é muito mais ampla, abrangendo também os cuidados e preocupações com o âmbito psicológico de cada integrante, deduz-se assim, que a assistência familiar dos genitores ou detentores da guarda das crianças e adolescentes, deve observar e zelar pelas questões mentais, psicológicas dos menores, tendo em vista que tudo que for feito agora, terá reflexos em toda a vida adulta deles, sob pena de ofender diretamente um dos princípios basilares do direito brasileiro, que é o da dignidade da pessoa humana.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

É possível identificar esse princípio na Constituição Federal, de maneira implícita, ao observamos o disposto no artigo 3º, inciso I, onde como objetivo da República Federativa do Brasil, a busca por uma sociedade livre, justa e solidária. Ainda na constituição, temos o artigo 226 e 227, que eleva a família como base da sociedade e expressando os cuidados para com as crianças e adolescentes, tendo ambos, uma especial proteção do Estado.

Esse princípio, assim como da dignidade da pessoa humana, guarda estrita relação com a afetividade das relações familiares, porém não se prende unicamente a ela, tendo em vista que em muitos casos concretos, o princípio da solidariedade familiar é utilizado como respaldo jurídico e base fundamental para requerer pagamento de prestações alimentícias, seja dos filhos para os pais ou dos pais para os filhos.

Ocorre que o Princípio da Solidariedade não se limita a figurar como respaldo de petições de cunho material, este princípio possui uma abrangência ainda maior. Como o seu próprio nome diz, este princípio tem como objeto a

solidariedade, que por sua vez, no âmbito social, conceitua-se como um sentimento de identificação ao sofrimento dos outros. Se nos orientarmos apenas no conceito social da palavra solidariedade, a alienação parental não daria seus vestígios de existência, tendo em vista que tanto os genitores quanto os detentores da guarda das crianças e adolescentes, entenderiam a dor e o sofrimento que esses menores estão passando em face dessa ruptura, desse desfazimento do núcleo familiar e, assim, passariam a deixar seus ressentimentos de lado e procurariam o bem estar desses menores, seguindo portanto, os ditames da guarda compartilhada, mas, caso se escolha adotar o significado jurídico de solidariedade, estaríamos falando a respeito de um acordo entre indivíduos para com uma obrigação perante outro indivíduo e, sendo assim, não seria necessário maiores desdobramentos para perceber que os genitores, possuem uma obrigação moral e legal perante os seus filhos.

4. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental na maioria dos casos está presente onde há quebra das relações familiares, é nitido observar que no decorrer dos anos o aumento de casos indetificados pelos profissionais da área jurídica e da área da psicologia tenha se intensificado. O psiquiatra Richard Garden foi o primeiro a estudar este fato, trazendo o entendimento que a Alienação Parental é feita através de uma campanha destrutiva que um dos genitores faz em relação ao outro para com o filho.

É caracterizada quando um dos genitores corrompe toda a visão afetiva constituída ao logo da convivência familiar em relação ao outro, ou por pessoas próximas da criança ou do adolescente. Sua utilização tem como finalidade afastar o genitor que não faz parte diariamente do núcleo familiar, como forma de vingança por situações mal resolvidas entre o casal antes da ruptura. O desejo de que o outro se torne infeliz é tão forte que a pessoa utiliza o próprio filho como meio de retaliação, pois nada pior do que ser odiado pela sua prole.

Em grande parte dos casos a alienação acontece de forma inconsciente, mas sempre com o intuito principal de se vingar do outro. O alienante ao tomar essa postura de desconstituir a figura do genitor (a), cego por suas emoções, acaba gerando severas consequências que sua prole carregará pelo resto de sua vida, seja em suas emoções, relacionamentos, vida profissional, etc., neste

seguimento odoutrinadora Dias declara:

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado. O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho como o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro. (2022, pg. 12).

A ruptura do convívio familiar por si só, enseja a criança uma grande mudança em seu dia a dia, se o genitor(a) adiciona a esse novo ciclo a prática da Alienação Parental, as consequências abarcadas por essa atitude são irreversíveis, a ligação afetiva na maioria dos casos é desfeita e implantada falsas memórias, onde o sentimento de abandono após a quebra familiar, da validade ao repúdio do genitor(a), neste sentido Trindade relata:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento da agressividade – é induzido a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. (2010, p. 178).

Por consequência, os atos praticados pelo alienante interfere de modo direto no poder familiar do genitor atingido, tornando ainda mais dificultoso minando o campo de convivência com sua prole. Corroborando com o exposto, temos o brilhoso entendimento do Doutrinador Venosa:

Não raro os filhos menores são tidos como um brinquedo na separação. O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor, geralmente aquele que não tem a guarda, embora isso não seja uma regra. Mesmo aquele que só recebe os filhos nos finais de semana e em datas específicas pode ter conduta de alienação parental. O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com a relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as

mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor. (2012, pg. 234)

Precebe-se que o alienante consegue afastar o genitor (a) mesmo que de maneira involuntária, embora o aspecto da voluntariedade nestes casos seja bastante subjetivo, com isso torna-se dificultosa a convivência entre os envolvidos.

5. DA GUARDA

O ordenamento jurídico brasileiro sempre buscou mecanismos e institutos com a finalidade de exteriorizar o cumprimento dos ditames legais, em razão de que a lei por si só, sem a ocorrência desses mecanismos que garantam sua efetividade, seriam disposições exclusivamente teóricas já que não teria formas de se efetivarem. É nesse sentido que surge o instituto da guarda, que se manifesta como forma de garantir a materialização e o cumprimento das leis de proteção aos menores.

De maneira geral, a Guarda é um instituto jurídico que visa a proteção e o respeito as disposições legais concernentes aos direitos de um menor por terceiros responsáveis, quando aqueles que de fato deveriam zelar por esses direitos, não o fazem, sejam eles os genitores ou não. A doutrina se posiciona nesse mesmo entendimento, conforme se observa nas disposições de Freitas (2015, p. 99) ao afirmar que “Guarda é a condição de direito de uma ou mais pessoas, por determinação legal ou judicial, em manter um menor de 18 anos sob sua dependência sociojurídica [...]”.

Como exposto, a Guarda é o mecanismo usado para efetivar o cumprimento dos direitos que dizem respeito aos menores, esses direitos são expressos principalmente na Constituição Federal, assim como nas legislações especiais, a exemplo principalmente do Estatuto da Criança e do Adolescente. No tocante a CF temos o disposto no artigo 227 que dispõe:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2022).

A legislação especial, no presente caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, é ainda mais incisivo ao expressar os direitos assistidos aos menores, conforme dispositivo do ECA em seu artigo 33 “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

A Guarda não é um instituto utilizado apenas para os casos envolvendo os genitores, terceiros também podem ser alvos da Guarda quando requerem.

Porém, cabe destacar que a concessão da Guarda não é um processo simples, muito pelo contrário, como já foi dito, trata-se dos direitos de um menor que precisam ser preservados e protegidos, sendo assim, todo o processo de deferimento de um Guarda segue um rígido trâmite processual, como a obrigação de ter o acompanhamento do Ministério Público como protetor dos direitos da criança e do adolescente, a necessidade de análises psicossociais do requerente da Guarda e, nos casos que forem necessário, a oitiva do menor, para que por meio de profissionais capacitados e específicos, possam analisar qual a relação do daqueles com o requerente da guarda.

A grande problemática na grande maioria das vezes, é a forma como se dará essa guarda, pois, em muitos casos, quando se trata de guarda entre os genitores, surge a discussão quanto ao modo de ser desta, tendo em vista que em alguns casos um dos genitores não deseja o convívio com o outro por motivos pessoais, que só prejudicam o desenvolvimento humano das crianças e adolescentes envolvidos.

Justamente nessa senda de discussão, que surgem as modalidades de guardas, a Guarda Alternada, a Guarda Unilateral e, por último, a Guarda Compartilhada, que embora não seja tão nova em nosso ordenamento jurídico, já que a mesma vinha sendo aplicada pelos operadores do direito, ela ganhou grande espaço de estudo e discussões nos centros acadêmicos e entre os doutrinadores.

5.1 GUARDA ALTERNADA

A Guarda Alternada é uma das modalidades mais antigas, porém a mesma não encontra respaldo no Código Civil de 2002 e nem das legislações especiais. As

únicas formas de guarda estabelecidas no CC/2002 é a Guarda Compartilhada e a Guarda Unilateral.

Para um melhor entendimento do conceito e da forma de ser dessa espécie de guarda, podemos colher o cirúrgico posicionamento do Professor Fábio Ulhoa disposto em seu Livro Curso de Direito Civil VOL 5, ano 2012, pagina 241, que dispõe seguinte:

Além da guarda unilateral e da compartilhada previstas em lei, deve-se fazer menção também a *guarda alternada*, que corresponde à atribuição periódica da guarda a cada pai. Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai tem o direito de visita; no próximo, inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe a vista nos horários e dias previamente definidos. Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países. (2012, p.241).

Ocorre que essa modalidade, em momento algum considerou os interesses dos menores envolvidos, considerou-se apenas os interesses dos genitores. Essa forma de guarda só causa transtornos e sofrimentos as crianças e adolescentes envolvidos, pois eles passam a possuir uma vida totalmente instável, sem criar laços e raízes sociais, sem falar nas constantes exposições e confusões psicológicas que enfrentariam nos casos em que ambos os genitores se encontram em constante conflito.

A doutrina também tem se posicionado contra essa espécie de guarda e apontando inúmeros erros e críticas a ela, conforme podemos observar no livro Direitos de Família Vol.6º, 13º Ed. Página 188, Ano 2013, de autoria do Professor Silvio de Salvo Venosa:

Não se confunde a guarda compartilhada com a guarda alternada, a qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, divide-se o tempo de permanência destes com os pais em suas respectivas residências, nada mais que isso. Essa modalidade está fadada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções. (2013, p,188)

5.2 DA GUARDA UNILATERAL

A Guarda Unilateral pode ser definida como a modalidade na qual um dos genitores tem todos os poderes decisórios sobre a vida da criança ou do adolescente, até que este atinge a maior idade.

Embora o genitor ou outro que tenha a guarda unilateral detenha também os poderes decisórios, nada impede que por parte do outro genitor ou daquele que tenha alguma relação com a criança ou adolescente, realize o acompanhamento da vida do menor, inclusive, se este achar necessário, poderá solicitar esclarecimentos sobre determinadas decisões tomadas sobre a vida daqueles.

A Guarda unilateral possui previsão legal, conforme se percebe no artigo 1.583 do Código Civil de 2002:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) [...]

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Não obstante essa modalidade de guarda está prevista em lei, ela não deve ser vista como uma faculdade da parte ou uma forma de guarda que pode ser facilmente adotada, muito pelo contrário, a Guarda Unilateral é vista como hipótese de exceção, em último caso, em situações muito específicas, a depender do caso concreto. Pois, direta ou indiretamente, essa espécie de guarda, acaba por incentivar a presença da Alienação Parental, embora a lei busque evitar isso, conforme se percebe nos parágrafos do supracitado artigo, entretanto, na vivência diária, a realidade tende a ser outra.

Caso não exista nenhuma anormalidade entre os genitores ou os que buscam a guarda da criança ou do adolescente, será determinada a Guarda Compartilhada.

5.3 DA GUARDA COMPARTILHADA

A Guarda Compartilhada foi reconhecida em 2008 através da Lei 11.698, que modificou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002, trazendo em sua

literalidade seu conceito, como também os direitos e deveres atribuídos aos genitores, possibilitando que a mesma seja requerida pelos pais ou fixada pelo juiz, conforme se vê em sua redação:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por **guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.** (grifo nosso).

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou **compartilhada**, poderá ser [...]

§ 1º Na audiência de conciliação, **o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas [...].** (grifo nosso).

Nota-se que o legislador consolidou a igualdade entre os pais, não os isentando de suas obrigações, reduzindo o sofrimento da criança ou do adolescente após a separação do convívio diário com ambos genitores.

A Doutrinadora Dias (2011, pg.156) conceitua a Guarda Compartilhada como “um meio de garantir efetivamente a corresponsabilidade parental e a ampla participação dos pais na formação e educação dos filhos”. Esta modalidade de Guarda passa a ser um meio garantidor da criança e do adolescente, gerando o sentimento de manutenção do núcleo familiar mesmo após o rompimento. Neste mesmo sentido:

Guarda compartilhada é uma modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança. (QUINTAS, 2010, p.28).

A Guarda Compartilhada trouxe um novo sentido para o Direito de Família, mostrando que mesmo após a quebra familiar, o vínculo não deixa de existir, preservando o seu maior bem comum: sua descendência. Ela revela um novo elo,

onde todas as decisões visam o bem estar de seus filhos, os protegendo de possíveis prejuízos. Neste seguimento: “A guarda do menor, diante da dissolução da relação conjugal, como visto, deverá atender o melhor interesse da criança, podendo ser buscada a fixação da guarda compartilhada. (FIGUEIREDO e ALEXANDRIDIS. 2017 p.36).”

Sendo instituída a Guarda Compartilhada, o próximo passo é escolher uma residência fixa para a criança ou adolescente, para que o mesmo tenha uma estabilidade e estruture sua rotina, cabendo ao outro genitor(a) o direito de convívio e participação efetiva nas tomadas de decisões de seu filho, neste seguimento reconhece Grisard Filho (2013, p.218) “a guarda compartilhada assegura aos filhos uma residência habitual, como o ponto de referência, a ser eleita pelos pais ou preservando de toda maneira o melhor interesse dos filhos”.

Este entendimento também é supracitado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (grifo nosso).

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (grifo nosso).

Desta forma, cabe aos genitores separar os conflitos de seu relacionamento priorizando os interesses de sua prole, garantindo sua presença em sua criação mesmo que em lares distintos, pois os seus conflitos não podem ser causa impeditiva da aplicação da guarda compartilhada, nesse sentido a jurisprudência já se encontra pacificada, conforme julgados que se segue:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ACÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA- DISCORDÂNCIA ENTRE OS PAIS PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – GUARDA COMPARTILHADA-CABIMENTO- RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 2. Ainda que conflituosa a relação entre os genitores, certo é que, no caso, inexistente qualquer indício de prova no sentido de que o genitor descumpriria com suas obrigações inerentes ao poder familiar, aliás, não tendo a genitora imputado qualquer conduta negativa em relação à criança, razão pela qual, tendo em vista o princípio do melhor

interesse da criança, deve ser mantida a sentença que fixou a guarda compartilhada, posto que a relação litigiosa entre os pais tende a se amenizar com o decurso do tempo. 3. Negar provimento ao recurso. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível: AC5001497- 07.2020.8.13.0363 MG.

Ementa CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL DIVÓRCIO.

GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente:Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art.

1.584 do Código Civil. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. **O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito**, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). Recurso conhecido e provido. **Superior Tribunal de Justiça STJ RECURSO ESPECIAL**: RESp 1626495 SP 2015/0151618-2.

Sendo assim, conforme corrente pacífica nos Tribunais, as animosidades existentes entre os genitores não podem ser fundamento para se pedir o afastamento da aplicação da Guarda Compartilhada, pois o que está em questão, não são os interesses dos genitores, mas sim, o melhor interesse da criança.

5.3.1 BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Inúmeros são os benefícios ao adotar a Guarda Compartilhada, principalmente por prezar pela convivência entre pais e filhos. Ela chega em nosso Ordenamento Jurídico como solução, inibindo os desentendimentos da separação, que coloca a criança ou adolescente em situação de vulnerabilidade.

A guarda compartilhada incentiva uma maternidade e paternidade consciente, respeitável e equilibrada, onde ambos participam das dores e das alegrias proporcionadas por sua prole. Ela atende pelo melhor interesse do menor, no qual o genitor não desocupa seu lugar na convivência diária com seu filho, amenizando os efeitos da dissolução conjugal e mantendo a execução do poder familiar de forma comum. Neste ponto de vista preceitua Maria Berenice Dias:

Guarda conjunta ou compartilhada significa mais prerrogativas aos pais fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária” (2022, p.401).

Com o rompimento as famílias, elas deixam de conviver juntas, entretanto, umas das vantagens trazidas pela referida guarda, é a responsabilidade de forma igualitária entre os genitores das despesas de seus rebentos, seja na alimentação, educação, vestuário, saúde e etc.

Sujeitar-se a guarda compartilhada reduz os índices de um desenvolvimento negativo para a criança ou adolescente, que na maioria dos casos sujeita-se a Alienação Parental, justamente pelo fato dos pais não saberem conviver, estabelecerem diálogo saudável, todas essas situações negativas são passadas também para seus filhos.

Um dos mais importantes benefícios dessa modalidade, é a prevenção da Alienação Parental, que atinge o desenvolvimento físico e psíquico dos filhos decorrentes da separação de seus genitores, mesmo que seja feito de maneira inconsciente por um dos genitores, toca diretamente sua prole, pois ele não deixa de ser metade de seu pai e a outra metade de sua mãe, forçar esse desligamento de forma fraudulenta só causa sofrimento presente e distúrbios futuros, visto que ela se utiliza de falsas memórias para deturpar o que já foi vivido e diante do sentimento de abandono após a separação, validar a sensação de rejeição.

A guarda compartilhada impõe aos pais o diálogo, planejamento do dia a dia e como se encaixar na rotina de seus filhos mesmo após a separação, incentiva a deixar de lado suas frustrações em prol da felicidade de seus rebentos. Ela traz o entendimento que a família mesmo desfeita, estará sempre ligada, afastando assim, a Alienação Parental. Nesta perspectiva:

A guarda compartilhada é um importante mecanismo capaz de proteger a criança e adolescente dos possíveis prejuízos decorrentes da guarda unilateral, evitando-se, por consequência a alienação psicológica da criança (TUDELA; FERNANDES, 2010 p.12).

Vale destacar, ainda, que ambos os genitores detêm a guarda de seus filhos, então inexistente a visitação, a convivência de forma completa, diferentemente da Guarda Unilateral, que priva os filhos de sua convivência diária e gera pais e mães de sim de semana ou feriados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Guarda Compartilhada foi instituída pela Lei 11.698/2008 que alterou os artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002, que veio a ser usada como regra nos casos de dissolução conjugal, gerando uma nova percepção ao Direito de Família brasileiro.

Esta tutela veio para desfazer muitos preceitos que foram estabelecidos ao longo dos anos pela Guarda Unilateral, pois esta modalidade já é alvo de críticas há muitos anos, sejam por operadores do Direito ou por profissionais da saúde, principalmente os psicólogos, visto que esse tipo de guarda já mostrou-se extremamente danosa ao desenvolvimento da criança ou adolescente.

O desfazimento do núcleo familiar pode colocar a criança ou o adolescente em situação de vulnerabilidade quando os genitores adentram na esfera da Alienação Parental. A principal causa para esse fenômeno são as desavenças dos genitores que não foram resolvidas com o fim da relação. Um dos pais assume, em muitos casos de forma inconsciente o papel de alienador e usa de seus ressentimentos para fraudar as memórias, o convívio do outro genitor com seus filhos.

Em face dessa problemática, a Guarda Compartilhada se posiciona como remédio jurídico que visa combater as ocorrências dos casos de Alienação Parental, pois, essa modalidade de guarda visa a divisão de responsabilidades dos genitores, não mantendo o poder decisório sobre a vida do menor na mão de apenas um deles, seja de maneira definitiva como na Guarda Unilateral ou como nos tempos mais antigos, nos moldes da Guarda Alternada, onde ambos tinham seu convívio dividido em tempos pré-determinados.

O objetivo dessa guarda é proporcionar o convívio diário entre pais e filhos, desfazendo os entendimentos enraizados do genitor que não detém a guarda física que geralmente se vê como mero visitador, induzindo-o a participar efetivamente do desenvolvimento psicossocial de sua prole.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**,1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1998.
2. BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro**, 2002. Brasília: Senado Federal.
3. BRASIL. ECA (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Brasília: SenadoFederal.
4. BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível nº AC5001497-07.2020.8.13.0363 MG. Apelante: H.P.S Representado (A) (S) p/ Mãe F.P.R. Apelado:
(A) (S) W.A.S. Relator: Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto.
5. BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. Nº 1626495 SP 2015/0151618-2. Recorrente: K.R.K. Recorrido: R.S.F. Relatora: Ministra Nancy Andriahi
6. COSTA, Ana Surany Martins. **Quero Te Amar, Mas Não Devo**: a Síndrome da Alienação Parental Como Elemento Fomentador das Famílias Compostas por Crianças Órfãs de Pais Vivos. Revista Síntese Direito de Família, vol 12, nº 62,
7. p.8 out/nov2010, Disponível em:
<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>, acesso em 15 de abril de 2022.
8. DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**, 8ª ed, São Paulo: Revista dosTribunais, 2011. (2011, p. 156) Disponível em:
9. <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>, Acesso em: 10 de maio de 2022.
10. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dosTribunais, p. 401.
11. DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: < Síndrome da alienação parental, o que é isso? – Maria Berenice Dias > Acesso05.15.2022.
12. FIGUEIREDO, Fábio Vieira e ALEXANDRIDIS Georgios. **Alienação Parental**. 2ª Ed.Saraiva, p36, 2017.
13. GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndromede Alienação Parental (SAP)?** Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade deMedicina e Cirurgia da Universidade de Columbia. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente> >, acesso em 19 de maio de 2022.

14. GRISARD FILHO, Waldyr, **Guarda Compartilhada**: Um novo modelo de responsabilidade parental, 6ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 218, 2013 Disponível em:
15. <http://revistauniar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf> Acesso em: 25 de abril de 2022.
16. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, p.409, 2000.
17. PEREIRA, Sérgio Gischkow. Revista dos Tribunais, **Tendências modernas do direito de família**. São Paulo, v. 648, p. 19, fev 1988.
18. QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 28, 2010.
19. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. P.60, 2002.
20. TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica Para Operadores do Direito**. 4ª ed. verificada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p.178, 2010.
21. TUDELA, D.F.; WELTON. **Guarda Compartilhada como forma de coibir a alienação parental**. Direito Unifacs. Revista eletrônica mensal, p.12, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/article/view/1350>>. Acesso em: 06 de maio de 2022.
22. ULHOA, Fábio. **Livro Curso de Direito Civil**. VOL 5, p. 241, 2012.
23. VENOSA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL – Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Atlas, v. 7. p.234, 2012.
24. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos de Família**. Vol.6º, 13º Ed. p.188, 2013WALD, Arnold. **O novo direito de família**. São Paulo, Saraiva, p23., 2010.

TRIBUNAL DE NUREMBERG: aspectos jurídicos precedentes históricos

Sanni Thalyta Nunes da Silva¹¹
Jean Patrício da Silva¹²

RESUMO

O objetivo deste trabalho é expor a história do Tribunal de Nuremberg através de precedentes históricos, mostrando as crueldades causadas pelo antissemitismo do governo nazista, até o julgamento dos principais líderes nacional-socialistas, bem como o aspecto jurídico a qual encontram-se muitos conflitos acerca do julgamento e as penas aplicadas aos criminosos. Fotografias e relato de uma prisioneira foram utilizados para ilustrar como ocorreu o período do holocausto até as ações jurídicas pós-guerra.

Palavras-chave: Tribunal de Nuremberg. Holocausto. Nazismo. Princípio da legalidade.

ABSTRACT

The objective of this work is to expose the history of the Nuremberg Court through historical precedents, showing the cruelties caused by the anti-Semitism of the Nazi government, until the judgment of the main national-socialist leaders, as well as the legal aspect which many conflicts about trial and the penalties applied to criminals. Photographs and a prisoner's report were used to illustrate how the period from the holocaust to the post-war legal actions occurred.

Key words: Nuremberg Court. Holocaust. Nazism. Principle of legality.

¹¹ Graduanda em Direito pela UNIESP, Cabedelo – PB.

¹² Professor orientador

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal de Nuremberg, foi uma corte internacional criada para julgar os crimes cometidos pelos alemães nazistas durante a segunda guerra mundial.

Em Londres, em julho e agosto de 1945, juristas e políticos dos países aliados ajustaram as questões daquilo que se tornou o fundamento legal do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, a qual foi nomeado de “Carta de Londres”. A carta instituiu, dentre outros pontos, quanto ao andamento do Tribunal Militar Internacional, quatro tipos de crimes que deveriam integrar a acusação em Nuremberg: guerra de agressão, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz.

O Tribunal de Nuremberg teve uma importante responsabilidade, tendo em vista que foi lá que ocorreu, pela primeira vez, o julgamento e punição das mais altas autoridades do Estado, bem como teve papel na formação das bases dos futuros tribunais internacionais. Além disso, também foi responsável por organizar e sintetizar os documentos que, mais tarde, seriam utilizados para escrever a história do holocausto.

O holocausto é a termo usado para designar o genocídio realizado pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. A aniquilação resultou em, aproximadamente, seis milhões de pessoas, dentre elas, judeus, ciganos, testemunhas de Jeová, deficientes físicos e mentais, opositores políticos, entre outros. No entanto, evidenciou-se que o grupo da comunidade judaica foi o mais afetado pelo Holocausto.

Mas por que contar a história do holocausto e do julgamento de Nuremberg? A história já foi contada muitas vezes, porém é preciso contá-la sempre que houver oportunidade, pois ao longo do tempo, correremos o risco de os nazistas serem, para as próximas gerações, apenas vilões bidimensionais, não mais reais.

As lições deste julgamento quase não foram aprendidas, ainda existem pessoas que negam o holocausto, apesar desta recusa ser considerada crime em diversos países da Europa, inclusive, na Alemanha.

Sendo assim, este escrito buscará descrever a história deste Tribunal, focando em seus precedentes, trazendo à tona os horrores praticados nos campos de concentração, até os julgamentos dos principais líderes do partido nazista, além

do contexto jurídico em que existem tantas divergências e opiniões sobre o julgamento e a pena aplicada aos criminosos.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS E ANTISSEMITISMO NA ALEMANHA

Quando a segunda guerra mundial terminou, estima-se que seis milhões de judeus, homossexuais, ciganos, deficientes e opositores políticos estavam mortos. Se diz estimativa porque não havia nenhum controle de vidas perdidas.

Por que tantas vidas perdidas? Por que a criação de um partido nazista vai contra o conceito de liberdade? Os historiadores divergem em duas linhas de pensamento ao olhar o contexto do holocausto.

Alguns acreditam que Hitler sempre pensou em exterminar os judeus, outros presume que a ideologia se tornou “extremista” com o passar do tempo, até cominar em todos os assassinatos. Independente de qual está correta, a ideologia do antissemitismo estava crescendo há um bom tempo, antes mesmo do nazismo subir ao poder.

Por exemplo, o final do século IX, foi marcado por uma onda de preconceito contra os povos de origem judaica na Europa. Ao mesmo tempo em que algumas pessoas mais religiosas os culpavam pela morte de Jesus Cristo, outra parte da sociedade os enxergava como os manipuladores da economia. Ainda assim, esses não foram os principais motivos que levaram ao holocausto.

Na Alemanha, havia outro tipo de intolerância, uma ideia que serviu como um dos pilares para o nazismo. Graças às teorias biológicas racistas, os judeus foram classificados como inferiores à raça ariana, que seria a mais pura da Europa e superior em todos os sentidos, principalmente em questões físicas e intelectuais.

Para Hitler, a história da humanidade era marcada por uma constante luta contra raças em que para ele, era possível afunilar todas em três grupos, sendo as raças superiores ou fundadoras, que seriam os povos germânicos; as raças depositárias, que seriam os eslavos e as raças inferiores ou destruidoras, que contavam com os povos judeus.

A ideia de supremacia ariana também gerou perseguições às pessoas negras, homossexuais, deficientes e ciganos, pois Hitler acreditava no ideal de

pureza racial, e estava certo de que para manter a integridade da raça superior, não havia problemas em usar qualquer tipo de metodologia.

No meio disso, com o crescente preconceito contra a população judaica, que passou cada vez mais a ser vista como a responsável pelos problemas da Alemanha, o Estado chegou a conclusão de que a eliminação dos judeus seria a única forma de manter a tal pureza, e assim, impedir uma espécie de conspiração judaica ao redor do mundo.

Para que isso fosse possível, os nazistas colocaram em prática uma tática conhecida como solução final para a questão judia, e foi assim que o holocausto teve início.

Todos os povos e etnias que não eram considerados puros e estavam em território alemão, foram perseguidos e encaminhados para campos de concentração e campos de trabalho forçado.

2.1.1. Início da perseguição dos nazistas

Apesar do antissemitismo não ter uma relação exclusiva com o nazismo, sabe-se que foi durante o período nazista em que se teve uma maior disseminação da aversão contra o povo judeu, por haver uma grande concentração de pessoas que compactuavam com a intolerância. O ódio aos judeus foi, então, um senso comum junto à sociedade nazista e poucos cidadãos não concordavam com essa ideologia.

Considerando que Adolf Hitler (2001), líder e ditador da doutrina nazista, admitia de acordo com o pensamento racial da época, que “o resultado do cruzamento de raças” é o “rebaixamento do nível da raça mais forte”, assim como seu “regresso físico e intelectual”, a miscigenação dos alemães com os judeus passou a contar como uma das razões para a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial e toda desordem por consequência. Sendo assim, o aniquilamento dos judeus ficou associado com a própria urgência de sobrevivência dos alemães, um modo de eugenia, fundamental para o plano de constituição da futura raça ariana.

O antissemitismo atingiu o seu clímax quando os judeus tinham, de maneira análoga, perdido os cargos públicos e a influência, e quando nada lhes restava a não ser sua riqueza. Quando Hitler assumiu o poder, os bancos alemães, onde por

mais de cem anos os judeus preenchiam posições-chave, já estavam quase *judenrein* — desjudaizados —, e os judeus na Alemanha, após longo e contínuo avanço em posição social e em número, decaíram tão rapidamente que os estatísticos previam o seu extermínio em poucas décadas.

É verdade que as estatísticas não apontam necessariamente movimentos históricos reais: mas é digno de nota que, para um estatístico, a opressão e a erradicação dos judeus pelos nazistas pudessem assemelhar uma impulsiva intensificação de um processo que possivelmente ocorreria de qualquer maneira, em termos do aniquilamento do judaísmo alemão.

2.1.2 Campos de concentração

Os campos de concentração, também conhecidos popularmente como Holocausto ao qual há uma discussão devido a sua derivação da palavra “sacrifício”, são descritos até os dias de hoje pela forma brutal de punição a todos aqueles que não eram considerados cidadãos arianos. Nos campos de concentração, ninguém impunha que os aprisionados falassem, revelassem alguma verdade. Longe disso, o mando era para que tolerassem em silêncio.

O trabalho era isento de qualquer valor utilitário e boa parte da mão-de-obra era anulada antes mesmo de transformar-se em dispensável à produção. Hannah Arendt discute ainda que os campos de concentração foram um “laboratório”, um “experimento”:

Os campos são um Laboratório vivo que revelam que tudo é possível, que os humanos podem criar e habitar um mundo onde as distinções entre vida e morte, verdade e falsidade, aparência e realidade, corpo e alma, e até vítima e algoz são constantemente confundidas (...) os campos apresentam, primeiro, a morte jurídica; depois a destruição moral e finalmente que a individualidade do ser tem de ser esmagada (cf. HABIB, 1996, p. 65) (MAGALHÃES, 2001, p. 66).

Magalhães (2001, p. 72) menciona:

[...] que a violência assumiu o caráter, por excelência, de experimento. Laboratórios de morte, mas de uma morte muito peculiar: a morte segmentada; morte jurídica, ao que se sucedia a morte moral e só então a morte física. Violência desprovida de critérios utilitários.

A elucidação visual do que acontecia nos campos de concentração é predominantemente constituída de fotografias que foram tiradas quando os soldados aliados adentraram os campos e soltaram os poucos prisioneiros que sobreviveram às barbaridades que ali ocorreram.

Fotografia 1 – “Fotógrafo anônimo, provavelmente membro do Polícia ucraniana, mulheres judias e crianças do gueto de Mizocz antes de sua execução, Rovno/Ucrânia, 13 a 14 de outubro de 1942” (GUERRA; JÚNIOR, 2021).



Fonte: United States Holocaust Memorial Museum/ Washington. Ver: <https://collections.ushmm.org/search/catalog/pa1065461>.

A utilização de fotografias dos campos de concentração nos permite visualizar de maneira perturbadora meios de exclusão, crueldades e ofensas.

2.1.3. Fim da Guerra e libertação dos campos de concentração

Quando a Alemanha foi vencida pelos inimigos de guerra, havia milhares de prisioneiros nos campos de concentração. Em uma demonstração de coragem e resistência, muitos que estavam presos há mais de 2 anos sobreviveram após presenciarem horrores inimagináveis, mas tiveram a coragem de continuar as suas vidas, como por exemplo, Clara Greenbaum e seus dois filhos, Hanna, com 7 anos e Adam que estava prestes a completar 4 anos de existência.

[...] Aqui neste pedaço de terra há pessoas mortas ou à morte. É impossível distingui-las... Os vivos apoiam as cabeças nos cadáveres e ao redor deles caminha a esmo uma procissão fantasmagórica e terrível de pessoas emaciadas, sem destino ou

esperança na vida, impossibilitadas de mudar sua vida, seres minúsculos que não conseguiram sobreviver... Uma mãe, que enlouquecera, gritou para um sentinela inglês pedindo que desse leite ao seu filho e, depois de jogar a minúscula trouxa o sentinela abriu a pequena trouxa, viu que o bebê havia morrido há alguns dias.

Esse dia em Belsen foi o pior da minha vida. Richard Dimbleby, correspondente da BBC (ROLAND, 2013, p. 10).

Na manhã de 15 de abril de 1945, Clara acordou no campo de trabalho forçado em Belsen, no noroeste da Alemanha, onde era prisioneira entre cerca de 60 mil pessoas que, milagrosamente, haviam sobrevivido à execução sumária, à epidemia de tifo e à fome. O tifo matou aproximadamente 35 mil pessoas nos primeiros meses de 1945, mas muitos também morreram por consequência da brutalidade dos guardas da SS, que espancavam os prisioneiros com frequência, além de usarem estes como “tiro ao alvo”.

Clara estava em um dilema de acordar as crianças para evitar que elas despertassem assustadas ou se as despertaria e lidaria com o choro enquanto as consolava e vestia para a hora da chamada. Essa era a rotina que ela havia criado para ajudar na manutenção da sua lucidez. Também era incluída na rotina a contagem dos dias em que ela havia sido presa por suspeita de pertencer à Resistência Francesa. Ela já sobrevivia há 818 dias em meio a tantas privações e trabalho extremamente árduo e desumano.

Após horas de espera e silêncio no campo, o primeiro pensamento de Clara, era de que ela estava morta. Depois, pensou que os soldados haviam as deixado dormir de propósito para terem uma justificativa para lhes dar castigos.

Em seguida, o silêncio foi quebrado pelos gritos de uma mulher aparentemente desesperada.

[...] A tensão havia sido forte demais. Ela enlouquecera. Seus gritos ficaram fracos. Todas as pessoas esperaram o som de um tiro, mas só havia o silêncio. A porta se abriu de novo e outra mulher desesperada, que só conseguia rastejar, saiu para o desconhecido. Outra mulher a seguiu deixando a porta aberta e um feixe de luz de luz iluminou o dormitório (ROLAND, 2013, p. 12).

Após todos saírem do dormitório, ali restaram apenas Clara e os seus filhos que, por fim, a sede obrigou a sair.

Como havia chovido muito durante a noite, o dia ainda estava nublado, ela pensou que poderia encontrar água em uma vala próxima. Quando se aproximou,

avistou milhares de prisioneiros de diversos lugares do campo caminhando em direção ao local. Os doentes ou exaustos demais eram ajudados por amigos, embora outros rastejassem no chão.

Não existia guardas em lugar nenhum, mas ainda não parecia ser o dia da libertação. Não existia felicidade, apenas ansiedade. Estavam tão acostumados com aquilo, que o pensamento sobre a liberdade os assustava.

Após a chegada dos tanques e caminhões, o pânico tomou a multidão, pois acreditavam que os alemães os metralhariam para eliminar as provas de seus crimes, porém, alguém viu a bandeira da Grã-Bretanha. Ninguém faliu uma palavra, não deram nenhuma ordem. Clara contabilizou mais de quinhentos soldados que estavam apenas parados, observando através da cerca de arame farpado. Um dos soldados baixou-se e vomitou. Eles olhavam os prisioneiros com revolta. Diante de tal cena, muitos sentiram-se envergonhados do que haviam se tornado, de acordo com relatos, trapos sujos com seus corpos emaciados que mais pareciam espantalhos vivos.

Todos ali foram libertados, mas Clara não conseguiu sentir alegria. Logo, ela escutou um choro alto e desesperador vindo de Hannah, era a primeira vez em 3 anos que isto acontecia. Durante esses anos, ela havia mantido suas emoções presas dentro de si, mas agora, elas haviam sido postas para fora e estavam lhe consumindo. Por um momento, a estrutura forte e inabalável de Clara havia se esvaído, e ela caiu no chão aos gritos.

Os sobreviventes seriam interrogados, mas antes tomaram sopa. Clara pediu água para deixar a mistura mais fraca, pois sabia que as crianças estavam muito desnutridas para tomar a sopa que foi oferecida. Mesmo após isso, depois de um tempo, sentiram-se mal. Outros vieram a óbito, pois a sopa era forte demais para os seus corpos destruídos.

No final de abril de 1945, 2 mil prisioneiros de outros campos foram encontrados mortos dentro de vagões que os transportavam para o campo de extermínio de Dachau.

“Eu nunca imaginei que tanta crueldade, bestialidade e selvageria pudessem existir neste mundo... Visitei (Buchenwald) com o intuito de oferecer uma prova evidente dos fatos que, talvez no futuro, poderiam ser vistos como mera ‘propaganda’ - General Eisenhower (ROLAND, 2013).

2.2. O TRIBUNAL DE NUREMBERG

Os aliados chegaram então à conclusão de que era preciso tomar medidas urgentes para com a cúpula nazista que fora capturada, pois logo o estímulo de perseguição aos culpados pelas atrocidades cometidas na segunda guerra se findaria com rapidez.

Não era novidade que o primeiro-ministro britânico, Winston Churchill, apoiava a execução destes logo após serem capturados, para então, evitar possíveis complicações de um processo judicial, tendo o apoio de alguns dos integrantes do governo norte-americano.

O então presidente Franklin D. Roosevelt foi convencido, pelos membros do governo, de que um interrogatório rápido acompanhado de um pelotão de fuzilamento seria a forma mais econômica de resolver o problema.

Para os subordinados de Hitler, o julgamento seria feito mediante as leis existentes, porém, para o líder do partido nazista, novas leis seriam formuladas com acusações específicas para um chefe de Estado, apesar dessas leis abrirem espaço para uma discussão sem fim por parte da defesa.

Em meados de setembro de 1944, o secretário do Tesouro dos Estados Unidos, Henry Morgenthau Jr, um amigo íntimo e também conselheiro de Roosevelt, convenceu o presidente e o primeiro-ministro britânico a assinarem um acordo de execução sumária dos líderes nazistas. Um secretário de Defesa dos Estados Unidos e membro sênior do Partido Republicano, Henry Stimson, se opôs ao plano de Morgenthau, tendo encontrado como aliado o ditador soviético Joseph Stálin, que em um momento dissera a Winston que se os principais líderes nazistas fossem executados, o mundo diria que os vencedores da guerra haviam tido medo de julgá-los, tendo os condenados à morte para assim, silenciá-los.

Segundo Stimson, os nazistas seriam transformados em mártires aos olhos de seu povo, assim como aconteceu após os ingleses executarem os líderes da Revolta da Páscoa na Irlanda, caso negassem aos mesmos o direito de serem submetidos a um processo judicial. Lembrou ainda que, no início, os cidadãos de Dublin insultaram com desprezo os conspiradores pela destruição que haviam causado na cidade, porém, a opinião geral mudou depois que as autoridades

britânicas ordenaram a execução por fuzilamento dos líderes sem o devido julgamento.

Após receber apoio de alguns colegas de departamento, ele encarregou Murray Bernys de formar um plano para um julgamento público, além de pedir um parecer jurídico, onde a promotoria poderia legitimar a sua autoridade. Após uma análise minuciosa, Murray chegou à conclusão de que Hitler e os demais líderes nazistas eram os executores de uma política criminosa, bem como foi constatado o envolvimento em uma conspiração para provocar uma guerra e escravizar os povos conquistados. Tinham como objetivo exterminar os judeus, além dos inimigos políticos e de elementos considerados indesejáveis. Seguindo essa linha de raciocínio, os absurdos cometidos poderiam ser classificados como crimes contra a humanidade.

“Na época de César, os inimigos eram tratados como inimigos”, disse ele, “isto é, eram massacrados mesmo que não fossem escravos. Na época de Napoleão, os acusados de uma atividade política eram banidos ou presos – mas agora impomos a morte –, sem dúvida é um retrocesso em vez de um progresso.”

Em uma reunião realizada em 3 de outubro de 1944, Stimson convenceu o presidente Roosevelt que esse plano era factível e moralmente justificável.

“O castigo desses homens de uma maneira digna terá um grande efeito para a posteridade”, disse Stimson.

Os russos também aprovaram o plano e, então, Stimson sentiu-se confiante que os franceses e os outros países ocupados durante a guerra cooperariam se necessário. Mas não poderia haver julgamento sem a participação dos ingleses (ROLAND, 2013, p. 23)

Nos meses posteriores, os ingleses continuaram a dizer que um julgamento seria desnecessário, pois os acusados já haviam sido considerados culpados no tribunal da opinião pública.

Com a morte repentina de Roosevelt, em 12 de abril de 1945, o então vice-presidente Harry S. Truman assumiu a presidência, declarando que pensava seriamente em realizar um julgamento por iniciativa dos americanos para que a demora com mais divergências fosse evitada. O ex-procurador-geral dos Estados Unidos, Robert H. Jackson, juiz da Suprema Corte dos EUA, seria o principal promotor.

Segundo Jackson, iriam mostrar que esses homens são os símbolos vivos do ódio racial, do terrorismo, da violência, da arrogância e de um poder cruel. Ele era a figura ideal para este cenário, pois tinha profunda aversão ao regime nazista

e a todos os seres repugnantes que enriqueceram em razão de terem aderido à causa de Hitler. Após a nomeação deste juiz, o presidente Truman declarou que iniciaria o julgamento com ou sem o apoio dos britânicos.

“É nosso objetivo instituir tão logo possível um tribunal militar internacional; e realizar um julgamento diligente, sem evasivas ou atrasos, um julgamento de acordo com a nossa tradição de integridade em relação aos acusados dos crimes.” (ROLAND, 2013, p. 25)

Muito tempo foi perdido em torno das discussões acerca da necessidade da realização de um julgamento, quando perceberam que não havia um consenso em relação a quem formaria a acusação e quais as sentenças. O exército alemão havia se rendido em 8 de maio de 1945 e as quatro potências aliadas não chegavam a um consenso sobre o conceito de justiça praticado por elas.

A França e a União Soviética seguiram o sistema civil, onde não era permitido o depoimento dos réus, apenas tinham o direito de apresentar uma petição requerendo a defesa ao final do julgamento, enquanto o sistema anglo-americano oferecia aos acusados a oportunidade de testemunhar sob juramento, restringindo a petição de defesa final aos respectivos representantes legais.

Enfim, chegou-se a um consenso pouco antes do início do julgamento, ficando acordado que os juízes seguiriam os princípios do sistema francês, ficando a lista dos acusados ainda sem definição.

Apesar de o tribunal ser formado por dois juízes e um promotor-chefe de cada uma das quatro potências, constituindo assim um corpo jurídico internacional, a participação americana foi muito mais perene que a dos demais aliados. Na delegação inglesa, havia apenas 34 representantes, enquanto a americana contava com 200 componentes, sendo 25 estenógrafos, 30 especialistas em direito público e 6 especialistas em provas forenses. Por não desejarem expor as cicatrizes infligidas pelos 4 anos de ocupação, os franceses tiveram apenas uma participação simbólica no julgamento, o que já era suficiente.

“Nuremberg fora uma cidade de brinquedos, talvez o lugar mais maravilhoso para crianças nas férias de Natal. Com as muralhas construídas no século XII que cercam a antiga parte da cidade, seu castelo em uma colina, suas torres e as flechas nas pontas, suas pequenas ruas sinuosas, ela parecia uma cidade que Walt Disney poderia ter criado... Agora assemelha-se a um gigante zangado de

um livro de história que passeia por suas ruas... uma torre em ruínas aqui, uma fila de prédios na poeira mais adiante”.
Revista Yank, 8 de junho de 1945... (ROLAND, 2013, p. 28)

Os soviéticos insistiram para que o julgamento ocorresse em Berlim, porém, a cidade estava sob ocupação destes, era dividida em quatro zonas, causando uma dificuldade em toda a logística, e não havia nenhuma prisão disponível depois de três anos de bombardeios intensos. Nuremberg foi o lugar ideal para abrigar um julgamento público de criminosos de guerra nazistas. Antes, havia sido sede dos comícios anuais do Partido Nazista e poderia ser vista como prova do fascismo, e também contava com uma grande prisão com inúmeras celas individuais, quase todas intactas, apesar dos bombardeios.

Em 16 de julho de 1945, na Conferência de Postdam, o presidente Truman e o novo primeiro-ministro britânico que havia vencido Winston Churchill pela imensa maioria dos votos, redigiram um comunicado para afirmar seu compromisso com a execução de um tribunal internacional de crimes de guerras, junto com a publicação de uma lista de acusados. Após isto, em 8 de agosto, a Carta do Tribunal Militar Internacional, ou Carta de Londres, foi assinada em Londres pelos representantes das quatro potências aliadas. Este documento definira os procedimentos e a característica do tribunal, seguindo de uma lista onde constavam as principais acusações, quais sejam: crimes contra a paz; crimes de guerra; e crimes contra a humanidade.

Fotografia 2 – “Um dos comícios nazistas realizados anualmente em Nuremberg, de 1927 a 1938, Nuremberg foi o local escolhido para a realização dos comícios por ter sido a capital não oficial do Sacro Império Romano Germânico durante seu auge na Idade Média e no início do período moderno. A propaganda nazista com frequência se referia a época do poder e glória da Alemanha”
(ROLAND, 2013, p. 29)



Fonte: Livro - Os Julgamentos de Nuremberg: Os nazistas e seus crimes contra a humanidade.

2.2.1 O princípio da legalidade no Tribunal de Nuremberg

Da forma como conhecemos, o princípio da legalidade tem suas origens nas Constituições dos Estados de Virgínia e Maryland, na Constituição Americana e na Declaração Universal dos Direitos do homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, sendo o Código Penal da Bavária a primeira legislação penal a adotar tal princípio.

O Tribunal de Nuremberg foi uma resposta, diga-se de passagem, jurídica ao nazismo. Os vencedores decidiram julgar a cúpula viva do socialismo, de acordo com as regras da tradição penal democrática, porém, para que tal julgamento ocorresse, era necessário enfrentar o princípio da legalidade, sendo assim justificado o direito.

Então, como atribuir responsabilidade penal aos nazistas da segunda guerra mundial, se os fatos não estavam definidos como crimes na ordem internacional? Não existia tratado ou convenção que estabelecesse tais atos como criminosos. É possível que haja justiça em tribunais de exceção?

Estas foram, inclusive, algumas das alegações da defesa dos réus, indagando-se que o que o castigo *ex post facto* era repudiado pelo Direito das nações civilizadas, que nenhum poder soberano atribuía à guerra de agressão a tipificação de crime antes da prática dos atos incriminados, e que nenhum estatuto definira, nenhum documento internacional previra pena para a sua prática, assim como nenhum tribunal fora instituído para julgar e punir os infratores. Mesmo com a acusação alegando que o crime de guerra já era previsto pelo Direito Internacional Positivo, e os acusados haviam sido prevenidos do destino que os esperava e que a condenação os crimes perpetrados se encontravam no seio da consciência universal, a defesa continuou a rebater, afirmando que não existia previsão, tampouco da pena, declarando que as ameaças de inimigos não constituem lei e que a ética em si não é Direito Positivo.

Outro argumento utilizado pelos promotores, se referia à tese de que o Direito Internacional é costumeiro, portanto, o princípio da legalidade da espera do Direito sistematizado, aparecendo em sistemas jurídicos já em estágio de evolução com o

intuito de coibir eventuais abusos na administração da justiça e proteger os civis contra as mazelas do absolutismo, nunca dando sustento a este último:

O princípio da legalidade dos delitos e das penas surgiu nas legislações dos países continentais como uma reação contra o sistema do arbítrio absoluto no domínio das leis e da jurisprudência: incertezas nas leis, incerteza das penas pelo arbítrio deixado ao juiz para preencher as lacunas da lei e pela desigualdade das penas pronunciadas segundo a condição ou estado social dos condenados, muitas vezes até penas fulminando arbitrariamente inocentes. [...] Devendo ser nascimento principalmente às circunstâncias políticas, ele foi tardiamente desenvolvido e aprofundado do ponto de vista do Direito Penal. Seu papel, neste domínio, era igualmente de assegurar proteção aos indivíduos e de impedir os abusos na administração da justiça. Ele quis impedir, sobretudo, que um ato que era permitido, portanto legal, no momento em que era praticado, fosse mais tarde punido. Em outras palavras, este princípio tendia a impedir que os homens honestos fossem surpreendidos por uma incriminação estabelecida *ex post facto* [...]. GLASER, S. *Introduction à l'étude du droit international penal*. Paris: Recueil Sirey, 1954. p. 78-81 apud BOSON, Gerson de Britto Mello. *Internacionalização dos direitos do homem*, p. 111. (Tradução nossa) (FERRO, 2019, p. 68).

Este tribunal sofreu inúmeras críticas, talvez mais que qualquer outra corte já existente, isto porque alegavam que havia sido violado o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, por ter apresentado apenas juízes vencedores.

A acusação lembrou ainda o fato de que tal princípio não está na legislação de todas as nações civilizadas, a exemplo dos povos anglo-saxões, tendo ainda sido estranho ao Direito Romano e ignorado pela legislação penal do nazismo alemão.

O princípio da legalidade é de extrema importância para o Direito Penal, pois delimita o direito de punir (*ius puniendi*) do Estado, garantindo assim a liberdade e os valores da democracia, sendo considerado a pedra angular do Estado de Direito.

E só existirá crime se houver uma lei penal prevendo taxativamente que uma determinada conduta é criminosa. Não basta a existência do crime, para que alguém sofra as consequências da responsabilidade criminal, porque é preciso ainda que a lei preveja uma sanção penal. Não há crime sem pena (Kein Verbrechen ohne Strafe). Esse é o raciocínio extraído do brocardo jurídico *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuja formulação latina foi cunhada

por Feuerbach, estando previsto, no Brasil, nos artigos 5º, XXXIX, da Constituição, e 1º, do Código Penal⁸ (PEREIRA, 2010).

Para atingir os seus objetivos eliminatórios e autoritários, em 1935, o legislador nacional-socialista alterou o §2º do Código Penal Alemão, tendo inserido a ideia de que era permitido castigar, “segundo a ideia de básica de uma lei penal e segundo o sentimento do povo”.

Sendo assim, as portas para a política criminal nazista foram abertas, retirando a importância da lei, substituindo pelo tal “são sentimento do povo”. Após o fim da segunda guerra mundial, o § 2º do Código Penal Alemão foi considerado inaplicável e derrocado pelos aliados.

2.2.2 Os julgamentos dos crimes de guerra em Nuremberg

Em 20 de novembro de 1945, tiveram início os julgamentos dos criminosos de guerra em Nuremberg e terminaram em 13 de abril de 1949. Primeiro, foram a julgamento 24 líderes nazistas que foram acusados, mas apenas 21 réis compareceram ao tribunal.

Em 9 de dezembro de 1946, foram realizados pelos americanos 12 julgamentos de “criminosos de guerra acusados de crimes menos graves”.

O grupo de prisioneiros de onde seriam selecionados os líderes nazistas ficou severamente enfraquecido com a ausência de Hitler, Himmler, Goebbels e outros que haviam fugido ou se suicidado, porém, ainda restavam alguns outros nomes famosos como o de Hermann Goering para que a imprensa mundial denominasse aquele que seria o julgamento do século.

Goering já havia especulado que, um dia, haveria estátuas dele em cada parte principal da Alemanha. Talvez sua previsão tivesse se realizado, caso os julgamentos de Nuremberg não tivessem ocorrido. Ele era presunçoso, arrogante, vingativo e extremamente cruel, suas características se mostravam quando alguém ousava discordar dele. Certa vez, o líder nazista afirmou que Hitler era o único homem que o intimidava. Sua arrogância e vontade de estar no palco do mundo o impediram de suicidar-se, tal qual seus aliados, pois ele queria garantir a segurança da mulher e da filha, entregando-as pessoalmente aos americanos.

Na tarde de 7 de maio de 1945, Hermann Goering foi em direção ao castelo de Fichshorn, acompanhado de sua esposa e filha, com mais alguns veículos alemães, levantando as mãos em um sinal de rendição logo na sua chegada.

Goering apresentou sua família ao oficial, general Stack, que o cumprimentou cordialmente, talvez ainda sem avaliar a gravidade da situação. Nesta tarde até a noite, aconteceram festas e comemorações dos americanos, com a participação do rendido, o que preocupou os promotores das quatro nações aliadas, que temeram o enfraquecimento sua atuação contra os acusados.

Nas celas de Nuremberg, o coronel Andrus deixara muito claro que os acusados deveriam ser tratados como criminosos, não apenas como prisioneiros de guerra. Não deveria haver cumprimentos nem confraternizações. Seus soldados viram colegas morrerem nos campos de batalhas Alemães, presenciando os horrores praticados e a destruição causada por estes.

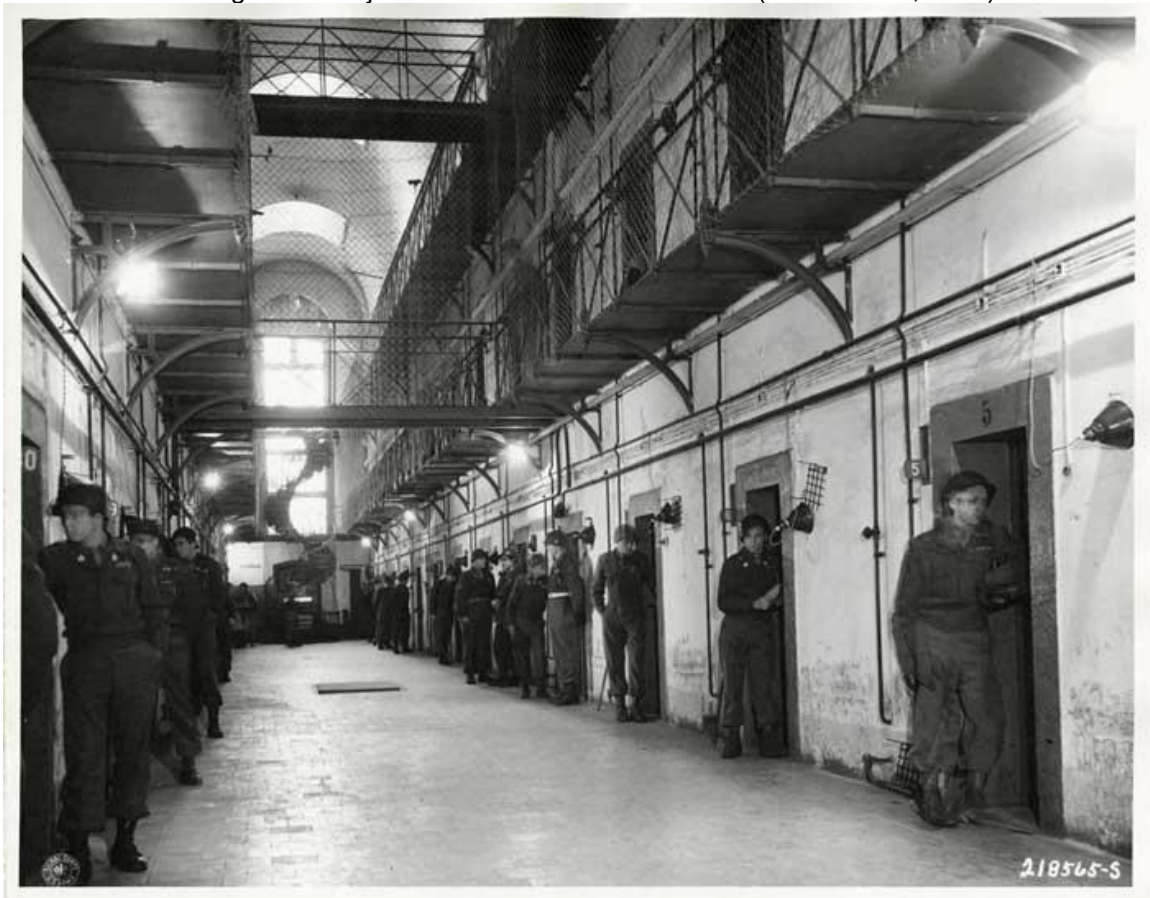
Quando o ex-oficial da artilharia Airey Neave visitou Hermann Goering, viu o ex- *Reichsmarschall* de 53 anos sentado em sua cama, e ao entrar na cela de 4 por 3 metros de tamanho, Goering era nada mais que um homem destruído pelo vício da morfina.

A dieta da prisão de Nuremberg reduzira seu peso de 127 para 95 quilos em pouco mais de 6 meses, e seu uniforme, agora sem as medalhas e as insígnias, estavam fora de sua medida. A cela era minúscula e claustrofóbica e um cheiro repugnante impregnava no ar. As camas não estavam mais presas aos ganchos de metal, pois haviam sido retirados para evitar que os presos cortassem os pulsos. Existia um sanitário e uma pia com água corrente, bem como uma mesa, onde Goering colocara fotografias de sua família.

“Quando Neave se apresentou, Goering levantou-se para cumprimentá-lo. Ele inclinou-se cerimoniosamente e sorriu, com um olhar afável, e fez um gesto em direção à cama como se quisesse dizer, “sinto muito, mas não tenho uma cadeira para lhe oferecer”. Mas sua expressão ficou sombria ao receber os documentos com sua acusação formal e Neave o informou que tinha o direito de fazer sua própria defesa ou ser representado por um advogado. Dr. Kelley anotou sua resposta.

“Bem, chegou o momento”, Goering melancólico. Ele pegou os documentos sem olhá-los.” (ROLAND, 2013, p.

Fotografia 3 – “Em Nuremberg cada réu era observado por um guarda, que permanecia constantemente postado na frente da cela. Medida visava impedir suicídios. 24/11/1945. Foto: HLS Nuremberg Trials Project. Archive ID: olvwork375624” (CARVALHO, 2017).



Fonte: CARVALHO, 2017.

Nenhum dos acusados confessou serem culpados. Eles continuaram a negar as acusações.

O major norte-americano, Dr. Leon Goldensohn notara que Goering tinha oscilações de humor e queria atrair a atenção de maneira infantilizada, propondo, por exemplo, libertar os outros acusados se tivesse exclusividade no palco do julgamento.

O então acusado afirmava que não foi antissemita. Admitiu com franqueza a criação dos campos de concentração para comunistas e demais inimigos do

nacional-socialismo nessa época, porém, negou que a intenção fosse matar pessoas ou usá-los como campos de extermínio. Continuava a dizer que tinha consciência que matar mulheres e crianças não era o comportamento de um cavalheiro, se responsabilizando por tudo o que acontecera na Alemanha nazista, mas não por fatos que ele desconhecia, como os campos de concentração e as atrocidades.

O jornalista americano Walter Cronkite registrou que Goering era extremamente arrogante e que não houve uma tentativa de conciliação com o tribunal, contando a história à sua maneira e, é claro, de forma que justificasse da melhor maneira possível o que acontecera. “Acontecimentos muito difíceis de justificar, mas ele evitava assuntos mais graves e defendeu a existência do Terceiro Reich no momento em que foi criado.”

Em razão das críticas severas da imprensa aos advogados de defesa, o juiz Lawrence a censurou, o que incentivou o dr. Stahmer, advogado de Goering, a iniciar sua defesa com energia e dinamismo.

Quando Hermann foi convocado a depor no dia 13 de março as 14h30, afirmou que havia feito tudo para beneficiar a pátria. Ele permaneceu calmo, e aproveitara as oportunidades que surgiam para benefício próprio.

Perguntado sobre a prioridade da criação dos campos de concentração, respondeu que era uma questão prioritária para eliminar a oposição. Goering fazia longos discursos e quando Jackson tentava interrompê-lo, era ignorado, sendo impossível fazer com que o interrogado respondesse alguma pergunta. Sendo assim, o acusado terminou o dia tendo vencido a primeira partida, o que deixou o juiz americano extremamente frustrado.

No segundo dia, o réu falou por quase 5 horas. No quarto dia, observou que estava em boa condição física e mental. Jackson sabia o que estava enfrentando.

“Seu sorriso cruel e o verniz tênue do charme melífluo traíam o prazer com que ele aproveitara mais uma vez a oportunidade de se pavonear no palco do mundo. Goering era a atração principal da imprensa internacional que, com as canetas apontadas para os cadernos de anotações, queriam registrar o ato final do “juízo do século”. Os outros acusados, por sua vez, sentavam-se desanimados no banco dos réus como homens destruídos, com seus ternos velhos, mal cortados, e os uniformes vergonhosamente sem as insígnias da patente.

Mesmo na prisão, os companheiros de Goering continuavam seus escravos, com a frágil moral deles estimulada por sua

personalidade despótica. Se não fosse por Goering, Speer teria convencido os acusados mais suscetíveis a aceitar a sua cota de responsabilidade pelas atrocidades cometidas pelo Terceiro Reich.” (ROLAND, 2013, p. 126).

Ele se recusava a admitir que era um criminoso de guerra, insistindo em exercer o papel de um soldado e um estadista.

Perguntado se havia sido responsável pelo afastamento dos judeus da vida econômica, Hermann concordou dizendo que fora se dever afastar todos os industriais judeus dos seus negócios, principalmente os da indústria de armamentos. No decorrer das perguntas, Goering esquivou-se, porém, quando documentos assinados por ele surgiram, empalideceu.

Após perder-se em seu jogo de palavras, o acusado deixou escapar informações sobre o planejamento da solução final da questão judaica. As palavras mal-ditas fizeram-no perceber que tinha colocado a corda em seu pescoço. Mesmo assim, continuava a dizer que, assim como Hitler, desconhecera o que se passava nos campos, no entanto, ninguém mais o ouvia.

Hermann Goering recebeu o veredicto, sendo culpado em quatro acusações e condenado à morte por enforcamento.

Os condenados viveram por duas semanas antes da execução. Antes de cometer suicídio, escreveu uma carta endereçada à sua esposa, dizendo que não se oporia a um pelotão de fuzilamento, mas morte por enforcamento não seria digno para um soldado.

Duas horas antes do cumprimento da sentença, mordeu uma cápsula de cianureto de potássio, o que o fez falecer em terrível sofrimento, com seu rosto contorcido de dor.

Fotografia 4 – “Vestido com um pijama de seda preto embaixo da camisa azul, Goering engoliu uma cápsula de cianureto e morreu em agonia. Seu corpo foi mostrado aos jornalistas com o intuito de evitar o mito de que teria escapado vivo.” (ROLAND, 2013, p. 186)



Fonte: Livro - Os Julgamentos de Nuremberg: Os nazistas e seus crimes contra a humanidade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal de Nuremberg teve um papel fundamental no julgamento e punição dos líderes nacional-socialistas, responsáveis pela morte de, aproximadamente, seis milhões de pessoas, sendo estes deficientes físicos ou mentais, homossexuais, opositores ao partido nazista, judeus, ciganos e outros grupos, além das centenas que conseguiram fugir dos campos de concentração, mas que ficaram com traumas físicos e psicoemocionais.

Assim como teve uma grande importância na formação das bases dos próximos tribunais internacionais, e tornou o crime contra a humanidade e de genocídio conhecidos internacionalmente. Os estudos sobre o holocausto devem estar presentes na sociedade, para que os crimes cometidos durante a segunda guerra mundial jamais sejam esquecidos. As atrocidades cometidas pelos nazistas jamais deverão ser repetidas, e nenhuma alusão que coloque estes criminosos com heróis deve ser aceita. É necessário que haja respeito às vítimas da barbárie e certeza de que crimes como estes jamais ficarão impunes.

REFERÊNCIAS

1. ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo.** Editora Companhia das Letras, 2013.
2. BRUNELLI, Cíntia. **NAZISMO: Direito no período Nazista | Julgamento de Nuremberg | Hitler e o Positivismo de Kelsen.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-nF5k8PRrF4&t=49s>>. Acesso em: 12 nov. 2022.
3. CARVALHO, Bruno Leal Pastor de. **O Tribunal de Nuremberg: origens, desafios e significados (Artigo).** In: Café História – história feita com cliques. Disponível em: <https://www.cafehistoria.com.br/o-tribunal-de-nuremberg/>. Publicado em: 16 set 2017. Acesso em: 20 nov. 2022.
4. FATOS DESCONHECIDOS. **Por que Hitler perseguia os judeus? O que o líder nazista tinha contra eles?** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mEP9HQb2Hn8>>. Acesso em: 12 nov. 2022.
5. FERRO, Ana Luiza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg: Precedentes, características e legado com exemplos de provas da acusação e ilustrações.** 2. ed. atual. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. 119 p. ISBN 9788538405382.
6. GUERRA, Claudia Bucceroni; JÚNIOR, Jairo André Marques. **Fotografias, Prova e Contexto: uma reflexão a partir das imagens dos campos de concentração nazistas.** P2P & INOVAÇÃO, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 132-145, 2021.
7. HITLER, Adolf. **Minha Luta.** Trad.Klaus Von Puschén. São Paulo: Centauro, 2001. MAGALHÃES, Marion Brepohl de. CAMPO DE CONCENTRAÇÃO: EXPERIÊNCIA
8. LIMITE. História: Questões & Debates, Curitiba, n. 35, p. 61-79, 2001.
9. PAULOMINO, Gabrielle R. **Julgamento do Holocausto pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e sua Influência na Elaboração do Estatuto de Roma.** I Fórum De Direito Internacional De Direitos Humanos, v. 1, n. 01, 2019.
10. PEREIRA, Igor. **A Desconstrução da Legalidade no Tribunal de Nuremberg: Uma Abertura Para O Kairós Do Perdão.** RFD- Revista da
11. Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 18, 2010.
12. ROLAND, Paul. **Os Julgamentos de Nuremberg: Os nazistas e seus crimes contra a humanidade.** 1. ed. São Paulo: M. Books, 2013. 208 p. ISBN 978-85-7680-222-8.
13. VITA, M. R. de. **O antissemitismo como ódio obstinado.** Epígrafe, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 221- 236, 2021. DOI: 10.11606/issn.2318-8855.v10i2p221-236. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/epigrafe/article/view/173700>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Carta do Tribunal Militar Internacional (Principais cláusulas)

Artigo 6

O Tribunal terá o poder de julgar e punir pessoas que, ao agirem sob os interesses dos países europeus do Eixo, como pessoas individuais ou como membros de organizações, cometeram qualquer um dos seguintes crimes.

- (a) Crimes contra a paz: o planejamento, preparação, início ou estímulo de uma guerra de agressão, ou de uma guerra de violação de tratados internacionais, de conivência, apoio ou participação no Plano Comum de Conspiração para cometer qualquer um dos seguintes crimes;
- (b) Crimes de guerra: violação das leis ou das normas da guerra. Essas violações incluem, mas não se restringem a, assassinato, maus-tratos, deportação de trabalho escravo ou para qualquer outro propósito da população civil de territórios ocupados, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas nos mares, assassinato de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição intencional de metrópoles, cidades e vilarejos, devastação sem necessidade militar justificada;
- (c) Crimes contra a humanidade: assassinato, extermínio, escravização, deportação e outras ações desumanas cometidas contra qualquer população civil, antes e durante a guerra, perseguição política, racial ou religiosa na execução ou associada a qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal, de violação ou não de leis internas de um país.

Os líderes, organizadores, incentivadores e cúmplices que participaram da elaboração de um Plano Comum ou de uma Conspiração para cometer qualquer um desses

crimes são responsáveis pelos atos de todas as pessoas na execução desse plano.

Artigo 7

A posição oficial dos acusados, como chefes de Estado ou funcionários responsáveis de órgãos do governo, não influenciará o julgamento de sua responsabilidade criminal ou na redução da sentença.

Artigo 16

Com o objetivo de garantir um julgamento justo e imparcial, os seguintes procedimentos deverão ser obedecidos:

- (a) A Acusação deverá incluir o detalhamento específico dos crimes atribuídos aos réus. Uma cópia da Acusação e de todos os documentos apresentados na Acusação serão traduzidos para uma língua que o acusado domine e lhe deverão ser entregues em um prazo razoável antes do julgamento.
- (b) Durante qualquer interrogatório preliminar ou do julgamento de um acusado, ele terá o direito de dar uma explicação relevante sobre a acusação que lhe é atribuída.
- (c) Um interrogatório preliminar de um acusado ou seu julgamento deverá ser realizado ou traduzido em uma língua de domínio do acusado.
- (d) Um acusado terá o direito de fazer sua própria defesa perante o Tribunal, ou de ter a ajuda de um advogado.
- (e) O acusado terá o direito, por iniciativa própria ou por intermédio de seu advogado, de apresentar ao Tribunal provas de defesa à sua acusação, assim como de interrogar qualquer testemunha convocada para depor no processo judicial.

Fonte: Livro - Os Julgamentos de Nuremberg: Os nazistas e seus crimes contra a humanidade.

