

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1163

(Ano XV)

(12/08/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1163



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1163 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 302 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Capital Social Vs Patrimônio Social

Eduardo Felipe Furukawa, 08.

ARTIGOS

O mundo jurídico hierarquicamente contaminado

Eduardo Luiz Santos Cabette, 12.

Meio ambiente de trabalho: a insalubridade no direito brasileiro

Karen Karoline Sá, 15.

Normas jurídicas com a evolução tecnológica e dos crimes cibernéticos

Rodrigo Ferrari Brandão, 27.

A violência obstétrica no período gestacional, durante e após o parto, e a violação dos direitos humanos.

Victória Bárbara Santos Silva, 36.

A defesa dos direitos e dignidade dos animais no ordenamento jurídico brasileiro

Caroline Vanessa da Silva Santos, 45.

Função social da universidade pública frente ao marco legal da ciência, tecnologia e inovação

Igor Mitsuo Sousa Moriyama, 70.

Interpretação (in)constitucional: uma análise da execução provisória da pena frente ao efeito cliquet

Felipe Augusto da Cruz, 89.

A Defensoria Pública e a atuação como defensor da criança e curador especial

Bárbara Piffer Grande, 109.

Feminicídio durante a pandemia de covid 19

Gabriel Alves Pontes, 119.

A relevância da psicanálise nas políticas sociais públicas enfoque o direito

Débora Vitória Marcolino Horácio, 134.

Família: núcleo econômico e de reprodução transformado em espaço de afeto e amor.

Izabela Fascina Prioli, 151.

Violência obstétrica – condutas médicas infringentes a autonomia da parturiente

Rafaela Gandolfi Alves, 158.

Breve Análise do Direito a Posse de Arma de Fogo

Joao Paulo de Souza, 171.

Direito civil: limites da obrigação de alimentar

Daiany Chiumarelli de Souza Guimaraes, 183.

Feminicídio: discriminação à condição de mulher

Karen Aline de Freitas da Silva, 198.

A internet e seus meios comunicacionais como fonte ressocializadora do preso

Felipe Augusto da Cruz, 211.

Da imputabilidade penal

Keffilyn Kauani Barroso Montini, 223.

Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação no microsistema das relações consumeristas

Fernando Pelegrina Rosseto, 233.

A Espetacularização do Processo Penal Liberdade de Imprensa e Direitos da Personalidade

Gleison Cornelio Nascimento da Silva, 251.

Responsabilidade por erro médico: uma abordagem multidisciplinar.

Emily Jamili Maximiliano Bigotto Marteli, 261.

Sucessão legítima: os herdeiros necessários e sua ordem de sucessão

Gilson Aparecido Teixeira de Jesus, 279.

Crimes praticados por mulheres, vítimas de violência doméstica.

Gabriel Bocchi da Silva, 285.

CAPITAL SOCIAL vs PATRIMÔNIO SOCIAL

EDUARDO FELIPE FURUKAWA:
advogado¹

Neste artigo, cabe trazer a distinção entre o Capital Social e o Patrimônio Social para que não haja dúvidas em artigos posteriores em relação ao assunto da Desconsideração da Personalidade Jurídica e ainda é um ponto que muitos acabam se confundido na prática.

Pois bem, o Capital Social possui um conceito simples, porém um pouco místico para sua criação. Hoje para uma pessoa mais leiga no assunto, um simples sujeito que vai abrir a sua empresa e pensa que o Capital Social a ser colocado no Contrato Social e enviado para a Junta Comercial, seria o valor total investido para abrir sua empresa.

Cabe uma breve ressalva que, ao se analisar algumas empresas e verificar no site da Receita Federal, o Capital Social colocado nunca irá se refletir no que realmente há de patrimônio, salvo em alguns casos em que o negócio é pequeno. Então a pergunta que fica é, qual o sentido do instituto do Capital Social se hoje, após a lei da liberdade econômica, possibilita a constituição de uma sociedade empresária com R\$1.000,00 (mil reais) ou menos? Ou melhor, a entrada de um sócio no quadro societário da empresa com apenas incríveis R\$1,00 (um real)?

Se for levado em conta que uma das conceituações mais aceitas do Capital Social é de que ele é uma referência do porte da empresa, não se pode levar em conta, por exemplo, um Capital Social no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) e um Patrimônio Social de mais de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), em uma hipótese que essa sociedade seja no regime limitada (LTDA) e contraia uma dívida superior ao seu patrimônio e no fim acabe sendo apenas responsabilizada no valor do Capital Social alocado, porque a Lei determina assim.

Você pode questionar, "Mas há a desconsideração da personalidade quando há fraude ou confusão patrimonial". Porém me diga meu caro e bom leitor, onde está a fraude ou a confusão patrimonial aqui? Se a Junta Comercial deferiu o pedido de abertura de empresa e a Receita Federal deu o CNPJ, isso quer dizer que no decorrer de todo o trâmite administrativo não houve e nem foi achado mínimos indícios para que o pedido fosse indeferido.

Segundo o autor Ivens Henrique Hubert (HUBERT, 2012, p. 50-56), o conceito de capital social nas sociedades comerciais é apenas um elemento da estruturação legal

¹ E-mail: advogado@eduardofurukawa.com

que, como mencionado acima, embora indicado, não é eficaz. Cumpre ressaltar que, o Capital Social informado é nada mais do que o valor que o sócio ou os sócios aportam na sociedade com uma expectativa de lucro futuramente, pois logicamente ninguém investiria em um negócio fadado ao fracasso. E há uma outra possibilidade de que a sociedade seja inteiramente financiada com capital e recursos de terceiros, e que isso seja incluído no Capital Social.

Em palavras do saudosismo autor Fábio Ulhoa Coelho: “as sociedades têm, basicamente, dois meios de obter os recursos de que necessitam, a capitalização e o financiamento. No primeiro caso, recebe dos sócios recursos que ela não tem o dever de restituir ou remunerar, embora possa fazê-lo, se atendidos certos pressupostos econômicos e jurídicos. No segundo caso, seja o financiamento bancário, seja o efetivado por securitização (emissão de debêntures ou comercial papper), ela se torna devedora dos prestadores de recursos, ou seja, tem a obrigação de restituir o valor destes, com os acréscimos remuneratórios”. (COELHO, 2002, p. 156)

As debêntures que o autor cita, é um título de dívida que gera um direito de crédito ao investidor. Ou seja, ele terá direito a receber uma remuneração do emissor (geralmente juros) e periodicamente ou quando no vencimento do título receberá de volta o valor investido (principal). No Brasil, as debêntures constituem uma das formas mais antigas de captação de recursos por meio de títulos. Então as debêntures é como se fosse uma espécie de empréstimo que ela faz com pessoas jurídicas ou físicas na B3 BOVESPA, onde esses sujeitos compram esses papéis de título privado através de uma corretora de valores, e recebem juros do valor total investido após o tempo que a empresa emissora da debênture estipulou para vencimento.

Voltando para o Capital Social, no entendimento dos autores do projeto de Lei 6.404/76, em sua Exposição de Motivos, o Capital Social seria: “O montante de capital financeiro de propriedade da companhia que os acionistas vinculam ao seu patrimônio como recursos próprios destinados de modo permanente à realização do objeto social” (BATALHA, 1977, p. 108) e (MAGALHÃES, 1977, p. 106).

Com o Capital Social em todas as sociedades empresariais, algumas tarefas societárias são configuradas como resultado da integração do conceito de autonomia patrimonial no direito moderno, como assinala Jorge Lobo: “Consagrado, depois de lenta evolução, o princípio excepcional da responsabilidade limitada dos acionistas das anônimas e admitida a constituição do patrimônio separado, consequência direta do reconhecimento da personalidade jurídica das companhias, que impede a execução dos bens dos sócios por dívidas da sociedade, foi necessário elaborar um conceito de capital,

definir lhe as funções e instituir normas para garantir a sua integridade". (LOBO, 1988, p. 55)

Isso apresenta um certo inconveniente quando estamos lidando com LTDA's, pois não é muito coerente quando o sócio ou sócios assinam o valor da dívida, e as leis nesses casos apenas exigem que eles sejam responsáveis dentro de seu Capital Social.

Adiante com a conceituação teórica do capital social, Carvalho de Mendonça ensinava, em sua doutrina do início do século XX, que: "o capital social é um fundo originário e essencial da sociedade, fixado pela vontade dos sócios; é o monte constituído para a base das operações" (CARVALHO DE MENDONÇA, 1963, p. 29)

Já o autor mais recente, Fábio Ulhoa Coelho possui uma caracterização um pouco diferente sobre o assunto: "o capital social de uma sociedade pode ser compreendido como uma medida da contribuição dos sócios, e acaba servindo de referência à sua força econômica". (COELHO, 2002, p. 157)

Como é visto, o conceito do primeiro demandante será um princípio do nascimento da sociedade, um valor digital que começa a funcionar, mas após analisar alguns CNPJ na receita federal e validar as alocações de capital social. No consenso comum, a conceituação do segundo autor está mais próxima da realidade, não dizendo quem está certo e quem está errado, mas o entendimento de que o capital social acaba se tornando referência da situação econômica está mais próximo da realidade atual.

Agora aqui se faz a seguinte analogia: um sujeito que resolve abrir uma pequena panificadora precisará fazer todo o trâmite que qualquer outra sociedade precisa fazer para se regular tanto na Junta Comercial, quanto na Receita Federal, logo hoje com a possibilidade da sociedade unipessoal, esse sujeito logicamente irá colocar o Capital Social em R\$ 1.000,00 ou um pouco mais dependendo da situação. Em um segundo caso que esse sujeito vá abrir um posto de combustível, ele poderia também colocar o Capital Social em R\$ 1.000,00.

É um tanto quanto curioso ao se pensar que o Capital Social de uma pequena Panificadora, em alguns casos, pode se deparar com o mesmo Capital Social de um Posto de Combustível. Antes do ano de 2019 se uma sociedade quisesse se enquadrar com responsabilização limitada, a melhor opção era EIRELI, porém hoje no ano de 2023 podemos começar a ver nos próximos anos, bizarrices como a da analogia feita.

Prosseguindo para a seara do Patrimônio Social, de modo geral é um conjunto de valores de conteúdo econômico, positivos e negativos, vinculados a uma pessoa. Em outras palavras, todo sócio que contrai para si, dívidas, lucros, obrigações e bens, estamos falando de patrimônio social, é um complexo de relações jurídicas, demonstrações

contábeis e seus passivos são divididos em dois grupos: exigíveis, correspondentes a dívidas à companhia e a terceiros; caso contrário, inexigível, no caso do patrimônio líquido (PL). O PL inclui a conta do patrimônio líquido e o detalhamento do valor efetivamente integralizado. O capital de terceiros, que representa por outros meios de aquisição de recursos em nome da empresa, não faz parte do PL, mas está incluído no passivo (exigível) da empresa.

A demonstração contábil inexigível para Comparato é: “Registra as quantias que caberiam aos sócios, na liquidação da sociedade, depois de pagas as dívidas sociais” (COMPARATO, 1995, p. 132).

Sendo o Patrimônio Social um elemento essencial em qualquer sociedade quando se fala que a constitui em extensão da personalidade jurídica.

Para Ivens Henrique Hubert em seu livro Sociedade Empresária e Capital Social, cita que: “Todavia, nas sociedades anônimas e nas sociedades limitadas, o capital social é um elemento imprescindível, na medida em que nelas ele exerce, de modo geral, todas as funções a que se destina. Através dele, define-se uma situação de equilíbrio e distribuição de prerrogativas na sociedade e atribui-se, nos termos das regras definidas para a sociedade, o poder relativo de cada sócio (ou grupo de sócios).” (HUBERT, 2012, p. 56)

É compreensível que para o Autor, nas sociedades limitadas o Capital Social seria um ponto de partida para atribuição de funções dentro da sociedade, como por exemplo, quem será o sócio administrador e responsável pelos atos que os outros sócios possam a vir cometer. No entanto é visto que isso poderia se resolver com um simples acordo ou contrato firmado à parte, pois nem sempre quem integraliza mais capital, possui o interesse de administrar, e nesses casos acabam escolhendo um terceiro para exercer a função de administrador para eles.

E nesse ponto onde não é visto a necessidade em Sociedades Limitadas de haver a comprovação do Capital Social e pior ainda quando na Lei é descrito que nessas sociedades, os sócios apenas irão responder pela cifra denominada no Contrato Social com a integralização do Capital pelo sócio(s).

O MUNDO JURÍDICO HIERARQUICAMENTE CONTAMINADO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

Assistimos atualmente à total perda de rumo, sentido de moralidade, legalidade e autocontenção dos Tribunais Superiores.

Magistrados que se arvoram em investigadores e acusadores, mesmo quando se apontam como vítimas de algum ilícito. Desrespeito a regras do Sistema Acusatório, atropelo de normas constitucionais reescritas de acordo com as conveniências de momento. Imposição de censura por via judicial sem qualquer resquício de vergonha, ainda reconhecendo o ato e afirmando que será apenas daquela vez, excepcionalmente, ciente de que o estado provisório de exceção sempre se convola em perpétuo. Violação descarada de prerrogativas dos advogados, distorcendo e limitando a chamada “ampla” defesa e o contraditório, sem falar no direito de informação. Invenção de novos Direitos Penal e Processual Penal cuja única dogmática consiste no arbítrio da autoridade.

Magistrados que comemoram não a realização pacífica e justa de eleições, mas a vitória de determinado espectro político. E não qualquer magistrado, mas os responsáveis pela fiscalização das próprias eleições. Que afirmam que “eleições não se ganham, se tomam” (sic) e que depois festejam com excitação terem conseguido derrotar a corrente política oposta em evento público. Que deixaram a autocontenção e a prudência de lado, esquecendo-se do ensinamento de que “mesmo o insensato passa por sábio, quando se cala; por prudente, quando fecha sua boca” (Provérbios, 17, 28).

Julgadores que se apegam a narrativas, profecias autorrealizáveis e se manifestam fora dos autos e também neles, proclamando tudo isso e somente isso, sem qualquer fundamento jurídico palpável.

Decretos de prisões sem o menor fundamento, sem sequer crime apontado. Medidas cautelares executadas e mantidas da mesma forma. Desprezo a toda e qualquer atuação de advogados e a seus argumentos, quando muito indeferindo pedidos com decisões de poucas linhas mal alinhavadas.

Julgadores que proferem voto em casos nos quais eles mesmos estão sendo acusados de alguma irregularidade, sem sequer ficarem corados por não se darem, no mínimo, por impedidos.

Julgamentos de casos idênticos ou muito similares pelos mesmos magistrados com decisões opostas de acordo com alguma conveniência ou convicção de natureza ideológica e/ou política em total esquecimento do brocardo latino “ubi eadem ratio ibi idem jus” (onde há o mesmo fundamento haverá o mesmo direito).

Magistrados que se envolvem em discussões no exterior e ao serem xingados ou até supostamente agredidos (nem mesmo eles, mas seu filho adulto transformado pela imprensa em adolescente) naquilo que configuraria no máximo crime contra a honra e contravenção penal de vias de fato, levam o caso para o Tribunal Superior desprezando normas constitucionais de competência, atropelam as regras de extraterritorialidade, determinam buscas para apurar casos que não envolvem essa espécie de diligência (injúria e vias de fato) em nítida “fishing expedition” ou mesmo coisa pior, visando tão somente humilhar e intimidar as pessoas, e distorcem juridicamente toda a situação para afirmar que vias de fato e injúria constituem crime contra o Estado Democrático!

A imparcialidade e até mesmo a *aparência* de imparcialidade jogada fora como um entulho, uma espécie de pedra no meio do caminho.

Isso tudo e muito mais é constatável cotidianamente nas decisões e ações proferidas pelos nossos Tribunais Superiores que contam com a conivência silenciosa e até mesmo com o apoio aberto de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil e de juristas que outrora labutavam pelas garantias e direitos individuais constitucionalmente estabelecidos.

O resultado já por nós alhures antevisto vai se mostrando mediante um fenômeno de “contaminação hierárquica piramidal”. Os males vêm de cima, escorrem como por canaletas diabólicas e se espalham para as bases.

A “contaminação hierárquica”, sociologicamente falando, consiste no fenômeno pelo qual as relações de poder e autoridade de uma organização ou instituição se espalham ou se reproduzem em diversos níveis hierárquicos. Tal conceito demonstra como as dinâmicas e normas que passam a reger determinado nível hierárquico podem influenciar e afetar outros níveis inferiores.

É típico da “contaminação hierárquica” que as relações e práticas que se dão nos níveis mais altos acabem se espalhando e impactando os níveis mais baixos.

Não sem razão já vemos Juízes de Primeiro Grau, Promotores e Delegados de Polícia que claramente sequer leem razões apresentadas por defensores. Vemos pedidos de diligências, seja em Inquéritos Policiais ou em Processos Criminais sem apreciação, necessitando que petições se repitam para que sejam, um dia, apreciadas, muitas vezes já

quando não há mais interesse ou viabilidade do pedido. Arrazoados complexos são apreciados e decididos em três ou quatro linhas onde apenas se veem os vícios da preguiça, da arrogância e um mal – disfarçado sentimento de onipotência com a autorização para fazer o que se quer e não o que a lei, a moral e a razoabilidade mandam.

Já não se trata mais de um problema de natureza jurídica, mas de uma patologia que vai contaminando Judiciário, Ministério Público e Polícia e as perspectivas de cura são cada vez mais remotas quanto mais o mal escorrega de cima para baixo na pirâmide hierárquica.

Enfim, este não é um artigo jurídico, mas um diagnóstico e, infelizmente, talvez, um prognóstico.

MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: A INSALUBRIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

KAREN KAROLINE SÁ:
Discente do Curso de Direito
pelo Centro Universitário de
Santa Fé do Sul-SP².

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA
(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho fora realizado com o objetivo de analisar os aspectos negativos ante a alteração das Normas Regulamentadoras, as quais são requisitos utilizados por técnicos em segurança e saúde do trabalho para garantir a saúde do colaborador. Pautado no Direito do Trabalho, mediante a uma análise introdutória, seguiram analisando mudanças adotadas, que, conseqüentemente, fizeram que os casos de doenças causadas pelos raios solares aumentassem exorbitantemente, uma vez que, sem o apoio da legislação, os cuidados para a prevenção foram diminuindo. Pode-se perceber que, ao retirar a insalubridade ocasionada pelo calor natural do rol das normas, aumentou-se o descuido e a falta equipamentos de proteção, bem como a obrigação ao uso dos EPI's necessários, de modo que as empresas sequer se preocupam em ceder. O trabalho teve como embasamento a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações. Embora o calor de fonte natural tenha deixado de ser considerado insalubre, os chefes de empresa, responsáveis pela segurança de seus servidores, ainda deve existir, de modo que garantam a dignidade em ambiente de trabalho.

Palavras-chave: Normas Regulamentadoras. Direito do Trabalho. Raios Solares. Prevenção. Insalubridade.

ABSTRACT: The present work was carried out with the objective of analyzing the negative aspects of the alteration of the Regulatory Norms, which are requirements used by technicians in safety and health at work to guarantee the health of the collaborator. Guided by Labor Law, through an introductory analysis, they continued to analyze the changes adopted, which, consequently, caused the cases of diseases caused by solar rays to increase exorbitantly, since, without the support of the legislation, care for prevention was decreasing. It can be seen that, by removing the unhealthy conditions caused by natural heat from the list of standards, carelessness and lack of protective equipment have increased, as well as the obligation to use the necessary PPE, so that companies do not

² E-mail: karenkarolsa@gmail.com,

even bother to Give way. The work was based on a literature review based on bibliographical research, through research on websites, doctrines, articles and legislation. Although the heat from a natural source is no longer considered unhealthy, the heads of companies, responsible for the safety of their servers, must still exist, so that they guarantee dignity in the work environment.

Keywords: Regulatory Norms. Labor Law. San rays. Prevention. Unsanitary.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo tratar dos aspectos negativos na alteração das Normas Regulamentadoras, tendo em vista que é o meio utilizado por técnicos em segurança e saúde do trabalho para garantir a prevenção da saúde do colaborador. Em específico, tem-se a Norma Regulamentadora 15, que em seu anexo três, houve uma significativa alteração pela Portaria SEPRT nº 1359, em 09 de dezembro de 2019. Ademais, também será abordado o impacto causado aos trabalhadores.

A iluminação natural traz consigo o calor, que, de forma lógica, pode apresentar um sério risco à saúde humana, de modo que, ao ser exposto com frequência aos raios solares, os indivíduos podem contrair não só doenças de pele, como também outras morbidades, podendo elas serem temporárias, como insolação, ou agravantes e duradouras, como envelhecimento precoce ou catarata.

Considerando os fatos acima, pode-se mencionar que a maior parte da população evitaria a exposição à aurora, mas nem todos possuem isso como opção, uma vez que muitos alcançam seu sustento em lavouras ou trabalhos braçais, a título de exemplo, carregar e descarregar caminhões, sendo obrigados a conviver com essa luminescência constantemente.

Diante disso, certamente a atividade se enquadraria como insalubre, todavia, não é isso que a atualização da Norma nos traz, assim se contradizendo, pois, fica clara a possibilidade de o colaborador adoecer exercendo sua atividade laboral em tais condições, remetendo de modo automático a necessidade de o mesmo receber sua devida insalubridade, bem como sua aposentadoria especial.

A Secretaria Especial de Previdência e Trabalho utilizou como embasamento para a sua decisão as alterações climáticas, ou seja, diante da impossibilidade de mensurar a temperatura do local de trabalho quando a céu aberto, concluíram que não seria palpável citar como insalubre a exposição ao sol, considerando que há dias nublados, chuvosos, bem como dias que são por um tempo ensolarados e o restante encoberto.

De fato, as alterações citadas são existentes, mas, para a prática, há diversos meios tecnológicos que medem, ou até preveem, as alterações climáticas, basta utilizá-las de

forma correta para acolher o trabalhador. Muitas das medidas foram ignoradas, assim mantendo o colaborador exposto a esse agente nocivo sem qualquer suporte.

Atualmente, tem-se medido o Índice de Bulbo Úmido – Termômetro de Globo (IBUTG) para indivíduos que exercem suas funções em quaisquer ambientes quentes de modo artificial, conseguindo distinguir até o tempo em que se fica em exposição, assim diferenciando os colaboradores conforme seu tempo, tipo de trabalho e modo de exposição, mas de forma injusta o Ministério do Trabalho age como se tal tecnologia fosse incapaz de abranger as pessoas que estão a céu aberto, os deixando a míngua.

Sendo assim, no presente artigo foram abordados os aspectos negativos diante da alteração das Normas Regulamentadoras, que foram aplicadas no ano de 2019, mesmo com todo o aumento no aquecimento global e todas as recomendações cada vez mais públicas sobre os malefícios da exposição em luz solar, foi tirado o direito a insalubridade e aposentadoria aos trabalhadores que não possuem uma segunda opção além de se expor a luminosidade para concluir suas atividades remuneradas. Por fim, o artigo foi elaborado tendo como base a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações.

2 DEFINIÇÃO DE INSALUBRIDADE

A insalubridade é uma condição de trabalho que expõe o trabalhador a agentes nocivos à saúde, como ruído, calor, frio, umidade, poeira, produtos químicos, entre outros. Esses agentes podem causar doenças ocupacionais e comprometer a saúde do trabalhador em longo prazo.

Regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e pela Norma Regulamentadora número 15 (NR-15) do Ministério do Trabalho e Emprego. Essas leis estabelecem critérios para identificar e classificar as atividades insalubres, além de definir os limites de tolerância para cada agente nocivo.

As atividades nocivas são classificadas em três graus: mínimo, médio e máximo. O grau mínimo indica que a exposição ao agente nocivo é tolerável por curtos períodos de tempo, enquanto o grau máximo indica que a exposição é extremamente prejudicial à saúde e pode levar a doenças graves.

Os trabalhadores que exercem atividades insalubres têm direito ao adicional, um valor acrescido ao salário que varia de acordo com o grau morboso da atividade. O adicional de insalubridade é um direito garantido por lei e tem como objetivo compensar os riscos à saúde que o trabalhador enfrenta.

A insalubridade é definida pela legislação em função do grau do agente nocivo, levando em conta ainda o tipo de atividade desenvolvida pelo empregado no curso de sua jornada de trabalho, observados os limites de tolerância, as taxas de metabolismo e respectivos tempos de exposição durante a jornada (PANTALEAO, 2022).

2.1 TRABALHOS EM CONDIÇÕES INSALUBRES

Trabalhar em condições insalubres pode ser muito prejudicial à saúde e bem-estar dos trabalhadores. Infelizmente, ainda existem muitos locais de trabalho que não oferecem condições adequadas de higiene e segurança para os seus funcionários.

As condições insalubres podem variar de acordo com o tipo de trabalho, mas algumas das condições mais comuns incluem exposição a produtos químicos tóxicos, altas temperaturas, poeira, umidade excessiva, ruído e vibração. Trabalhadores que são expostos a essas condições por um longo período de tempo podem sofrer danos à saúde, incluindo problemas respiratórios, dermatites, doenças cardíacas e até mesmo câncer.

Para garantir a saúde e segurança dos trabalhadores, as empresas devem seguir as leis e regulamentações de saúde e segurança ocupacional em vigor. Essas leis geralmente incluem diretrizes para garantir que as condições de trabalho sejam seguras e saudáveis, além de exigir a utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs) adequados para cada tipo de trabalho.

No entanto, muitas empresas ainda ignoram essas leis e não fornecem condições adequadas de trabalho para seus funcionários. Nesses casos, os trabalhadores podem buscar ajuda de sindicatos e organizações de defesa dos direitos trabalhistas, além de poderem recorrer aos órgãos responsáveis pela fiscalização e cumprimento das leis trabalhistas.

É importante que os trabalhadores saibam dos seus direitos e não sejam forçados a trabalhar em condições insalubres. Trabalhar em um ambiente saudável e seguro deve ser um direito básico de todos os trabalhadores e as empresas têm a responsabilidade de garantir isso.

2.2 CÁLCULO DA INSALUBRIDADE

A insalubridade é um adicional salarial que deve ser pago aos trabalhadores que exercem atividades consideradas insalubres, ou seja, que expõem o trabalhador a agentes nocivos à saúde, como ruído excessivo, calor, umidade, produtos químicos, entre outros.

Para calcular o valor do adicional de insalubridade, é necessário verificar qual é o grau de insalubridade da atividade exercida pelo trabalhador. Existem três graus de insalubridade: mínimo, médio e máximo. O grau de insalubridade é definido por normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, podendo ser calculado da seguinte maneira:

Para calcular o valor deste benefício deve ser considerado qual o grau de insalubridade em que o trabalhador está exposto durante as atividades exercidas. Segundo a regulação prevista em lei, cada um dos três níveis de insalubridade seguem os respectivos percentuais equivalentes: 10% para atividades com grau de risco mínimo; 20% para atividades com grau de risco médio; 40% para atividades com grau de risco máximo. Por exemplo, uma pessoa que trabalha com uma atividade de grau máximo de insalubridade terá que receber um adicional de 40% somados ao seu salário. Considerando que o salário mínimo em 2022 é de R\$1212,00, o cálculo ficaria: $R\$1.212 \times 0,4 = R\$ 484,80$. Ou seja, além do salário vigente, o trabalhador precisará receber o valor de R\$ 484,80 adicional ao seu salário. (PEREIRA, 2023).

O valor do adicional de insalubridade deve ser pago mensalmente ao trabalhador juntamente com o seu salário. É importante ressaltar que o trabalhador tem o direito de receber o adicional mesmo que ele esteja utilizando equipamentos de proteção individual (EPIs) adequados para a sua atividade, uma vez que esses equipamentos não eliminam completamente os riscos à saúde do trabalhador.

3 MUDANÇAS ADOTADAS NAS NORMAS REGULAMENTADORAS

Inúmeras foram às mudanças ocorridas em nosso sistema trabalhista, dentre elas, algumas voltadas diretamente à saúde do colaborador. Diante disso, as Normas Regulamentadoras, que ditam obrigações que devem ser seguidas pelo empregado e empregador objetivando um ambiente de trabalho seguro e sadio, tiveram de se adequar a essas mudanças também.

O especialista e consultor de Saúde e Segurança do trabalho, Pedro Valdir Pereira, não perdeu a oportunidade de comentar e divulgar sua opinião acerca das mudanças sofridas na Norma Regulamentadora 15, em seu anexo três, a qual apesar de suas diversas alterações, trouxe consigo uma de maior visibilidade, assim pontuando:

A principal alteração é que após décadas de inconformidades de especialistas e empresários, e finalmente, o calor de fonte natural deixa de ser considerado como insalubre. Apenas o calor em

ambiente fechado e de fontes artificiais será caracterizado como insalubre grau médio – 20%. Todavia, a proteção e a prevenção da exposição a situações térmicas fora dos padrões aceitáveis deverão haver a demonstração (sob penas de multas) do efetivo controle (PEREIRA, 2019).

Deste modo, fica notória a alteração na norma e o impacto na vida do trabalhador; aos trabalhos com fonte de calor artificial, as mudanças vieram de modo positivo, assim calculando o IBUTG por meio da taxa metabólica de cada função exercida, bem como tempo de execução.

Por outro lado, se tratando de fontes naturais de calor, pode-se notar a alteração de modo negativo, de modo que, apesar da dificuldade e adversidade encontrada para executar seu serviço sob a influência de luz e calor solar, o executor não possui seu direito a insalubridade.

Com tal alteração, o trabalhador exposto ao sol, que não exerce qualquer função interna, sequer tem sua temperatura medida pelos aparelhos adequados, considerando que o sol seria uma fonte de calor natural, ou seja, trabalhadores como entregadores ou pessoas que trabalham em lavouras possuem sua taxa metabólica gasta no exercer de sua profissão por exposição em excesso ao calor, totalmente desconsiderada.

4 ALTERAÇÕES NA METODOLOGIA E CRITÉRIO

Com a mudança na lei, também veio à mudança no modo de efetuar todo o cálculo feito pelos profissionais da área de saúde e segurança do trabalho, cálculos que são responsáveis para determinar se o indivíduo terá direito ou não de receber insalubridade e equipamentos de prevenção fornecidos pela empresa.

Antes de tal alteração, a norma sofria inúmeras críticas sobre possíveis lacunas nos procedimentos de avaliação de calor, pois os empresários julgavam injusta a necessidade de arcar com custas de insalubridade a um colaborador que não ficava exposto ao agente nocivo, que no caso seria o calor, durante toda sua jornada de trabalho, a fim de corrigir tal demanda, os legisladores alteraram o cálculo, o que de fato tapou as lacunas citadas, porém incorreu na abertura de novas lacunas.

Hoje, é possível averiguar e aplicar ou retirar a insalubridade do trabalhador com a consideração de toda sua jornada, mesmo que o mesmo fique exposto ao calor por um curto prazo, isso será levado em consideração, exceto aos trabalhadores expostos a luz solar, o que é a grande lacuna da lei atual, pois a mesma desconsidera toda a exposição do trabalhador, mesmo que seja sua jornada completa, o deixando exposto ao calor e iluminação, sem equipamentos de proteção ofertados de modo obrigatório pela empresa,

sem a remuneração por insalubridade e sem o recolhimento para o INSS, que no caso seria destinado a sua aposentaria especial por passar boa parte de sua vida trabalhando em meio insalubre.

O instrumento utilizado hoje para tal medição se chama termômetro de globo, o mesmo é constituído por uma unidade ergonômica com Tripé com regulagem de altura. O Termômetro de globo (Medidor de Stress Térmico) calcula automaticamente o IBUTG interno e externo e indica separadamente as temperaturas de bulbo úmido, seco e de globo, com alimentação por bateria recarregável.

Onde antes das alterações apresentadas neste artigo, o termômetro de globo era utilizado para a medição da temperatura de trabalho, seja ele exercido dentro ou fora da empresa, para assim iniciar o cálculo da taxa metabólica do colaborador, mas com a alteração, o termômetro é utilizado apenas para medir a temperatura de trabalho em locais fechados, e as taxas metabólicas são pré-estabelecidas na NR 15 em seu anexo 3.

5 AUMENTO DE DOENÇAS CAUSADAS POR RAIOS SOLARES

A propagação do calor é uma forma de energia que se transfere de um sistema para outro em virtude de uma diferença de temperatura entre os mesmos e ocorre pelo ar e se dá a partir da fonte geradora natural (sol) ou artificial geradas por máquinas e equipamentos presentes no processo produtivo.

A partir do aumento da industrialização, o chamado efeito estufa vem aumentando gradativamente, de modo que causa aos indivíduos um infeliz e alto índice de radiação solar, bem como um significativo aumento nas sensações térmicas e alterações nas devidas estações do ano, conseqüentemente elevando o índice de doenças causadas por tal incidência, principalmente quando exposto em longo prazo e sem os devidos equipamentos ou produtos para auxiliar na segurança.

Conforme um estudo feito por Francineide Amorim Costa Santos (2018, p. 142), o efeito estufa seria algo comum, porém a emissão de gases poluentes está acelerando essa reação, trazendo uma temperatura altíssima para a superfície terrestre, gases que são emitidos diariamente por carros, máquinas agrícolas e indústrias.

Acerca das desvantagens, são inúmeras, como a imissão de raios ultravioletas e calor exacerbado. Acerca das atividades comuns e cotidianas, fica notória a influência da luz solar, de modo que a utilizamos para atos simples de nosso cotiado. A partir disso, causa-se o seguinte questionamento, se o calor emitido naturalmente é capaz de secar roupas em exposição, quais danos podem ser causados em um ser humano exposto de modo contínuo?

Há que se mencionar também que além da exposição ao sol, os trabalhadores estarão exercendo uma constante ação, o que acaba por causar uma significativa alteração na sensação térmica até mesmo em ambientes climatizados, assim os deixando com um desconforto térmico, maior que o devido, mas atualmente se utiliza de cálculos para reparar essa sensação com equipamentos de segurança e auxílio financeiro, conhecido como insalubridade, apenas sob a incidência de calor artificial, como em caldeiras ou carvoarias.

A exposição por um longo tempo ao calor excessivo pode causar diversos problemas, tais como a incapacidade de se concentrar, ansiedade, depressão fraqueza e até um aumento da irritabilidade. E em casos mais graves, podem ocorrer alterações físicas como desidratação, aumento da pulsação, perturbações das funções digestivas, hipertensão, sudorese, distúrbio nos mecanismos circulatório sanguíneo, podendo ocorrer vaso dilatação e câimbras (espasmos e dor nos músculos do abdômen e das extremidades).

O autor e pesquisador Lucas Mora (2011, p.77) salienta que “os cortadores de cana-de-açúcar estão submetidos a condições de risco de estresse térmico”, o que acaba por demonstrar a grande possibilidade de decadência na saúde do colaborador, sendo ignorado o fato de preservação de sua dignidade e integridade física, bem como admitir que tais danos não são suficientes qualitativos para iniciar um plano de ação de proteção ao colaborar, pelo contrário, foram retirados seus devidos direitos.

6 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Sempre que o colaborador exerce uma função dada como insalubre, além dos benefícios remunerados, também há a obrigação de se utilizar os equipamentos de proteção individuais necessários para diminuir ao máximo os riscos que podem sofrer exercendo sua função, assim o empregador necessita de capacitar o empregado sobre como e quando utilizar tais equipamentos, bem como ceder os mesmos para seu uso obrigatório e a cooperativa também fica obrigada a pagar taxas de INSS adequadas a uma possível aposentadoria especial devido ao tempo de trabalho exposto a um local insalubre.

Ao retirar a insalubridade do que se relaciona o calor natural, se retira também a obrigação ao uso dos EPI's necessários, de tal forma que, sendo apenas equipamentos ou produtos recomendados ou trabalhador, e não mais obrigatórios, as empresas sequer tem a essencialidade em ceder e ensinar a utilidade do mesmo, assim quem possui o conhecimento da nocividade do sol, buscará os próprios equipamentos, mas infelizmente não é uma realidade de todos os brasileiros, bem como não é parte da realidade dos mesmos o conhecimento que apesar de determinados dias serem nublados a radiação segue como maléfica a saúde física e mental.

Assim como o Hospital Nove de Julho (DZIK, 2021) alerta, o principal causador do câncer de pele seria a exposição ao sol sem utilização de protetor solar, ou uso dos equipamentos necessários, ou seja, deixar o trabalhador exposto e sem a devida orientação e amparo, seria uma condenação a adquirir doenças solares de forma natural.

Os mais afetados com tais alterações foram os conhecidos trabalhadores rurais, os quais segundo uma pesquisa apresentada por Elisabel Ferriche e Lincoln Macário (2014) para a Câmara dos Deputados, possuem uma taxa de analfabetismo de 20% e um abandono escolar de 70%, podendo notar o quão necessário se faz a orientação de especialistas para a utilização de produtos, para assegurar a vida desse indivíduo em sua atividade laboral.

Considerando um indivíduo que seja leigo, tanto quanto aos seus direitos, como sua delicadeza perante a luminosidade, se torna simples a persuasão ao trabalho exposto a tal perigo sem as devidas orientações, ou seja, o trabalhador se submete à exercer aquela função, pois não consegue mensurar os riscos permanentes que está correndo, ou até a possibilidade de receber algo extra em sua renda.

Também há de ser levada em consideração a conhecida aposentadoria especial, onde o trabalhador que opera em situações insalubres durante boa parte de sua vida possui direito, ou seja, retirando esta insalubridade também é retirada essa aposentadoria, ou em casos piores onde o colaborador passa a ter ciência de seu direito já após ter trabalhado por anos sem o mesmo, pode se ingressar judicialmente com o pedido para aposentadoria, que por diversas veze são concedidos, o que se pode considerar um prejuízo para o governo, pois é disponibilizada a aposentadoria especial e um individuo que não recolheu os valores devidos durante toda sua trajetória de trabalho

7 CONCLUSÃO

Se faz necessário considerar as inúmeras alterações que as Normas Regulamentadoras sofreram até o presente momento, sempre visando cuidar da saúde do colaborador, porém em 2019, não houve essa motivação, de modo que se criou uma lacuna, pois diante da ausência de regulamentação acerca da obrigação de equipamentos de segurança, tem-se notado um retrocesso, visando que a norma foi alterada para se retirar as lacunas que já possuía, mas ocorreu que corrigiram alguma lacunas de fato, mas infelizmente criaram novas.

Ademais, sendo a tecnologia considerada uma grande aliada para todos os estudos acerca da incidência da aurora na superfície terrestre, o legislador foi omissivo e não julgou a tecnologia suficiente para mensurar a quanto afeta o trabalhador ao exercer sua atividade laboral a céu aberto, pois seria imprudente alegar que todo nosso acervo

tecnológico, capaz de calcular a chuva e temperatura média de um ano todo, disponíveis para utilização em grande escala não seria capaz de julgar durante um ano em determinada região por quanto tempo um colaborador ficou exposto por calor e luz excessiva emanados de modo natural pelos raios de sol.

O grande objetivo da análise de incidência do calor solar na vida do empregado deveria ser o tratamento de seu bem estar e dignidade, pois o empregador está naturalmente em um local de privilégio perante o seu funcionário, considerando não só sua condição financeira, mas também de estudo, sendo assim, seria ético e moral que o mesmo prezasse pelo seu colaborador e buscasse sempre oferecer condições minimamente agradáveis de trabalho, não permitindo que o mesmo ficasse exposto a um agente nocivo que pode alterar sua vida de modo permanentemente negativo.

Todavia, as alterações na Norma Regulamentadora se mostram contrárias, de modo que está desclassificando todos os riscos sofridos pelo trabalhador exposto ao ar livre ao retirar seu direito a insalubridade e aposentadoria especial, tentando demonstrar que tal ação seria completamente salubre e livre de riscos, o que em muitos cenários pode fazer o próprio colaborador crer nesta suposição.

Ademais, a Saúde e Segurança do Trabalho que alegam prezar pelo mesmo, não se pronunciam, deixando o funcionário desamparado, que, ante a inércia, acaba por afetar a qualidade de vida do indivíduo de formas permanentes sem sequer dispor de medidas e equipamentos atenuantes, e por diversas vezes ao chegar em seu limite e ter sua vida realmente afetada, o colaborador acaba por se aposentar pois se torna impossível seguir a vida trabalhando com a doença a qual o mesmo adquiriu.

Em casos de aposentadoria, pode-se alegar que o Estado ficaria no prejuízo, pois atualmente nossa aposentadoria é conquistada devido a recolhidas trabalhistas ao longo de nossas vidas, assim completando o tempo de contribuição e recebendo tal benefício, e em casos de trabalhos insalubres, e empresa necessita de recolhidas especiais, afinal o colaborador irá se aposentar antes do prazo estipulado para quem opera em condições agradáveis de trabalho, mas não é o que ocorre e ao solicitar judicialmente, o colaborador pode ter sua causa ganha e o governo arcará com uma aposentadoria a qual não foi devidamente recolhida em seu tempo de profissão.

Por todo o exposto, os profissionais que zelam pela saúde e segurança do trabalhador, deveriam analisar as alterações feitas em suas normas com um olhar mais humano e minucioso, tentar de fato estar ao lado do trabalhador, e lhe tratar com o devido respeito e dedicação.

REFERÊNCIAS

BORELLI, Shirlei. **As idades da pele; Orientação e prevenção**. 2º edição. SENAC. Editor Dr. Silvano Raia. 18 de maio de 2004.

DZIK, Carlos. **Câncer de Pele: exposição excessiva ao sol é a principal causa**. 2021. Hospital nove de julho. Disponível em: [https://www.h9j.com.br/pt/sobre-nos/blog/exposicao-excessiva-ao-sol-e-causa-do-cancer-de-pele#:~:text=de%20pele%E2%80%8B-,O%20c%C3%A2ncer%20de%20pele%20%C3%A9%20uma%20doen%C3%A7a%20provocada%20pelo%20crescimento,a%20exposi%C3%A7%C3%A3o%20excessiva%20ao%20sol](https://www.h9j.com.br/pt/sobre-nos/blog/exposicao-excessiva-ao-sol-e-causa-do-cancer-de-pele#:~:text=de%20pele%E2%80%8B-,O%20c%C3%A2ncer%20de%20pele%20%C3%A9%20uma%20doen%C3%A7a%20provocada%20pelo%20crescimento,a%20exposi%C3%A7%C3%A3o%20excessiva%20ao%20sol.). Acesso em: 25 jul. 2022.

FERRICHE, Elisabel; MACÁRIO, Lincoln. **Educação no Campo sofre com fechamento de escolas e elevada taxa de analfabetismo**. 2014. Rádio Câmara. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/498211-educacao-no-campo-sofre-com-fechamento-de-escolas-e-elevada-taxa-de-analfabetismo/?pagina=2#todas-edicoes>. Acesso em: 25 jul. 2022.

JUNGES, Alexandre Luis; SANTOS, Vinicius Yuri dos; MASSONI, Neusa Teresinha, MORA, Lucas Daniel. **Efeito do calor nos trabalhadores de corte de cana de açúcar: uma análise com base em perícias ambientais judiciais**. Disponível em: <http://revistailuminart.ti.srt.ifsp.edu.br/revistailuminart/index.php/iluminart/article/view/125>. Acesso em: 25 jul. 2022.

MUDANÇAS LEGAIS – AVALIAÇÃO DE CALOR – ANEXO N°3 (CALOR) DA NR 9, Segvida, 04 de março de 2020. Disponível em: <https://www.segvidamg.com.br/mudancas-legais-avaliacao-calor-anexo-no-3-calor-da-nr-9/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA APROVA ANEXO 3 DA NR 9 E ALTERA ANEXOS DAS NR N° 15 E N° 28, Conexão ao trabalho, 11 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/RT%20Informa%20N.%2005%20janeiro%20-%20Aprovado%20Anexo%20da%20NR%209%20e%20alteracoes%20nas%20NR%2015%20e%2028%20%2B%20quadro%20comparativo.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

NASCIMENTO, Kauê Augusto Oliveira; EMMERT, Fabiano; ROBERT, Renato César Gonçalves. **Exposição ocupacional ao calor na exploração florestal: Regime de pausas da norma brasileira versus regime natural**. 2017. Biofix. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/biofix/article/view/56341/33955>. Acesso em: 25 jul. 2022.

NORMAS REGULAMENTADORAS 9 15 28 SÃO ALTERADAS, **Contábeis**, 11 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/legislacao/5214246/portaria-seprevt-1359-2019/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

PEREIRA, Pedro Valdir. **As mudanças nas Normas Regulamentadoras – alterações nas NRs 9, 15, 16 e nova NR-20**. 2019. RSDATA. Disponível em: <https://www.rsdata.com.br/quais-foram-as-alteracoes-das-nrs-9-15-16-e-a-nova-nr-20/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

REIS, Felipe Rovere Diniz. **Avaliação e controle do risco de estresse térmico dos trabalhadores no corte manual de cana-de-açúcar**. Disponível em: <https://cdn.publisher.gn1.link/rbmt.org.br/pdf/v12n2a04.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

SANTOS, Francineide Amorim Costa. **Efeito estufa e aquecimento global: uma abordagem conceitual a partir da física para educação básica**. 2018. UFRGS. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/194261>. Acesso em: 25 jul. 2022.

NORMAS JURÍDICAS COM A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

RODRIGO FERRARI BRANDÃO:

Graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de abordar sobre a evolução das normas jurídicas em acompanhamento ao crescente avanço tecnológico, onde a cada dia aumenta o número de usuários da internet e das diversas atividades que são realizadas através do ambiente digital, como compra e venda de produtos, pagamentos, operações financeiras, ocasionando o aumento expressivo do número de crimes cibernéticos cometidos no Brasil, especialmente após o isolamento provocado pela pandemia do Covid 19. Houve a necessidade da criação e modificação de leis, com aplicação de penas mais duras, buscando inibir a prática desses atos delituosos, que possuem uma grande dificuldade na investigação e punição dos autores.

Palavras-chave: Tecnologia. Internet. Crimes Cibernéticos. Aplicação do Direito.

ABSTRACT: The present work has the purpose of addressing the evolution of legal norms in keeping with the growing technological advance, where every day the number of internet users and the various activities that are carried out through the digital environment, such as buying and selling products. , payments, financial operations, causing a significant increase in the number of cyber crimes committed in Brazil, especially after the isolation caused by the Covid 19 pandemic. practice of these criminal acts, which have great difficulty in investigating and punishing the perpetrators.

Keywords: Technology. Internet. Cyber Crimes. Application of Law.

1 INTRODUÇÃO

O direito sempre busca resolver os conflitos que a sociedade esta vivenciado, e com a evolução da internet e do aumento dos adeptos ao uso, grande parte de nossas atividades diárias, como transações financeiras e compra e venda de produtos, passaram a serem realizadas através do ambiente virtual, assim surgindo novos conflitos na sociedade, pois criminosos, aproveitando a inexistência de leis que tipificavam os crimes cibernéticos, passaram a cometer os crimes, sem que fossem responsabilizados por seus atos.

O termo “cibercrime” surgiu no final da década de 90 e a partir de então o termo passou a ser usado para designar delitos penais praticadas na internet.

Para Rocha (2017, p.16):

Todo o tipo de conduta delituosa é praticada online, desde pedofilia, prostituição, tráfico, pirataria, até sabotagem e terrorismo. A digitalização dos métodos de trabalho tem causado em muitos países, inclusive ao Brasil, transtornos provocados por uma nova onda de crimes cibernéticos. Só neste ano foram registrados inúmeros sequestros de informações de empresas e hospitais por todo mundo.

No Brasil a primeira lei criada para tipificar e coibir a ação dos criminosos no ambiente virtual aconteceu no ano de 2012, e desde então as normas vem passando por modificações, visando acompanhar o avanço da tecnologia e do aumento dos crimes cibernéticos, buscando adequar a normas jurídicas com a nossa realidade.

2 EVOLUÇÃO DAS NORMAS

A primeira mudança na legislação brasileira, para tipificar os crimes cibernéticos, foi a criação da Lei 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann. A lei recebeu o nome da atriz que teve seu computador invadido e passaram a exigir dinheiro para não divulgar suas fotos íntimas. Porém a lei trazia penas muito baixas que não inibiu a praticas dos crimes. Para Castro (2013, p. 2):

A Lei deveria ter criado a responsabilidade criminal dos administradores dos sites de redes sociais por injúrias, difamações, calúnias e demais crimes praticados contra terceiros, por falta de controle de acesso, embora faturem bilhões de dólares, utilizando, por exemplo, a tão comentada teoria do conhecimento do fato, responsabilidade objetiva.

A Lei 12.737/2012, tipificou como crime a invasão de dispositivo, sendo acrescido no Código Penal os artigos 154-A e 154-B.

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

No ano de 2014 foi criada a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, estabelecendo, entre outras regulamentações, que os provedores de conexão, que **são aqueles que promovem o acesso do usuário com a internet, por exemplo, a empresa Vivo**, bem como os provedores de aplicação de internet, como exemplo as redes sociais, deveriam guardar os registros de utilização de seus usuários. Registros estes que fornecem dados necessários para a identificação de um usuário da internet, no caso da prática de um crime no ambiente virtual. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo,

em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

A Lei 12.965/14 determinou também, no artigo 10, que somente com ordem judicial poderá ocorrer a quebra do sigilo dos dados e informações existentes nos provedores.

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º .

Porém as leis ainda não foram suficientes para coibir os crimes cibernéticos, pois as penas previstas ainda eram brandas e número de crimes continuou crescendo, causando uma sensação de insegurança no uso da internet.

Assim, continuando a evolução das normas jurídicas, tivemos outro marco importante para nossa legislação, que foi a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018, que foi sancionada no ano de 2018, porém entrou em vigor no ano de 2020, e passou a proteger os dados pessoais dos usuários da internet, trazendo entre as garantias previstas a necessidade do consentimento do usuário para tratamento de seus dados, bem como com a possibilidade de revogar o consentimento, ou seja, o usuário precisa ter conhecimento total sobre a forma como os seus dados serão tratados e quem terá acesso a eles, com sanções previstas para as empresas que armazenam dados pessoais de forma incorreta.

Durante a pandemia do Covid 19 o mundo ficou em isolamento e precisou se conectar mais tempo com a internet, até mesmo pessoas que ainda não possuíam muita afinidade com equipamentos eletrônicos tiveram a necessidade de utilizarem os meios digitais. Com isso os criminosos passaram a intensificar o cometimento de crimes digitais, principalmente crimes de estelionato.

Com o surgimento de novos crimes digitais, surgiu a necessidade de aplicação de uma legislação que reprimisse os crimes praticados com punições mais duras, capazes de intimidar os infratores e puni-los.

Com esse fundamento foi criada a Lei 14.155/2021, que prevê penas mais severas e que podem ser até aumentadas, como no caso do crime de violação de dispositivo informático e furto e estelionato cometidos no ambiente virtual. Lei 14.155 de 27 de maio de 2021:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

§ 4º-B. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso:

I – Aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – Aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A Lei de violação de dispositivo informático ficou mais dura em suas penalidades e houve a definição de crime a fraude eletrônica:

Fraude eletrônica

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

Também no ano de 2021, o Brasil aderiu a Convenção de Budapeste, que é um tratado internacional que tem o objetivo de facilitar a cooperação para o combate dos crimes cibernéticos, um passo muito importante, pois os crimes digitais não encontram fronteiras. A Convenção de Budapeste tem o propósito de unir países no combate aos crimes cibernéticos. BRITO (2013, p. 49) fala que:

A Convenção possui três objetivos específicos, a saber: (a) harmonizar a tipicidade penal no ambiente do ciberespaço pelos Estados signatários; (b) definir os elementos do sistema de informática promovendo a unidade na interpretação da legislação penal interna e possibilitar a credibilidade da prova eletrônica no ambiente virtual; (c) implementar um sistema rápido e eficaz de cooperação internacional no combate à criminalidade informática.

3 DIFICULDADES NA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES COMETIDOS NO AMBIENTE VIRTUAL

3.1 CADASTRO DE LINHAS DE TELEFONES CELULARES

No Brasil a Lei nº 10.703 de 2003 regulamenta o cadastro de linhas de telefones celulares pré-pagos. A lei estabelece que as prestadoras de serviços de telecomunicações na modalidade pré-paga, devem manter o cadastro atualizados dos usuários, e atribuiu para a Agência Nacional de Telecomunicações a fiscalização no cumprimento, porém a lei não exige nenhuma forma de validação no cadastro, possibilitando que criminosos comprem "chips" de telefone, como por exemplo em uma banca de jornal, e realize o cadastro com dados falsos, ativando linhas pré-pagas em nome de terceiros e após praticando crimes utilizando aquele número de telefone.

Visando cumprir a lei e aumentar a segurança para os usuários, conseqüentemente diminuindo fraudes utilizando cadastros falsos, as prestadoras de telefonia móvel (Algar,

Claro, Oi, Sercomtel, TIM e Vivo) apresentaram um Plano de Ação Setorial, que foi aprovado pela Agência Nacional de Telecomunicações, que busca a melhoria no procedimento de ativação de chips pré-pagos, assim, conforme informando no portal "gov.br", desde o mês de novembro de 2021, algumas prestadoras de telefonia móvel passaram a adotar um procedimento mais criterioso de validação dos cadastros, onde além dos dados anterior exigidos, solicitam o envio de uma foto do documento de identificação, bem como uma foto do rosto do usuário a ser cadastrado.

3.2 USO DA INTERNET NO BRASIL

A Lei 12.965/14 regulamentou o uso da internet no Brasil, determinando que os provedores deveriam guardar os registros de utilização de seus usuários, porém os criminosos encontraram brechas para continuarem no anonimato.

Todo equipamento conectado a internet possui um número de identificação exclusivo, chamado de endereço IP, que é um identificador que informa quem você é na internet, no entanto, para continuarem no anonimato, os criminosos passaram a utilizar de meios, como a VPN (*Virtual Private Network*), uma seja, uma rede privada virtual, que funciona como um intermediário entre o usuário e a internet, onde é ocultado a verdadeira identificação do usuário, atribuindo um endereço IP virtual, encobrendo até mesmo a localização do titular dos dados.

A maioria dos serviços de VPNs são fornecidos por empresas localizadas em outros países, onde há restrições mínimas para o uso, assim grande parte das empresas não armazenam os registros dos acessos e atividades de seus usuários, não cumprindo com a exigência do artigo 13 da Lei 12.965/14, nosso Marco Civil da Internet.

A utilização de VPNs é justificada com preocupações relacionadas com privacidade e segurança, porém no caso de um usuário da internet cometer um crime, utilizando uma rede privada virtual de uma empresa localizada em outro país, que não armazena os dados de seus usuários, impossibilitará a sua identificação.

Assim nos leva a questionar a legalidade desses serviços, pois empresas que alegam não manter os registros de conexão não estariam de acordo com a nossa legislação vigente.

3.3 RECONHECIMENTO FACIAL

A tecnologia de reconhecimento facial, que é um procedimento biométrico automatizado destinado à identificação humana, sendo realizado a partir da captura de

uma imagem facial, já é utilizada em diversos países, na identificação de autores de crimes, na localização de foragidos da justiça, identificação de suspeitos, entre outros.

No Brasil alguns Estados começaram a utilizar a tecnologia, principalmente pelas forças policiais, porém ainda não há nenhuma legislação regulamentando o uso da tecnologia de reconhecimento facial, existindo somente projetos de lei em tramitação.

O Projeto de Lei 3069/22, que visa regulamentar o uso do reconhecimento facial automatizado pelas forças de segurança pública em investigações criminais ou procedimentos administrativos e o Projeto de Lei 2392/22 que dispõe sobre o uso de tecnologias de reconhecimento facial nos setores público e privado, proibindo o uso de tecnologias de reconhecimento facial para fins de identificação nos setores públicos e privado sem que haja relatório prévio de impacto à privacidade das pessoas.

Diante aumento no número dos casos de crimes cibernéticos, que são praticados na maioria das vezes utilizando documentos e dados falsos, os bancos digitais, operadoras de telefonia e demais empresas digitais, passaram a solicitar não só documentos e dados pessoais, mas também uma foto do rosto do usuário no momento da realização do cadastro, buscando assim dificultar, por exemplo, a abertura de uma conta bancária, em um banco digital, utilizando documentos falsos.

Neste caso, a tecnologia de reconhecimento facial automatizado poderá ser utilizada para identificar o autor do crime, pois mesmo que o cadastro tenha sido realizado com documentos e dados falsos, a foto da pessoa é verdadeira, podendo assim o autor ser identificado em buscas nos bancos de dados como o da carteira nacional de habilitação ou documento de identidade.

No Brasil o reconhecimento facial automatizado ainda é uma tecnologia recente e pouco utilizada, mas já existem vários questionamentos e debates sobre seu uso e até sugestões de suspensão na aplicação enquanto não houver regulamentação específica, como diz o autor do Projeto de Lei 2392/22, o deputado Guiga Peixoto, que alerta para os riscos do uso indiscriminado do reconhecimento facial, desconsiderando erros na identificação, mau uso de dados pessoais, além de fraudes, roubo de identidades, entre outros. O deputado afirma que: "A consequência do mau uso desses dados pode ser extremamente nociva para os cidadãos. Imagine-se a hipótese de uma pessoa ser presa por erros na identificação ou então o constrangimento de ter negado o acesso a determinado estabelecimento do qual é sócio".

4 CONCLUSÃO

Houve uma evolução das normas jurídicas com relação ao avanço da tecnologia, novas leis foram criadas e outras passaram por modificações, com penas mais duras, porém ainda há muita dificuldade na aplicação do direito para crimes cibernéticos.

Na maioria dos crimes cometidos no ambiente virtual ainda não é possível identificar o autor da ilicitude, pois os criminosos se utilizam de dados falsos, como ocorre no cadastro de números de telefones, bem como empresas que não armazenam em seu banco de dados informações importantes para identificação de seus usuários, criminosos que utilizam de artimanhas para ocultar sua identificação, utilizando, por exemplo, de redes privadas virtuais direcionadas a outros países, onde as empresas não fornecem qualquer informação sobre os usuários de sua rede.

A tecnologia continua avançando e as normas jurídicas devem seguir em paralelo com essa evolução, como ocorre atualmente com o tema do reconhecimento facial, que é uma ferramenta muito importante, que precisa ser regulamentado o seu uso, promovendo meios para auxiliar no combate aos crimes cibernéticos e conseqüentemente ser aplicado o direito, punindo os autores de tais crimes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Mateus De Araújo. Crimes Digitais: Análise da Criminalidade Digital Sob A Perspectiva do Direito Processual Penal e do Instituto Da Prova, São Paulo, Editora Dialética, 2020.

BRASÍLIA, LEI 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de maio de 2023.

BRASÍLIA, LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de maio de 2023.

BRASÍLIA, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de maio de 2023.

BRASÍLIA, LEI Nº 14.155, DE 27 DE MAIO DE 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de maio de 2023.

BRASÍLIA, LEI No 10.703, DE 18 DE JULHO DE 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de maio de 2023.

CASTRO, Luiz Augusto Sartori. Texto ruim inviabiliza Lei Carolina Dieckmann, afirmam advogados. Disponível em: <http://www.institutotelecom.com.br/texto-ruim->

[inviabiliza-lei-carolina-dieckmann-afirmam-advogados/](#). Acesso em 14 de novembro de 2022

CONSELHO DA EUROPA. CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME. Budapeste, 2001. Disponível em: <https://www.safernet.org.br/site/sites/default/files/Convencao-sobre-o-Cibercrime.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2023.

ROSA, Fabrício. Crimes de Informática. Campinas, Editora Bookseller, 2006.

ROCHA, Adriano Aparecido. Cibercriminalidade os Crimes Cibernéticos e os Limites da Liberdade de Expressão na Internet. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.faef.br/userfiles/files/23%20-%20CIBERCRIMINALIDADE%20E%20OS%20LIMITES%20DA%20LIBERDADE%20DE%20EXPRESSAO%20NA%20INTERNET.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2023.

SENADO, Aprovada adesão do Brasil à Convenção sobre o Crime Cibernético. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/15/aprovada-adesao-do-brasil-a-convencao-sobre-o-crime-cibernetico>. Acesso em 22 de maio de 2023.

PORTAL GOV.BR, Projeto Cadastro Pré-Pago. Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/dados/utilidade-publica/cadastro-pre-pago>. Acesso em 22 de maio de 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 3069/2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2345261>. Acesso em 22 de maio de 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 2392/2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2334803>. Acesso em 22 de maio de 2023.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO PERÍODO GESTACIONAL, DURANTE E APÓS O PARTO, E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

VICTÓRIA BÁRBARA SANTOS SILVA:
graduanda em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis³.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: A violência obstétrica é definida como um conjunto de ações e omissões que podem ser praticadas por profissionais da saúde, incluindo médicos, enfermeiros, dentistas, psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros obstetras e demais profissionais do ramo da saúde. Porém, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a violência obstétrica é um conjunto de práticas que dificultam ou impedem o acesso aos cuidados médicos. Segundo a OMS, a violência obstétrica é considerada um grave problema de saúde pública, pois além de representar um ataque à dignidade e direitos fundamentais da mulher, pois o que deve ser preservado é a segurança e a tranquilidade da parturiente. Desde abusos verbais, restringir a presença de acompanhante, procedimentos médicos não consentidos, violação de privacidade, recusa em administrar analgésicos, violência física, entre outros.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Parturiente. Dignidade.

ABSTRACT: Obstetric violence is defined as a set of actions and omissions that can be practiced by health professionals, including doctors, nurses, dentists, psychologists, social workers, obstetric nurses and other professionals in the health field. However, according to the World Health Organization (WHO), obstetric violence is a set of practices that hinder or prevent access to medical care. According to the WHO, obstetric violence is considered a serious public health problem, because in addition to representing an attack on the dignity and fundamental rights of women, what must be preserved is the safety and tranquility of the parturient woman. From verbal abuse, restricting the presence of a companion, non-consensual medical procedures, violation of privacy, refusal to administer painkillers, physical violence, among others.

Keywords: Obstetric Violence. Parturient. Dignity.

1. INTRODUÇÃO

³ E-mail: vitoriabarbarass3@gmail.com

O parto é um processo fisiológico pelo qual o ser humano é expelido do ventre materno. A história do parto é tão antiga quanto a própria história da humanidade, tendo sido descrita em diversas obras literárias, religiosas e históricas ao longo dos séculos, portanto, a partir dessas descrições, é possível inferir que sempre foi um evento marcado pelo sofrimento, pela dor e pela violência, sendo a mulher a principal vítima.

Na antiguidade, a figura feminina era associada às forças obscuras e ao mundo inferior, sendo considerada um ser impuro e sujeito às influências do demônio. Essa crença era tão forte que, durante o século V a.C., o judaísmo criou a chamada “ceia das mulheres”, ao qual as mulheres grávidas e as parturientes eram purificadas mediante a ingestão de determinados alimentos e a realização de rituais, persistindo o evento até o século II a.C, ao qual os cristãos vieram a adotar o mesmo ritual, diferenciando que o banquete era oferecido pelo marido à esposa e para outras mulheres que acompanham no momento do parto.

Já no século XVI, a Igreja Católica veio a criar o “ritual das sete horas”, no qual as mulheres grávidas e as parturientes eram purificadas pela confissão, pela absolvição dos seus pecados, e pela ingestão de água benta, sendo abolido em meados do século XX. Com isso, nota-se que a mulher sempre foi considerada como um ser frágil, como um objeto a ser manipulado e controlado pelo homem, ideal bastante reforçado no período da antiguidade, salientando que não possuíam condições de suportar a dor do parto, lidando com a própria dor e perigos do parto ao qual se sujeitavam na época, uma vez que o parto era realizado pelas próprias.

No século XVIII, a ciência passou a se interessar pelo parto, vindo a surgir a figura do obstetra, e logo então vem a deixar de ser uma experiência natural sendo considerado como um evento médico, que deveria ser realizado por profissionais da saúde. A medida que a ciência vem se aperfeiçoando, o ato de conceber passa a ser cada vez mais intervencionista e, as mulheres submetidas às escolhas dos profissionais, muitas vezes sem o consentimento delas, se tornando cada vez mais doloroso e traumático por meio de procedimentos invasivos e às vezes desnecessários.

Diante do exposto, busca-se realizar uma análise jurídica e social sob a ótica de que é ou não necessário a tutela pela frente a violência obstétrica, entendendo quais são os problemas enfrentados pela mulher nesse período importante e delicado de sua vida.

2. MÉTODOS DE AGRESSÕES OBSTÉTRICAS

A violência obstétrica é um conceito relativamente novo, que surgiu no ano de 1960, com o movimento feminista. Esse conceito é utilizado para descrever a violência sofrida pelas mulheres durante o período gestacional, no parto e no pós-parto, que pode se manifestar de forma verbal, física, moral, emocional e psicológica, sendo cometida sem

o consentimento da mulher, desrespeitando sua autonomia, integridade física e mental, sentimental, e principalmente sua dignidade. Tal violência pode se manifestar de diversas formas, como por exemplo:

- Restrição à liberdade de escolha dos métodos contraceptivos;
- Restrição às escolhas sobre o parto;
- Falta de informação sobre o parto;
- Realização de procedimentos médicos sem o consentimento da mulher;
- Uso de métodos coercitivos para a realização de procedimentos médicos;
- Uso de métodos dolorosos e invasivos para a realização de procedimentos médicos;
- Falta de respeito pelos sentimentos e pelas emoções da mulher;
- Falta de cuidado e de atenção durante o parto;
- Tratamento desumanizado durante o parto.

A violência obstétrica é um problema grave, que afeta não só a mulher, como também a criança que está sendo gerada. Essa violência pode levar à morte da mulher ou da criança, ou ainda causar problemas psicológicos e físicos para a mãe e para o bebê.

2.1. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS GESTANTES E PARTURIENTES

A mulher é um sujeito de direito, possuindo direitos e deveres constitucionais. A Constituição Federal de 1988 assegura a todos os cidadãos o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e dignidade. Esses direitos são garantidos a todos, independentemente de raça, cor, etnia, origem, religião, opinião, orientação sexual, identidade de gênero, estado civil, situação familiar, situação financeira, entre outros. A mulher, com isso, tem os mesmos preceitos para ser tratada com respeito e consideração pelos profissionais da saúde. No entanto, a realidade é outra, e a sendo ainda vítima de violência, desigualdade e discriminação.

A violência obstétrica é um exemplo claro de violação dos direitos constitucionais, violando toda a integridade física, mental, sentimental, desrespeitando sua autonomia e principalmente ferindo sua dignidade. Mediante o caso, devido ao momento frágil e delicado de seu estado, deveria ser tratada com respeito e consideração pelos técnicos da saúde, não devendo ser submetida às escolhas que muitas vezes são invasivas.

A dignidade da pessoa humana descrita no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, em seus incisos LIII a LVI, que garantem o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e ao devido processo legal. Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, preceituado no artigo 1º, III da CF, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Mediante o exposto, a Constituição, em seu artigo 5º, III, deixa bem claro o seguinte aspecto:

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

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Portanto, a igualdade prevista na norma constitucional, especificamente no artigo 5º, *caput*, e em seu art. 3º, é um direito e garantia fundamental, por meio disso, se trata de um princípio que tem como objetivo, assegurar a todos os indivíduos, sem qualquer discriminação, o gozo dos mesmos direitos, sejam eles civis, políticos, sociais ou econômicos. Dessa forma, a igualdade é um princípio norteador, que visa assegurar a todos os seus cidadãos o gozo dos mesmos direitos.

2.2. DIREITOS A ACOMPANHANTE DURANTE O PARTO

Durante o trabalho de parto toda mulher tem direito a um acompanhante de sua escolha, mulher ou homem, não precisando ser o pai do nascituro, durante todo o período de trabalho de parto e pós-parto, como se prevê na Lei nº 8.090, de 19 de setembro de 1990, alterada pelas Leis nº 11.108 de 07 de abril de 2005 e nº 12.895, de 18 de dezembro de 2013. A legislação ainda prevê que os hospitais mantenham fixado em local visível de suas dependências, os informes sobre o direito ao acompanhante como previsto no texto legal.

A dignidade da pessoa humana também tem a ver com a garantia de ser tratado como um sujeito, e não como um objeto. Ninguém deve ser tratado de forma discriminatória, desrespeitosa ou degradante. Todos os seres humanos devem ser tratados com respeito e consideração, sempre com o objetivo de promover a sua autonomia e bem-estar.

3. CLASSIFICAÇÕES DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Violência Obstétrica de Tipo I acontece antes do nascimento, sendo caracterizada por “condições que compreendem o diagnóstico, o tratamento e a monitorização do risco obstétrico, o uso ou não de meios invasivos, a prática de indução à parto e de cesárea”. Nesse tipo de violência, a mulher é tratada como “objeto” ou “coisa”, sem a possibilidade de opção e sem direito à decisão sobre seu próprio corpo.

Violência Obstétrica de Tipo II, vem a acontecer durante o parto. É caracterizada pela utilização de “condutas que compreendem a utilização de meios invasivos, fórceps, ventosas, cesárea e episiotomia, a indução do parto, a utilização de medicamentos, a prática de indução à parto e de cesárea”. Nesse tipo de violência, a mulher não é tratada como pessoa, seu corpo é manipulado, submetido a cirurgias, ao uso de medicamentos, submetida a um tratamento humilhante, ridicularizador, com comentários desrespeitosos, seguido de denominações como “nervosa”, “maníaca”, “louca” e outros adjetivos que a rebaixam.

Violência Obstétrica de Tipo III, é aquela que acontece após o parto. Caracteriza-se pela utilização de “condutas que compreendem o diagnóstico, o tratamento, o uso ou não de meios invasivos, a prática de indução à parto e de cesárea”. Nesse tipo de violência, a mulher é tratada de forma indiferente, sem preocupação com a sua saúde, sem acompanhamento, deixando de ser vista como pessoa.

Quando a mulher não tem acesso à saúde pública, a situação pode ser ainda pior.

3.1. ALEGAÇÃO DA VÍTIMA

No presente tópico, aplica-se como um exemplo, o caso da caipira Maria da Penha da Silva, que reside no município de Nova Venécia, no Espírito Santo. Em 1992, na gravidez de seu segundo filho, Maria recebeu a orientação de um médico particular para que fizesse uma cesárea, mas ao se recusar, o médico a ameaçou de realizar parto normal. Ela decidiu fazer o parto mesmo assim. Quando a gravidez chegou ao final, Maria da Penha foi à casa do médico, entretanto, como o médico não estava, um auxiliar de enfermagem fez o parto.

“A criança saiu com a *amniorrexia*. Na hora, ele fez a sutura do cordão umbilical. Ele não fez aqui nenhum tipo de corte, nenhum tipo de sutura. Eu fico aqui com a ferida aberta”, conta. O médico nunca mais voltou. Maria da Penha, com apenas três meses, acabou ficando cega. “O que eu quero é que ele pague pelo que fez comigo, porque eu sofro muito. Ele fez isso comigo porque eu sou pobre, porque eu sou caipira. Eu não mereço isso. Ele deveria ter feito o parto, o cordão umbilical, não poderia ter deixado a ferida aberta”, diz. Maria veio a buscar justiça, mas não obteve resposta. Na mesma época, o médico chegou a ser denunciado por fazer partos clandestinos. “Ele não está aqui para

pagar pelo que fez comigo, mas eu estou aqui. Ele não está aqui para me dar a resposta que eu quero, mas eu estou aqui”, completa.

Há alguns anos Maria da Penha conseguiu uma aposentadoria por invalidez. Hoje, ela diz que sua maior esperança é a justiça. “Eu quero que esse médico pague pelo que fez comigo. Ele deveria ter feito o parto, o cordão umbilical, não poderia ter deixado a ferida aberta”, finaliza. Uma lei de 2012 prevê que qualquer profissional de saúde que seja flagrado fazendo partos clandestinos possa ser afastado da categoria, mas infelizmente, a justiça ainda não se pronunciou.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo busca apresentar soluções possíveis para que os agentes de saúde responsáveis pela violência obstétrica, sejam penalizados, garantindo uma segurança às mulheres em estado gestacional, possibilitando um parto tranquilo e um tratamento humanizado, uma vez que os responsáveis, deveriam protegê-las, ampará-las, mas que, no entanto, negam e a desrespeitam, causando as mais diversas violações obstétricas.

Entende-se que a despeito da violência obstétrica, busca-se a compreensão do artigo 1º da Constituição, ao qual vem defendendo a dignidade da pessoa humana como o mais importante princípio do ordenamento jurídico brasileiro.

A legislação brasileira, no entanto, não prevê de forma expressa no Código Penal esse gênero de violência, contudo, é possível que seja enquadrado em outros crimes sem a intervenção penal para a tipificação da conduta, sendo enquadrada no art. 121 do presente código, como homicídio simples, nos casos em que a violação é ocasionada no momento do parto, vindo a evoluir para a morte da parturiente ou do recém nascido, podendo acarretar uma pena de reclusão de seis a vinte anos e por isso podem ser denunciados por tal dispositivo 29. Isso é recorrente devido ao grande número de cesarianas eletivas realizadas.

Tal fator é recorrente devido ao grande número de cesarianas eletivas realizadas. Ademais, na maioria das vezes, a violência obstétrica resulta em lesões corporais, como no caso citado da episiotomia, uma laceração provocada pelos médicos na vagina da mulher e que na maioria das vezes é realizada sem anestesia, podendo ser aplicado ao caso o disposto no artigo 129 do Código Penal, como crime de lesão corporal, podendo aumentar de dois até oito anos, se a lesão corporal resultar em incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização do membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, disposto no parágrafo segundo do mesmo diploma legal. Ainda no artigo 129 do CP, é tipificado o crime de lesão corporal seguida de morte, quando a lesão corporal resulta em morte, mas as circunstâncias evidenciam que o agente

não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, sendo possível incorrer a pena de reclusão de quatro a doze anos. Com isso, dependendo de como a violência obstétrica for realizada, é possível que o agente incorra nesse delito.

É possível citar ainda o crime de maus-tratos, tipificado no artigo 136 do Código Penal Brasileiro, onde estabelece que o agente que expor perigo à vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, abusando de meios de correção ou disciplina será apenado com detenção de dois meses a um ano, até com o acréscimo de multa. Ainda, podem ser agravados se do fato resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte, podendo ser citado como exemplo, os exames de toque excessivos e sem necessidade de que causam extrema dor ou até mesmo quando os médicos/enfermeiros negam remédios, injeções, anestésias a mulher, sujeitando-as a tratamento indigno.

Quanto à violência contra a mulher, foi feita uma breve análise de sua história, para se chegar ao entendimento de que ela não é algo recente, mas sim um fenômeno antigo, que só hoje vem ganhando visibilidade em função de uma longa luta de movimentos sociais e feministas, sendo um problema de saúde pública de grandes proporções, que atinge mulheres de todas as classes sociais, não apenas com relação a violência doméstica, mas também com relação à Violência Obstétrica.

Foi feita uma análise específica dessa violência de gênero, ou seja, uma violência de caráter específico que atinge mulheres, ao qual comumente não é detectada, silenciosa, porém, não deixa de ser um tipo de violência, uma vez que é praticada dentro de um espaço físico predeterminado com um caráter abusivo, humilhante e danoso. A violência contra a mulher também é um problema de âmbito público, uma vez que afeta diretamente as atividades dos serviços públicos, por ocorrer dentro de ambientes que deveriam estar em conformidade com a lei, como é o caso dos hospitais.

A violência obstétrica se define como um conjunto de atos de conduta que são praticados contra a mulher durante a gestação, o parto e o puerpério, que podem ser de caráter físico, psicológico, sexual ou moral, desde o momento em que ela procura um médico para acompanhamento até o momento em que ela deixa o hospital, não havendo um limite para a sua identificação. É considerada um conjunto de situações de maus-tratos e/ou abusos cometidos contra mulheres durante o ciclo gravídico-puerperal, que podem comprometer a saúde física e psicológica dessas mulheres.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) considera violência obstétrica como "qualquer ato de abuso físico, sexual ou psicológico, incluindo a ameaça e a coerção cometidos contra mulheres durante a gravidez e o puerpério, com o propósito de controle,

coerção, punição, infligir dor ou sofrimento físico ou mental ou de causar a morte.” A violência obstétrica não é um fenômeno recente, ao contrário, é uma antiga prática comum em todo mundo, que se manifesta de maneira diferente conforme a sociedade. No Brasil, é tido como um problema de saúde pública, vez que a taxa de mortalidade materna é alta. Em 2015, a taxa de mortalidade materna no Brasil foi de 58,1 mortes para cada 100 mil nascidos vivos, o que representa uma diminuição em relação aos anos anteriores, quando a taxa era de 74,8 mortes para cada 100 mil nascidos vivos, em 2012. A taxa de mortalidade materna ainda é alta, considerando que o objetivo do Milênio é reduzir a taxa para 15 mortes para cada 100 mil nascidos vivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Precisamos falar sobre a violência obstétrica.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-16/julio-azevedo-precisamos-falar-violencia-obstetrica>. Acesso em: 03 de mai. 2023.

BALOGH, Giovanna. **Violência obstétrica é violação dos direitos humanos, diz OMS.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/violencia-obstetrica-e-violacao-dos-direitos-humanos-diz-oms#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20OMS,%2C%20viol%C3%Aancia%20f%C3%AAsica%2C%20entre%20outros>. Acesso em: 04 de mai. 2023.

CARVALHO, Fabiola de. **Violência obstétrica: Uma realidade silenciada.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/violencia-obstetrica-uma-realidade-silenciada/251832582>. Acesso em: 03 de mai. 2023.

____. Decreto Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro-RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 de abr. 2023.

____. Decreto Lei Nº LEI Nº 11.108, de 7 de abril de 2005. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 25 de abr. 2023.

____. **Direitos da maternidade.** Associação Guadalupe. Disponível em: <https://associacaoguadalupe.org.br/direitos-da->

maternidade/?gclid=EAIaIQobChMIqduRI bw gIVQeVcCh1RWQR-EAAYAyAAEgLRvD BwE.> Acesso em: 25 abr. 2023.

____. **Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988.** São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 92. REDE PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica “Parirás com dor” - Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres.** Brasília, DF: Senado Federal. 2012. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/sscepi/doc%20vcm%20367.pdf>> . Acesso em 12 de dez. 2022.

____. **Direitos Humanos: o que são e porque precisamos falar sobre isso?** Fundo Brasil. Disponível em: <<https://www.fundobrasil.org.br/blog/direitos-humanos-o-que-sao-e-porque-precisamos-falar-sobre-isso/?gclid=EAIaIQobChMIqduRI bw gIVQeVcCh1RWQR-EAAYASAAEgJY D BwE.>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

____. Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm>. Acesso em: 02 de dez. 2022.

JANSEN, Mariana. **Violência Obstétrica: Por que devemos falar sobre?** Disponível em: <<https://www.politize.com.br/violencia-obstetrica/?https://www.politize.com.br/&gclid=EAIaIQobChMI27byvezw gIVCu6RCh09jAnIEAAYASAAEgINkFD BwE.>> Acesso em: 04 de fev. 2023

SANTOS, Anna Marcella Mendes dos. **Violência obstétrica: relações entre gênero e poder.** Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=16211>. Acesso em: 03 de dez. 2022.

TALAMONE, Rose. **Violência obstétrica é uma violação aos direitos humanos.** Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/violencia-obstetrica-e-uma-violacao-aos-direitos-humanos/?https%3A%2F%2Fwww_politize_com_br%2F&gclid=EAIaIQobChMI27byvezw gIVCu6RCh09jAnIEAAYASAAEgINkFD BwE. Acesso em: 01 de mar. 2023.

A DEFESA DOS DIREITOS E DIGNIDADE DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CAROLAINÉ VANESSA DA SILVA SANTOS:
graduanda em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho pretende discorrer sobre a dignidade dos animais não humanos, na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a luz da Constituição Federal de 1998. Em primeiro lugar, busca-se fazer um estudo do princípio da dignidade humana, valor que ganhou maior relevância com o advento do movimento Iluminista, em que o homem é alvo de proteção seus interesses mais fundamentais. Assim, posteriormente, pretende-se abranger o referido princípio para os animais não humanos, visto que se caracterizam como seres sapientes, dotados de emoção e sensíveis a dor. Dessa forma, é necessário investigar a legislação atual, apontando as deficiências para a real garantia de uma proteção efetiva. Por derradeiro, esmerou-se para discutir questões polêmicas sobre o trato de animais, como sua utilização em pesquisas, em atividades culturais ou religiosas, que necessita de uma real ponderação de interesses, em busca da proporcionalidade adequada.

Palavras-chave: Direitos dos animais. Proteção constitucional. Dignidade Humana.

ABSTRACT: The present work intends to discuss the dignity of non-human animals, from the perspective of the Brazilian legal system, in the light of the 1998 Federal Constitution. the advent of the Enlightenment movement, in which man is the target of protecting his most fundamental interests. Thus, later, it is intended to cover that principle for non-human animals, since they are characterized as sapient beings, endowed with emotion and sensitive to pain. In this way, it is necessary to investigate the current legislation, pointing out the deficiencies for the real guarantee of an effective protection. Lastly, he took pains to discuss controversial issues about the treatment of animals, such as their use in research, in cultural or religious activities, which require a real weighing of interests, in search of adequate proportionality.

Keywords: Animal rights. Constitutional protection. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

Sobretudo após a efervescência dos pensamentos iluministas do século XVII e XVIII, o princípio da dignidade humana ganhou destaque e importância, pois marca a passagem

do teocentrismo para o antropocentrismo. Nesse sentido, a dignidade é um conceito filosófico e abstrato que determina o valor inerente da moralidade, espiritualidade e honra de todo ser humano, independente da sua condição perante a circunstância dada. No entanto, apesar da nítida evolução na aplicação do referido princípio, discute-se o tratamento dado aos animais não humanos, que não raras vezes estão a margem de uma proteção efetiva, não sendo alcançados pela carga axiológica do princípio, portanto expostos a indignidade.

A relação do homem com a biodiversidade, e num estado primitivo, onde predominava-se a barbárie, com o seu próprio semelhante, sempre foi de servidão. Assim, a consciência quanto a preservação dos recursos naturais, como a água, só se deu na pós modernidade, dada a escassez do recurso. Nesse diapasão, os animais se tornaram meros meios para que os humanos satisfaçam seus próprios interesses e necessidades. O homem é o único animal que escraviza outros animais – da mesma espécie ou de outras – para a satisfação de seus próprios interesses.

Essa relação de subordinação não é típica da sociedade contemporânea e perpassa toda a história da humanidade. Na Idade Antiga, filósofos como Platão e Aristóteles, defendiam que a função social dos animais seria servir os seres humanos, e, portanto, não havia limites éticos para o exercício do poder. Nas Idades Média, Moderna e contemporânea a situação pouco evoluiu, sendo os animais, por Renée Descartes, comparados a máquinas.

Na sociedade atual, as amarras desse passado vêm lentamente sendo desconstruídas. Todo o arcabouço científico já nos permite concluir que os animais devem ser sujeitos de direito, pois segundo estudos, animais não humanos possuem capacidade de sentir e certo grau de cognição, o que os torna passíveis de sofrimento. Necessário, portanto, é a reeducação da sociedade, desde a base, educando crianças mais conscientes e socialmente sustentáveis. Para isso, esforços da classe política tornam-se cruciais.

O presente trabalho surge na perspectiva de extrapolar seus limites acadêmicos, sendo um verdadeiro norte para que a proteção dos animais seja constitucional e legalmente reconhecida, propondo políticas públicas e reconhecendo problemas intrínsecos e inerentes na sociedade.

Para isso, em primeiro momento busca-se fazer uma contextualização do princípio da dignidade humana, sua evolução no decorrer da sociedade e as implicações de seu conteúdo axiológico. Depois, é necessário fazer a conexão com os direitos dos animais, tecendo considerações acerca de quais direitos devem ser expandidos para além da condição humana. Da mesma forma, necessária será a abordagem do atual sistema

normativo que abrange os animais, buscando fundamentos constitucionais e legais que demonstram como o ordenamento jurídico brasileiro trata a referida questão.

O ordenamento jurídico brasileiro é antropocêntrico, e coloca o homem como centro máximo de proteção, esquecendo-se da tutela dos animais, que se torna velada e esquecida. Nesse sentido o presente trabalho pretende abordar questões decorrentes da dignidade dos animais, como a sua utilização em pesquisas, a PEC da vaquejada e a sua objetificação para suprir as necessidades humanas.

2. CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o valor supremo para criar, interpretar e aplicar normas no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Nessa perspectiva torna-se o axioma jusfilosófico mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, que se adjetiva como um Estado Democrático de Direito. A própria razão de ser do Estado se justifica para a promoção do bem estar dos seres humanos, que privam sua esfera de liberdade em benefício do bem estar coletivo.

Em consonância com previsão do art. 1º, III e do preâmbulo da Constituição da República, o constituinte de 1988 consagrou como fundamento do Estado brasileiro o homem e sua dignidade. Conquanto sua importância para a promoção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, o conceito de dignidade é abstrato e subjetivo. Alexandre de Moraes, em seu Manual de Direito Constitucional, define como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAIS, 2017).

Por sua vez, André Ramos Tavares reconhece a dificuldade de definição:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos

externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza. (TAVARES, 2020).

Nesse diapasão, é importante tecer considerações sobre a complexidade histórica da evolução da concepção de dignidade, desde a antiguidade clássica, passando pela cultura judaico-cristã e, na atualidade, após a II Guerra Mundial. As primeiras noções de dignidade originaram-se das concepções teológicas, influenciadas pela posição da igreja católica. Tal concepção, entretanto, não era universal, e restrita apenas para alguns indivíduos, ocupantes das classes sociais mais abastadas. São Tomas de Aquino, na leitura da Melina Girardi FACHIN, foi quem, pela primeira vez, cunhou a expressão *dignitas humana*, afirmando que “a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem enquanto indivíduo” (FACHIN, 2009, p. 34).

Posteriormente, com o desenvolvimento do pensamento laico, influenciado pelo movimento Iluminista, o conceito de dignidade ganhou ainda mais importância e abrangência. Immanuel Kant, um dos mais importantes autores que trata do tema, considera a dignidade um valor inegociável, visto que cada ser humano é um fim em si mesmo. Assim, tudo tem um preço ou uma dignidade: aquilo que tem um preço é substituível e tem equivalente; já aquilo que não admite equivalente, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem dignidade. No seu livro a Fundamentação da Metafísica dos Costumes o autor disserta:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. (KANT, 2011, p.82).

Nessa perspectiva, o Iluminismo foi um dos mais importantes movimentos para a caracterização da dignidade e ampliação de seu alcance. A indignidade e arbítrio do Estado, pode ser vislumbrada nas penas capitais, até então realizadas. A pintura de Goya retrata essa realidade:

Imagem 1:



Fonte: Os desastres de Guerra, nº33 (GOYA, 1810)

O que percebemos ao apreciar sua obra são as entranhas e o horror daquilo que ele viu e viveu, e acima de tudo, sobre o sentiu: medo, temor, indignação, incompreensão, compaixão. Nesta série demonstra, com riqueza de detalhes a brutalidade da guerra e sua falta de sentido: tão devastadora ela é, que liberta os monstros mais cruéis que habitam a humanidade e, em meio ao caos, se esquece seu motivo ou fim, resta apenas violência e morte. Mesmo nas pinturas que fazia sob encomenda, ele não deixava de lado suas críticas pessoais ao tempo e sociedade que vivia. Nas figuras da realeza podemos perceber sua ambição e soberba, e ao mesmo tempo, algo de caricatural e grotesco. (PLASSMANN,2020).

Fábio Konder COMPARATO complementa afirmando que:

“o caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio a demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte”.(COMPARATO,2005).

Para Norberto BOBBIO, o início da era dos direitos é reconhecido com o pós-guerra, já que, segundo ele; “somente depois da 2ª. Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos” (BOBBIO, 2004, p. 49).

A história da humanidade ressalta a importância da questão da dignidade humana, não só no sentido interno, mas como uma questão global. O ser humano merece ter uma vida digna, independente das circunstâncias. Mas seria os seres humanos os únicos

detentores dessa proteção? Os animais não humanos também merecem ter sua dignidade resguardadas, conforme veremos a seguir.

2.1 DIGNIDADE DE ANIMAIS NÃO HUMANOS

Apesar de ser o direito uma invenção do homem para tutelar seus interesses fundamentais e viabilizar o convívio social, outros valores também complementam essa noção, visto que necessários a ordem coletiva. É o caso da relação homem-natureza, que tem como um dos seus pilares o convívio com os demais seres vivos que dependem igualmente do espaço físico. Nessa perspectiva, o ser humano, como único animal racional capaz de racionalizar o mundo em sua volta, deve agir com boa-fé com as demais espécies, zelando pela sobrevivência harmônica de todas as espécies.

Com frequência, pensamos em nós mesmos como seres civilizados. Portanto, devemos colocar tal crença em prática e proporcionar aos animais a vida digna que tanto merecem. Diante da capacidade do homem de racionalizar o mundo e subordinar os demais seres vivos, insurge a ele a necessidade de tutela das demais espécies, não por uma questão de mero altruísmo, mas como garantia de sua própria existência e prosperidade de gerações vindouras, pois a diversidade de espécies animais influem significativamente na estrutura social, como para o equilíbrio do planeta terra, garantia de subsistência ou para promoção da saúde mental, vez que a interação com os animais reduz a produção de cortisol, um hormônio relacionado ao estresse, e aumenta a liberação de endorfina e ocitocina, ligados ao prazer. Assim, o apego ao animal de estimação está relacionado ao funcionamento emocional positivo, reduzindo a ansiedade.

Assim sendo, na linha de reflexão intrínseca ao ser humano insurge o conceito de senciência, característica importante para justificação de uma tutela de animais não humanos, como detentor de direitos e dignidade, pois possuidores de capacidade de sentir. Isso inclui estados e emoções positivos e negativos que são bastante complexos, como mágoa, empatia, medo, prazer e alegria. Silva (2020, p. 214):

Ora, os animais, assim como os seres humanos, carregam características que os dignifica ao respeito e consideração. Afinal, sentem dor, manifestam sentimentos, comunicam-se e, alguns, têm consciência de sua própria existência (SILVA, 2020).

Um estudo de um grupo internacional de neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas ao observar os substratos neurobiológicos da experiência consciente e os comportamentos em animais humanos e não-humanos, conclui:

A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Conseqüentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos (LOW, 2012, [s.p]).

Segundo Domingues (2017, v.6) a fronteira entre alteridade e solipsismo, levando em consideração a senciência como única característica capaz de determinar a habitação do campo moral por parte de um sujeito. Nessa perspectiva, a capacidade de ser senciência singulariza o ser humano, dada a sua capacidade de racionalizar o mundo, conscientizar acerca da realidade e autodeterminar-se diante dos parâmetros pré-estabelecidos. Acerca dos estudos de Donald Griffin após mais de 30 anos de observação e estudando o comportamento animal destaca-se:

Após mais de 30 anos observando e analisando animais, Griffin afirma que mesmo os animais considerados mais primitivos podem ter consciência, que é definida no sentido de dar-se conta de eventos no ambiente e de afetos. [...] De acordo com a teoria de Griffin, os animais possuem a capacidade de adaptar-se a novos desafios e apresentar versatilidade em suas reações. [...] Várias pesquisas no campo da neurociência cognitiva revelam grandes similaridades entre o mecanismo neurológico humano e o animal. Segundo pesquisadores, a mais forte evidência vem do comportamento comunicativo dos animais, provando a sua capacidade de pensar e sentir.

Dessa forma, a Ética Ambiental vem se tornando uma das maiores preocupações da sociedade pós-moderna, voltada sobretudo para novas preocupações morais, como a relação dos homens com as demais espécies, que são cada vez mais consideradas pela ciência seres sencientes.

Para fins da Ética ambiental e da construção de uma Ética voltada aos animais, o importante do conceito é fazer a espécie humana entender que outros seres que coabitam o planeta Terra também podem ter a compreensão do que os afeta positivamente e negativamente, que são capazes de fazer escolhas conscientes, que podem sofrer, ter carinho, se estressar, sentir dor e prazer. Essa subjetividade identificada em animais não humanos merece a devida ponderação moral do homem, para atribuir a essas criaturas um

valor próprio e merecedor de proteção e dignidade. (FODOR,2016). Nas palavras de Naconecy (2014, pag 268): "*Reconhecer um indivíduo como uma criatura sensível implica, então, considerá-lo portador de algum valor em si mesmo, de alguma importância moral.*"

Nessa perspectiva, tratar os animais com dignidade faz parte da própria consciência humana, como únicos detentores de razão para racionalizar o convívio harmônico entre as diversas espécies de animais, promovendo a expansão da preservação ambiental e conservação do planeta terra como um ambiente harmônico e ecologicamente equilibrado. Os animais merecem dignidade, pois são seres capazes de experimentar sensações, e não meros objetos destinados a suprir os interesses humanos.

3 ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A constituição de 1988, norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, segundo entendimento de José Antônio da Silva pode ser definida:

"Consiste num sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua atuação". (SILVA, José Afonso, 1999, pag. 39/40).

Dessa forma, a constituição é a norma que regula todo o conjunto social, influenciando nas relações políticas, econômicas, culturais e sociais. É por meio dela que temos toda a base principiológica para proteção de interesses sociais fundamentais, servindo de estrutura para todas as demais normas emanadas.

Sendo assim, indo de encontro com a temática do presente trabalho, a referida norma deve ser instrumento de proteção de toda biodiversidade existente, estendida, neste caso, aos animais não-humanos. A preocupação ecológica, nas últimas décadas, ganhou potencial importância, com o florescimento de movimentos ambientalistas, desencadeadas por algumas das limitações podem ser percebidas, como o aquecimento global, ou efeito estufa, fenômeno que se caracteriza pelo aumento da temperatura média do planeta, provocando aumento dos níveis das águas oceânicas, além de mudanças climáticas com efeitos imprevisíveis. A proteção constitucional deve prevalecer para trazer a consciência de que o ser humano, ao promover a destruição do planeta terra está se autodestraindo, vez que os elementos da natureza (hidrosfera, atmosfera, litosfera, animais, plantas entre outros) possui com eles uma relação de interdependência.

Nessa esfera, a constituição de 1988 reconhece a importância da biodiversidade, e aloca a proteção ao meio ambiente como um direito fundamental do homem, rompendo

com paradigmas de constituições pretéritas que sequer mencionavam a proteção ambiental como um valor jurídico a ser tutelado, devido ao seu grau de importância.

Nessa esfera, dispõe a referida magna carta:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:[...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Vislumbra-se, portanto, uma preocupação constitucional com os seres bióticos em geral. Todavia, o vocábulo “vida” empregado no dispositivo faz referência especificamente aos seres humanos, reforçando a velha ideologia que os animais são meios para servidão humana. Portanto, em nossa constituição, as demais espécies animais da fauna brasileira ainda não são consideradas como seres mercedores de proteção por terem um valor próprio, mas sim como bens difusos, administrados pelo Estado (conforme artigos 23,VII e 24,VI da CFBR/1988), e necessários para a preservação da existência digna da espécie humana (LOURENÇO.op.cit.p.54)

De outro lado, não podemos nos esquecer das legislações infraconstitucionais, que somadas a proteção constitucional ampliam o alcance de proteção dos direitos inerentes aos animais não humanos. Nesse contexto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, importante documento dotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelece normas comuns de proteção aos direitos da pessoa humana, a serem seguidas por todos os povos e todas as nações, mas também trouxe orientações importantes acerca da dignidade dos animais.

Referido documento prevê que a humanidade dos seres humanos, como espécie animal dotada de racionalidade e sentimentos, assumindo o compromisso de preservação da vida de outros seres vivos, não sendo aceitável a exploração de outros animais, colocando-os a sua servidão. Dessa forma reconhece que os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência, sendo importantes a ordem coletiva, tanto para a construção de um meio ambiente equilibrado, quanto para garantia da existência do próprio ser humano. Por outro lado, reconhece hipóteses que o uso de animais é indispensável, mas institui medidas de controle, como a previsão de que se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor e de modo

a não lhe provocar angústia e regulação da utilização de animais em pesquisas, dentre outras.

Dessa forma, o Brasil como signatário de tal documento, se compromete com toda carga axiológica advinda, concordando com as previsões existentes e manejando políticas públicas que assegure o real cumprimento das obrigações.

No âmbito nacional, o Brasil conta com algumas leis sobre a proteção dos direitos dos animais. Nesse sentido, estão os seguintes diplomas normativos: 1. a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), que criminaliza atos de crueldade aos animais; 2. a Lei nº 7.173/1983, a qual disciplina o funcionamento de zoológicos; 3. a Lei nº 7.643/1987 sobre a proteção dos cetáceos marinhos; 4. a Lei nº 11.794/2008 que regula as atividades científicas que envolvam animais; e a 5. a Lei nº 10.519/2002, a qual trata de normas de higiene e cuidados com os animais em rodeios e similares, além de uma série de leis estaduais e municipais sobre regras de tratamento e proteção dos animais não-humanos. (FODOR, 2016).

Ainda, importantes são as discussões acerca do direito dos animais no Código Civil Brasileiro. O status dos animais não humanos passou, pelo referido documento, de “coisa”, para “bem” – o que, para parte considerável da doutrina, acaba reduzindo eles a meros objetos a disposição dos seres humanos. Dessa forma aflora a discussão sobre a esfera de proteção de animais, sobretudo se eles são ou não sujeitos de direitos.

Buscando informações na doutrina, temos que para Maria Helena Diniz “pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito” (DINIZ, 1993, p. 461). Para Washington de Barros Monteiro “na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é o sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica” (MONTEIRO, 1988, p. 56).

Ensina Fábio Ulhôa Coelho que são sujeitos de direito, entre outros, as pessoas naturais (homens e mulheres nascidos com vida), os nascituros (homens e mulheres em gestação no útero), as pessoas jurídicas (sociedades empresariais, cooperativas, fundações, etc.), o condomínio edilício, a massa falida (COELHO, 2003, p. 138-139).

Dessa forma, a concepção clássica é de que apenas os seres humanos podem figurar como sujeitos de direitos, contraindo direitos e obrigações na ordem jurídica. Mais modernamente, tal ideologia vem sendo gradativamente dissolvida, por pensadores que reconhecem a importância de reconhecer os animais como sujeitos de direitos. É o caso do filósofo Peter Singer, que ao defender a igualdade de todos os seres, e aduz que o especismo é “um preconceito indefensável e semelhante em tudo ao racismo”, uma vez

que dispõe os animais fora da consideração moral, considerando os mesmos meros objetos (SINGER, 2004).

Embora os animais não possam por si mesmos representar suas pretensões em juízo, fazendo valer seus direitos, cabe a coletividade preservá-los com a devida tutela estatal, sendo essa incapacidade sanada pela representação. Esse é o entendimento da doutrinadora Edna Cardoso Dias:

O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato de os animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens. (DIAS,2008).

Nesse sentido, a noção de transindividualidade ganha força no cenário nacional e internacional, considerados direitos de 3º geração, de titularidade coletiva, ultrapassando a visão individualista, como o direito ambiental:

O surgimento do direito ambiental e dos demais direitos de terceira geração ocorreu como uma passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulis* para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto e além, dos indivíduos humanos considerados singularmente, ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. (BOBBIO, 1992).

Portanto, as legislações contemporâneas acerca do assunto tendem a evoluir para contemplar a dignidade dos animais como um valor a ser alcançado, favorecendo a convivência harmônica entre as espécies, buscando não apenas uma igualdade de fato, mas uma igualdade de direitos, na linha de pensamento de *Robert Alexy*.

[...] o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontra. Diferenças em relação à saúde, à inteligência e à beleza podem ser talvez um pouco relativizadas, mas sua eliminação se depara com limites naturais. A isso se soma o fato de que a igualização de todos, em todos os aspectos, seria, mesmo que possível, indesejável.(ALEXY, 2008)

Assim, a desigualdade deve ser vista como ressalva, prevalecendo as necessidades e os interesses básicos dos animais, sendo a melhor maneira para se alcançar a igualdade de tratamento entre todos os seres vivos que habitam a Terra. O ordenamento jurídico brasileiro, embora teve crucial evolução, ainda merece ser reavaliado, trazendo uma proteção mais efetiva, tratando os animais como sujeitos de direitos e não como meros semoventes a dispor dos seres humanos.

Com o advento da internet, com mais exatidão são propagados os casos de maus tratos a animais, seja com animais em gaiolas pequenas, cavalos sendo utilizados a serviço do homem até chegarem a máxima exatidão, animais presos a correntes expostos ao calor, frio, com fome e sede, mutilação, envenenamento, bem como cachorros e gatos utilizados para procriação de maneira desumana em criadouros, aparentemente, ganharam mais visibilidade, sendo mais comumente expostos.

A Lei de Crimes Ambientais estabelece o que se caracteriza maus tratos:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º. "A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Na mesma medida, o conceito legal de meio ambiente contido na Lei 6.938/81 em seu artigo 3º, I, é: *"conjunto de bens, influencias e interações de ordem físicas, químicas e biológicas, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"*. Nessa perspectiva, ratifica a proteção dos direitos dos animais não humanos. Acerca disso pontua-se:

A respeito do conceito jurídico de meio ambiente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que 'a legislação federal brasileira que trata da problemática da preservação do meio ambiente é expressa, clara e precisa quanto à relação de continência existente entre os conceitos de loteamento, paisagismo e estética urbana e o conceito de meio ambiente, sendo que este último abrange os primeiros' (REsp n. 876931/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques). Já o Supremo Tribunal Federal decidiu que 'A incolumidade do meio

ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral' (ADI-MC 3540, Relator José Celso de Mello Filho)

Ainda, é válido citar:

[...] o meio ambiente é formado pelos elementos bióticos, que é o conjunto de seres vivos em um determinado ecossistema, a exemplo dos animais e plantas, e pelos elementos abióticos, que é o conjunto de fatores físicos ou químicos que contribuem para a manifestação da vida, como a água, o solo, a umidade e o vento, bem como pela interação entre cada um desses elementos. (FARIAS; COUTINHO E MELO, 2014)

Ainda com o advento de legislações e normas acerca do tema, não se substitui a fiscalização de toda sociedade, seja denunciando as autoridades competentes. Além do Ministério Público, a União, Estados, Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas, associações e sociedades de economia mista, também possuem legitimidade para propor Ação Civil Pública contra pessoa que cometa algum ato de crueldade contra os animais.

4. QUESTÕES SOCIAIS ATINENTES AO USO DE ANIMAIS

A primeira questão polêmica a ser discutida é acerca da prática da vaquejada, onde cultura e crueldade entram em contraposição. A vaquejada consiste em uma prática na qual duas pessoas, montadas em cavalo, perseguem uma vaca ou boi em disparada, com o objetivo de agarrar o animal pelo rabo, contendo-o. Trata-se de uma prática cultural, que faz parte do patrimônio imaterial de um povo, sendo mais frequentes nas regiões do Nordeste brasileiro. Embora sua referida atuação cultural, a crueldade a qual se submete os animais, nos faz repensar se tal instituto deve receber tutela estatal, para conter e fazer prevalecer a dignidades dos animais expostos.

No artigo 225§, 1º da Constituição Federal há expressa previsão da proteção à cultura e suas manifestações, nos dizeres: "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais". A vaquejada, nesse ponto, traz um

verdadeiro elo de reconhecimento e pertencimento entre populações, trazendo emprego para locutores e vaqueiros, movimentando a economia e o turismo da região.

No entanto, na axiologia do estado contemporâneo, nenhum direito é tido como absoluto, devendo ter uma verdadeira ponderação de interesses. E nesse sentido a crueldade a qual os animais estão submetidos faz com que tal prática deve ser combatida, pois tida como indigna aos animais. Em verdade, os animais que são submetidos a tal prática são tratados como coisas, meros objetos a serviço da diversão de um público.

O brete é o local onde os animais ficam antes de ser aberta a porteira, é tido como a coxia, os bastidores do espetáculo, onde os animais aguardam a sua entrada, entretanto, a realidade por trás da porteira é de um pequeno cercado, onde o bovino é atormentado, encurralado, espancado com pedaços de madeira, e submetido a vigorosas e sucessivas trações de cauda para que adentre a arena em fuga.

Os animais são encaminhados por um vaqueiro, que os toca com um pedaço de madeira, para a fila que dá acesso para a arena. O espaço geralmente é apertado e permite apenas um boi por vez. Lá os animais são avaliados.

Quando possuem chifres, estes são serrados com serrote. Muitos chifres chegam a sangrar e os vaqueiros amarram os animais para poder serrar a ponta de seus chifres. Alguns se debatem, caem no chão. Outros tentam pular a porteira que dá acesso à arena e quando isso ocorre os vaqueiros batem com pedaços de pau em suas cabeças. Todos os animais passam por esse procedimento. E em algumas situações os animais têm suas patas presas entre as madeiras do corredor da arena e por pouco as patas não são quebradas. (ALEXANDRINO, 2016)

Dessa forma, a vaquejada é uma prática injusta e cruel, sendo que a bandeira da tradição não serve como argumento capaz de sobressair a dignidade dos animais. Deve ser prevalecido o estado de bem-estar animal, respeitando os limites e o sofrimento destes que devem ser respeitados como sujeitos de direito.

Atinente a essa questão, foi apreciada pelo STF o evento “Farra do Boi”, realizado em Santa Catarina, em que acontecia situações análogas as analisadas, decorrente de Ação Civil Pública proposta por entidades de proteção animal. a ação foi julgada procedente,

em sede de Recurso Extraordinário, pelo STF (Supremo Tribunal Federal), conforme jurisprudência a seguir:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. "FARRA DO BOI". IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER AO ESTADO DE SANTA CATARINA POR DECISÃO DO PRETÓRIO EXCELSO, CONSISTENTE NA PROIBIÇÃO DA PRÁTICA. ASTREINTE. EXECUÇÃO, DEVIDAMENTE EMBARGADA. REJEIÇÃO NA INSTÂNCIA A QUO, COM A REDUÇÃO EX OFFICIO DA MULTA. RECURSO ESTATAL. PROVIMENTO PARCIAL. Hipótese em que o Pretório Excelso, no histórico julgamento do RE n. 153.531-8, relator o Ministro Francisco Rezek, consagrou o entendimento de que "a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominada 'farra do boi". Conclusão do julgamento no sentido de que ao Estado cumpria, como cumpre, "proibir", por atos e medidas formais e práticas, o festejo, tal qual requerido na exordial da ação civil pública. Acervo probatório trazido aos autos que enseja a conclusão de que, ainda que não haja falar em uma total inércia do Poder Público, pelo menos nos anos de 2003 a 2006, a sua atuação não se revestiu do necessário rigor, porquanto inúmeras as ocorrências registradas acerca de abusos, violência e danos até mesmo a indivíduos, causados pelos animais que, acossados, partem em desesperada fuga. Cumprimento deficiente não autoriza a exclusão da multa, mas permite a sua redução (NEGRÃO. Theotônio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 574), do que não se cogita na espécie. Caso em que, mercê das noticiadas providências para coibir as "festividades", dois Chefes do Poder Executivo Estadual admitiram a sua convivência com tal prática, ao que se soma a obtenção de resultados estatísticos, até o momento, muito tímidos pelo Poder Público no seu dever de pôr-lhe um fim definitivo, certamente pela falta de uma ação mais enérgica dos órgãos responsáveis. A hipótese não contempla a surrada teoria segundo a qual, fosse dado ao Estado antecipar os acontecimentos, inexistiria criminalidade. Disso se cogita naquelas hipóteses que versam sobre assaltos, homicídios, etc., fatos esses realmente imprevisíveis. No caso concreto, está em baila a "farra do boi", acontecimento de todo previsível, porquanto

ocorrente sempre na mesma época e nos mesmos locais, os quais são de conhecimento prévio das respectivas comunidades, os principais fomentadores da prática, inclusive. Daí que inaceitável o argumento de que o Poder Público, com todo o seu aparato e serviço de inteligência, ignorasse-o. Decisão do Supremo Tribunal Federal assaz categórica: a ação civil pública foi julgada procedente para "proibir" a infeliz, lamentável e vergonhosa "tradição" que tantos insistem em cultivar, muito embora nada mais seja do que um ato de verdadeira selvageria. Total inércia do Estado, contudo, não caracterizada, o que autoriza a redução da multa, mas não o seu afastamento. (TJ-SC, Relator: Vanderlei Romer, Data de Julgamento: 18/05/2010, Primeira Câmara de Direito Público).

Percebe-se assim que o judiciário brasileiro já caminha para a construção de uma base ideológica que coloque os animais em evidência, garantindo seus direitos básicos e evitando seu sofrimento desnecessário.

Outra questão polêmica é a utilização de animais para pesquisas, que tem importância para o avanço do conhecimento em áreas como a da saúde, sendo efetiva para o tratamento de doenças como pólio, sarampo, difteria, tétano, hepatite, febre amarela e meningite. No entanto, tem-se muitas práticas desnecessárias, que submetem os animais a sofrimentos desnecessários. Por isso, anseia a necessidade de buscar alternativas, quando possíveis, sendo que a utilização dos animais como instrumentos de pesquisa seja exceção, e não regra.

Assim, é importante observar que muitas substâncias hoje utilizadas para curar os seres humanos, bem como a maioria das técnicas cirúrgicas habituais já desenvolvidas, foram descobertas sem a utilização de animais. Podem-se citar como exemplos as descobertas da penicilina e seus efeitos terapêuticos em várias doenças; do raio-x; do fator RH humano; dos mecanismos de ação dos hormônios; dos processos químicos e fisiológicos do olho; da relação entre colesterol e doenças cardíacas; entre o hábito de fumar e o câncer; entre a hipertensão e ataques cardíacos; a elucidação das muitas formas de doenças respiratórias; o isolamento do vírus da AIDS, bem como os mecanismos de sua transmissão; o desenvolvimento de drogas anti-depressivas e anti-psicóticas; de vacinas, como a contra a febre amarela; e a interpretação do código genético e sua função na síntese de proteínas (SOBRE, 2003?) .

A escolha dos cientistas pela utilização de determinado animal dá-se, principalmente, pelo fator econômico e pela opinião pública, já que animais menos "simpáticos", mais baratos, como maior prole, como répteis, rãs e ratos não costumam

causar comoção. Os animais são obtidos através de criadores (biotérios), de capturas realizadas na natureza, de furtos a particulares, de instituições de doação ou de órgãos governamentais de captura de animais – Centros de Controle de Zoonoses (TOLEDO, 2007)

Nesse sentido Tom Regan constata:

Nenhuma pessoa razoável vai negar que os animais sofram danos devidos a essas pesquisas (...) quando são afogados, sufocados, deixados sem alimento até morrerem de fome; ou quando eles têm seus membros amputados e seus órgãos esmagados; ou quando lhes são causados ataques cardíacos, úlceras, paralisia e convulsões; ou quando são forçados a inalar fumaça de cigarro, beber álcool e ingerir várias drogas, (...) são queimados, expostos à radiação e usados em cirurgias experimentais; são submetidos à choques, criados em isolamento, expostos à armas de destruição em massa, levados à cegueira (...).(REGAN, 2006).

Nesse sentido, deve-se prevalecer os valores bioéticos e sociais, para afastar uma intervenção desnecessária, objetificando os animais, dispondo-os em condição de indignidade. Desde 24 de setembro de 2014, está em vigor a Resolução Normativa nº 18 do Concea, que diminui ou substitui o uso de animais por métodos alternativos em 17 tipos de testes e experimentos. A norma vale para empresas e instituições de pesquisa públicas e privadas em todo o Brasil. No Brasil, um grande marco para a pesquisa científica na área da saúde ocorreu com a aprovação da Lei 11.794 de outubro de 2008, conhecida como Lei Arouca, que regulamentou a criação e a utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica no país. A nova lei criou o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA), e obrigou as Instituições de Pesquisa a constituírem uma Comissão de Ética no Uso de Animais (CEUA).

Observa-se que de diferentes maneiras o ser humano utiliza os animais para satisfazer seus próprios interesses, refletidos em hábitos culturais, que intrínsecos na sociedade, perpassam como inofensivos. É o caso da domesticação de animais, que revela uma face muitas vezes velada, como uma verdadeira “cifra negra”, não revelada as grandes massas. Os animais domésticos, embora até mesmos considerados membros da família, passam por situações indignas, como o abandono. Sabe-se que um animal meche com toda estrutura de um lar, até mesmo em aspectos econômicos, e muitas pessoas não tem dimensão da responsabilidade oriunda da adoção. Nem sempre os animais se adaptam a realidade da família adotante. Ainda, é muito comum usar-se de animais como meio de presente, sendo descartados após um tempo, em razão da falta programação da família; a outra é o crescimento dos casos de abandono no período de férias. Sobre o abandono e a falta de planejamento ao assumir o cuidado de um animal, o jornal Época, publicou uma pesquisa realizada pelo Ibope Inteligência e Instituto Waltham acerca da possibilidade de

levar os animais consigo em caso de mudança de residência, e o resultado nos surpreende negativamente:

SOBRE A EXPERIÊNCIA DE TER UM BICHO DE ESTIMAÇÃO

Em %

Donos de cães

“Se eu tivesse de me mudar, levaria o meu cão comigo”

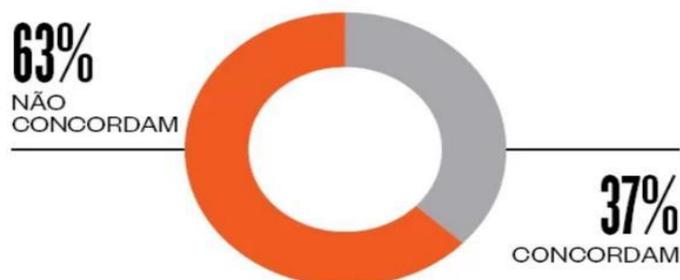
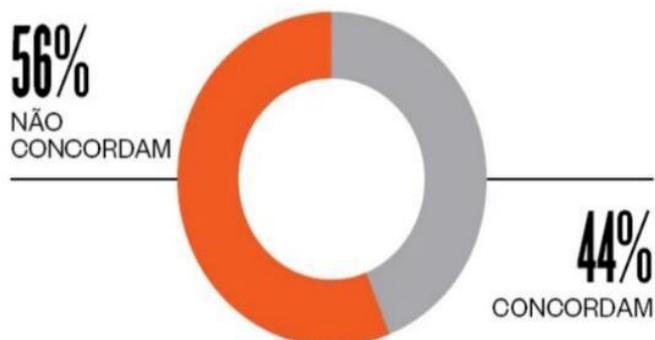


Figura 1: Pesquisa aos donos de cães “Se eu tiver de me mudar, levaria o meu cão comigo”, elaborado pelo Ibope Inteligência e Instituto Waltham. Disponível em <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/3-comportamentos-pessimos-que-levam-ao-abandono-de-animais-segundo-o-ibope.html/>>.

Donos de gatos

“Se eu tivesse de me mudar, levaria o meu gato comigo”



Fonte: Ibope Inteligência e Instituto Waltham

ÉPOCA

Figura 4: Pesquisa aos donos de gatos “Se eu tiver de me mudar, levaria o meu gato comigo”, elaborado pelo Ibope Inteligência e Instituto Waltham. Disponível em < <http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/06/3-comportamentos-pessimos-que-levam-ao-abandono-de-animais-segundo-o-ibope.html>>.

A problemática do abandono também está interligada a animais de circos, como leões e tigres, e à animais silvestres exóticos, contribuindo com o desequilíbrio ecológico. Além disso, a discussão acerca da dignidade dos animais é muito ampla, perpassando pela indústria do consumo a sua utilização como mecanismo de trabalho ou como forma de obter lucro. Fato é que, independente da modalidade de abuso, o ser humano sempre coloca seus interesses individuais a frente dos interesses das demais espécies animais, as quais deveriam conviver em harmonia.

Nesta seara, outra questão que ganhou destaque na sociedade é acerca da constitucionalidade do sacrifício de animais em rituais de cultos e liturgia de matriz africana. Há, nesse ponto uma verdadeira ponderação de interesses, uma colisão entre direitos fundamentais básicos, quais sejam liberdade religiosa e dignidade dos animais. Nesse sentido, a discussão perpassa pela seara dos direitos humanos, sendo que os dois interesses representam a dignidade de seus destinatários. Conforme Hannah Arendt os direitos humanos não são objeto de extinção, e são fundamentos que se apresentam interligados, um não anulando o outro.

As religiões de matriz africana, historicamente, sofrem repressão e preconceito. Passados 500 anos da escravidão, percebe-se que a desigualdade étnico-racial e a intolerância permanecem presentes como nunca, só que exteriorizada de forma velada. Acerca disso, pontua-se:

Um preconceito que os próprios negros sentem, mas a sociedade é incapaz de perceber, acreditando cegamente que foi superada, sobretudo pelas políticas públicas de correção das desigualdades, mas que quão mais intensa fica quanto mais escura for a cor da pele.

Dessa forma, as religiões de matrizes africanas surgiram como verdadeira repressão ao sistema que era imposto, de extrema indignidade dos corpos negros. Pontua-se:

Dali por diante teriam que conviver com o trauma do desenraizamento das terras dos ancestrais e com a falta de amigos e parentes que deixaram do outro lado do Atlântico. Logo percebiam que viver sob a escravidão significava submeter-se à condição de propriedade e, portanto, passíveis de serem leiloados, vendidos, comprados, permutados por outras mercadorias, doados e legados. Significava, sobretudo, ser submetido ao domínio de seus senhores

e trabalhar de sol a sol nas mais diversas ocupações. (ALBUQUERQUE, 2006.p65).

Nessa medida, a catequização imposta tinha o objetivo de minimizar as culturas afro-brasileiras, fazendo com que os escravos se moldassem ao estilo europeu, perdendo sua própria cultura. E nesse cenário, insere-se a perseguição religiosa.

Não é necessário que se vá muito longe na história do nosso país para entender que a intolerância religiosa e a farsa da laicidade têm como origem o colonialismo. Desde a invasão pelos portugueses, a religião cristã foi usada como forma de conquista, dominação e doutrinação, sendo a base dos projetos políticos dos colonizadores. (NOGUEIRA, 2010. p. 20)

Na outra medida, nessa ponderação de interesses, tem-se a dignidade dos animais, que estão sujeitos a sacrifícios, e muitas vezes tornando-os meros objetos, e expondo-os as técnicas de extenso sofrimento. Agência de Notícias de Direitos Animais (2015) condena essa prática:

Um crime não deixa de ser um crime só porque resolvemos chamar o crime de 'liberdade de culto' ou outra coisa. E nem deixa de ser crime se a vítima é comida depois do ritual. O foco da justiça deve ser a vítima, e não o grupo que se sente injustiçado por não poder vitimar um inocente. E se ainda, infelizmente, cometemos o mesmo crime em nome da cultura culinária de comer animais, temos de lembrar que 2 errados não fazem 1 certo.

Nessa medida, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a discutir sobre o tema, por meio do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP/RS), que questionava a constitucionalidade da Lei 12.131/2004 daquele estado. A norma citada garantia a utilização de animais nos cultos afro-brasileiros, desde que fosse sem excessos ou crueldade. Nessa medida, o STF decidiu pela constitucionalidade de tais práticas religiosas, e validade da lei. Conforme o acórdão:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LIBERDADE RELIGIOSA. LEI 11.915/2003 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NORMA QUE DISPÕE SOBRE O SACRIFÍCIO RITUAL EM CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE FLORESTAS, CAÇA, PESCA, FAUNA, CONSERVAÇÃO DA

NATUREZA, DEFESA DO SOLO E DOS RECURSOS NATURAIS, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO. SACRIFÍCIO DE ANIMAIS DE ACORDO COM PRECEITOS RELIGIOSOS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Norma estadual que institui Código de Proteção aos Animais sem dispor sobre hipóteses de exclusão de crime amoldam-se à competência concorrente dos Estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, da CRFB). 2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. 3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. 4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos. 5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. 6. Tese fixada: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.(RE 494601).

Nessa perspectiva, embora a dignidade dos animais esteja em pauta, a realização de tais cultos religiosos também representa a dignidade de um povo, sendo um tema muito caro para os praticantes dessas religiões. No entanto, o exercício dessa liberdade não é irrestrito, sendo ainda condenada práticas que perpassam o senso de racionalidade e necessidade. Dessa forma, exige-se proporcionalidade na referida questão. Segundo Ramirez:

aplica-se a proporcionalidade quando não se encontra adequação entre o fim desejado e os instrumentos empregados, quando a medida não seja verdadeiramente necessária (havendo outra forma menos gravosa de se alcançar o fim) ou não haja proporcionalidade (em sentido estrito), uma vez que o que se perde com a medida é mais relevante do que aquilo que se ganha.(RAMIREZ,2021).

Tal perspectiva pode ser vislumbrada no voto de Alexandre de Moraes:

“Um Estado não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; exige, tão somente, respeito; impossibilitando-o de mutilar dogmas religiosos de várias crenças” (Voto do ministro Alexandre de Moraes, p. 41).

Dessa forma, os direitos dos animais continuam a ter implicações éticas em diversos setores, necessitando de verdadeira consciência para preservação dos direitos dos seres vivos, em sentido amplo. Dessa forma, a proteção a fauna e a flora deve ser prioridade de um estado, ressalvadas, de forma proporcional, os conflitos de interesses.

5 CONCLUSÃO

O ser humano, como única espécie capaz de racionalizar o mundo a sua volta, preocupou-se em elevar o seu status de dignidade, vez que, em um estado primitivo, nem todos a possuía, sendo as classes mais baixas servindo de mero objeto para suprir a necessidade de uma elite dominante. Com a evolução social, sobretudo após o florescimento do movimento iluminista, o ser humano voltou-se a uma proteção efetiva ao seu semelhante, elevando a gama de direitos básicos inerentes a todos os indivíduos, prevenindo hipóteses de indignidade ou de sofrimento humano demasiado. Todavia, pouco se pensou nos animais não humanos.

Nessa circunstância, as demais espécies de animais foram marginalizadas e tidas como meros objetos, longe de terem uma proteção efetiva pela legislação pátria. Não são consideradas como sujeitos de direito, e por isso estão constantemente passando por situações de indignidade.

O presente trabalho pretendeu fazer uma análise da proteção dos animais, sobretudo no que tange a garantia de sua dignidade. Percebeu-se que a evolução histórica da relação homem e animal modifica de acordo com a passagem do tempo, transformando conjuntamente os valores sociais. Ainda assim, há um longo caminho a ser percorrido.

O próprio percurso social da sociedade é um entrave para uma proteção efetiva, já que, algumas práticas, já moduladas e inseridas no contexto social, são tidas, pela grande massa, como inofensivas e de pouca lesividade. Ou seja, a própria sociedade já foi domesticada para não reconhecer os abusos sofridos pelos animais não humanos.

Assim, avalia-se a necessária reeducação da sociedade, promovendo uma geração de pessoas mais conscientes e que reconhece os animais como sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DE DIREITOS ANIMAIS (ANDA). **A ironia e contradição dos sacrifícios de animais em religiões de matriz africana. 2015.**

ALBUQUERQUE, W.; FILHO, W. **Uma história do negro no Brasil.** Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ALEXANDRINO, Laiane Castro. **Vaquejada x direito dos animais: crueldade e cultura em contraposição.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54067/vaquejada-x-direito-dos-animais-crueldade-e-cultura-em-contraposicao>. Acesso em 09/05/2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 1992. 216p.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do Acórdão de decisão que negou provimento ao Recurso Extraordinário 494.601 Rio Grande do Sul.** Relator: ministro Marco Aurélio. 28 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&ext=.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.131 de 22 de julho de 2004. **Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul.** In: Diário Oficial Estadual, Rio Grande do Sul, RS, 23 jul. 2004. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/12.131.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em . Acesso em 04.04.2023.

BRASIL. Lei nº 9.605/1998 (Lei de crimes ambientais). Disponível em . Acesso em 24.11.2016. 127
BRASIL. Lei nº 7.173/1983. Disponível em . Acesso em 08.05.2023.

BRASIL. Lei nº 7.643/1987. Disponível em . Acesso em 24.11.2016. 129
BRASIL. Lei nº 11.794/2008. Disponível em . Acesso em 24.11.2016. 130
BRASIL. Lei nº 10.519/2002. Disponível em . Acesso em 08.05.2023.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. 1.vol. São Paulo: Saraiva, 2003. 408p.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 4. Ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7667>>. Acesso em: 21 abr. 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 589p.

FARIAS,T.; COUTINHO, F. S. da N.; MELO, G. K. R. M. M. Direito Ambiental. 2 ed. Bahia. Editora Jus PODIVM, 2014.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

KANT, I. A fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. Vol 1. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 323p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

NOGUEIRA, S. **Intolerância religiosa [livro eletrônico]** São Paulo : Sueli Carneiro ; Pólen, 2020. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro).

REGAN, Tom. Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006. 266p.

PLASSMANN, Giulia Beatriz. O Iluminismo e a Arte: a pintura de Goya. Disponível em: <https://www.canalcurtahistoria.com/post/o-iluminismo-e-a-arte-a-pintura-de-goya>. Acesso em 21/04/2023.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOBRE o uso de animais em experiências científicas. Disponível em: <<http://archives.lists.indymedia.org/cmi-ssa/2003-July>>. Acesso em: 09 mai 2023.

SINGER, Peter. Ética prática. São Paulo: Martins Fontes. 2002. 408p. _____. Libertação animal. 4.ed. São Paulo: Lugano, 2004. 357p.

TOLEDO, Gabriela. Visisecção. Disponível em: <<http://www.pea.org.br>>. Acesso em: 09 mai. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

FUNÇÃO SOCIAL DA UNIVERSIDADE PÚBLICA FRENTE AO MARCO LEGAL DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

IGOR MITSUO SOUSA MORIYAMA:

Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras, Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas, Especialista em Direito de Civil pela PUC Minas e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais⁴.

RESUMO: Introdução: O Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação intenta realizar alterações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro, que oportunizem o incentivo ao desenvolvimento científico. Todavia, é prudente analisar tal texto legal, para averiguar as adequações legais de suas proposições e vislumbrar o impacto da sua utilização na educação pública. Objetivos: O presente artigo tem por escopo apresentar algumas das alterações legislativas trazidas pela nova normativa, bem como mostrar as razões para sua criação e a tramitação legislativa ocorrida até sua aprovação. Além disso, será apresentado o conceito de Universidade Pública em consonância com o princípio da função social, consagrado pelo Estado Democrático de Direito, buscando verificar se a entrada em vigor dessa inovação legislativa operou um avanço ou um retrocesso no que diz respeito ao cumprimento, por parte das Universidades Públicas, de sua função social. Metodologia: A presente pesquisa se envolve de um enfoque qualitativo e de averiguação teórica, com consequente apreciação do texto legislativo e de sua consonância com os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, seguindo um estudo de suas proposições e mecanismos, sondando adequação destes ao ensino público. Conclusão: Após o estudo acima descrito, averiguou-se que o Marco Legal deixou de trazer em seu bojo normativo um maior respeito ao compromisso que o desenvolvimento científico deveria deter em relação à função social da Universidade Pública.

Palavras-Chave: Marco Legal da Ciência; Tecnologia e Inovação; Alterações Legislativas; Universidade Pública; Função Social.

ABSTRACT: Introduction: The Legal Framework for Science, Technology and Innovation intends to make legislative changes in the Brazilian legal system, which will encourage scientific development. However, it is prudent to analyze this legal text, to verify the legal adaptations of its propositions and to glimpse the impact of its use in public education. Objectives: The purpose of this article is to present some of the legislative changes brought about by the new regulation, as well as to show the reasons for its creation and the

⁴ E-mail: igormoriyama@gmail.com

legislative process that occurred until its approval. In addition, the concept of Public University will be presented in line with the principle of social function, enshrined by the Democratic State of Law, seeking to verify whether the entry into force of this legislative innovation operated an advance or a setback with regard to compliance, for part of Public Universities, of their social function. Methodology: This research involves a qualitative approach and theoretical investigation, with consequent appreciation of the legislative text and its consonance with the guiding principles of the Brazilian legal system, following a study of its propositions and mechanisms and their adequacy to public education. Conclusion: After the study described above, it was found that the Legal Framework failed to bring in its normative core greater respect for the commitment that scientific development should have in relation to the social function of the Public University.

Keywords: Legal Framework for Science, Technology and Innovation; Legislative changes; Public University; Social function

1 Introdução e Metodologia

O Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação (a Lei n. 13.243 de 2016) tem por escopo realizar alterações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro, que oportunizem o incentivo “ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação”. Nesse sentido, com o objetivo de apresentar algumas dessas alterações, o presente artigo tenta conceituar o Marco Legal partindo-se de uma abordagem teórica acerca do tema principal em foco, bem como das razões para sua criação e, sucintamente, de toda a tramitação legislativa ocorrida até sua aprovação.

Ademais, será apresentado o impacto significativo da utilização deste construto normativo para a educação, motivo pelo qual ensejará a abordagem do conceito de Universidade Pública, como uma autarquia de regime especial, de acordo com o que versa Celso Antônio Bandeira de Mello¹, e também do princípio da função social, consagrado pelo Estado Democrático de Direito, com sua pitada’ de interesse público no âmbito do direito privado² (uma expressão de Rozangela Motiska), a fim de que se possa estabelecer uma relação de consonância entre ambos.

Dessa forma, após a análise pormenorizada das principais características estruturantes deste conjunto normativo, assim como da funcionalidade social e da conceituação da Universidade Pública, ambos em foco no presente artigo, passa-se ao estudo da relação existente entre o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação e da função social da Universidade Pública, buscando verificar se a entrada em vigor dessa inovação legislativa operou um avanço ou um retrocesso no que diz respeito ao cumprimento, por parte das Universidades Públicas, de sua função social.

Cumprido frisar, sob a esfera metodológica, que a presente pesquisa, conforme as etapas acima esclarecidas, se envolve de um enfoque qualitativo e de averiguação teórica, com conseqüente apreciação do texto legislativo e de sua consonância com os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, seguindo um estudo das proposições, ferramentas e mecanismos do texto legal e da adequação destes ao ensino público conforme as balizas fundamentais do direito nacional.

2 Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação

Intenta-se realizar, sinteticamente, uma apresentação do que é o Marco Legal, da tramitação ocorrida no período em que esteve na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, dos motivos que fundamentaram a sua criação e de algumas das mudanças provocadas por ele em determinadas leis do ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Conceituação, tramitação e justificativa existencial

O Marco Legal (ou Código) da Ciência, Tecnologia e Inovação consiste num conjunto normativo que, realizando alterações em inúmeras leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro, trata a respeito do incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação.³

Proposto pelo Deputado Bruno Araújo (PSDB-PE), juntamente com outros nove⁴, em 31 de agosto de 2011, o Projeto de Lei n. 2.177 surge em resposta às demandas da comunidade científica brasileira.⁵ Sua tramitação na Câmara dos Deputados se deu dentro de um lapso temporal de pouco mais de quatro anos e três meses. Ao longo desse tempo, inúmeras entidades da sociedade civil participaram dos debates⁶, mediante audiências públicas e seminários, realizados em determinadas partes do país, apresentando críticas e sugestões ao Projeto, que foi aprovado, com substituto, de acordo com o parecer apresentado à Comissão Especial pelo Deputado Sibá Machado (PT-AC).⁷

Já em sede do Senado Federal, que o recebeu em 16 de julho de 2015, agora como Projeto de Lei da Câmara n. 77, tem-se que a sua tramitação foi bem mais célere do que na Casa anterior, abarcando um lastro temporal de aproximadamente cinco meses. Avaliado pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), de Assuntos Econômicos (CAE) e de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT), que se manifestaram favoráveis à aprovação do Projeto, sendo que a última suscitou algumas alterações em seu texto.

Após as mudanças provocadas no documento, o Senado Federal aprovou a redação final conferida ao mesmo e o encaminhou à Presidência da República. Assim sendo, a Presidenta Dilma Rousseff, em 11 de janeiro de 2016, sancionou o Projeto, vetando alguns dispositivos pontuais, aos quais não são relevantes para este estudo.

Tendo como fundamento a ideia de que a área Ciência, Tecnologia e Inovação, no mundo globalizado, é um fator que determina o desenvolvimento socioeconômico de um Estado, é possível afirmar que os principais motivos legislativos e doutrinários que fundamentaram a criação desse arcabouço normativo estão relacionados às necessidades de i) criar condições que potencializam a produtividade e a competitividade do Brasil na área Ciência, Tecnologia e Inovação, posto que ainda se demonstram insatisfatórios; ii) desburocratizar a legislação existente acerca do tema que, nesse ponto, pouco se atenta para a relevância e para as especificidades dessa área, que justificariam a adoção de procedimentos mais céleres; e iii) incentivar e de fortalecer a parceria/o elo entre as vertentes industrial e a acadêmica.⁸⁻¹⁰

2.2 Algumas das mudanças efetuadas

Objetiva-se, neste tópico, apresentar algumas das mudanças suscitadas pelo Marco Legal que traçam abordagens da seara principiológica, da interação das Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICT's) com as empresas, da relação destas com o Estado, da atuação do professor de dedicação exclusiva, da dispensa de licitação em determinados casos e da isenção e redução do Imposto de Importação.

Antes de se prosseguir, porém, imperioso se faz apresentar a conceituação de ICT que, de acordo com o art. 2º, V, da Lei n. 10.973 de 2004, com a redação dada pela Lei n. 13.243 de 2016, consiste em um(a):

“[...] órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos [...]”;¹¹

Portanto, afirma-se que, não obstante o presente trabalho tratar acerca da Universidade Pública, deve-se destacar que o Marco Legal não abarca somente ela, já que também se enquadram no pré-citado conceito, por exemplo, as Universidades Privadas sem fins lucrativos.

Dando-se seguimento, então, pode-se dizer que os quatorze incisos inseridos no art. 1º da Lei n. 10.973 de 2004 consistem num arcabouço principiológico que norteará as medidas de estímulo às atividades de Ciência, Tecnologia e Inovação. Desse modo, citam-se, a título de exemplo, os princípios que tratam a respeito da descentralização dessas atividades no âmbito das esferas de governo e da desconcentração por parte de cada ente federativo, do fomento à competitividade empresarial nos mercados interno e externo e

do incentivo à colaboração, nessa seara, entre as empresas, os entes federados e os setores público e privado.

As ICT's públicas poderão, conforme redação dada ao artigo 4º, II, da Lei em exame, permitir que pessoas naturais, empresas ou outras ICT's utilizem dos seus laboratórios e de demais instalações para a prática de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, contanto que essa permissão não interfira de forma direta ou conflite com suas atividades de pesquisa, ensino e/ou extensão. Nos moldes do seu art. 5º, além da União, conforme antes previsto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, atentando-se para suas particularidades e demandas no tocante à ciência, à tecnologia e à inovação, poderão participar de forma minoritária do capital social de empresas.

Segundo alteração realizada no §3º, do art. 8º, da Lei de Inovação, a ICT poderá ceder a integralidade dos direitos de propriedade intelectual à instituição privada com a qual tenha estabelecido acordo de parceria, devendo receber, para tanto, contrapartida financeira ou não, neste último caso, contanto que passível de apreciação econômica. Nos moldes, já alterados, do art. 14, §3º, da referida lei, as gratificações específicas dos professores em regime de dedicação exclusiva serão garantidas com o total afastamento desses de uma ICT pública para outra, mesmo que nesta não exerçam atividade de docência. Além disso, tem-se que, de acordo com o art. 14-A, eles poderão executar, nas empresas, atividades remuneradas de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que autorizados pelas instituições de origem e dando continuidade às suas atividades de ensino ou pesquisa no órgão receptor.

O art. 15-A, incluído pelo Marco Legal, obriga a ICT de direito público a estabelecer uma política de inovação que, em observância a certos princípios e diretrizes, esteja em conformidade com as prioridades previstas na política nacional de ciência, tecnologia e inovação e na política industrial e tecnológica nacional. Além do mais, vê-se que a alteração suscitada no §2º, do art. 19, ampliou os instrumentos de estímulo à inovação nas empresas. Dessa forma, foram previstos, para além da subvenção econômica, do financiamento e da participação societária, outros nove instrumentos, dentre eles, a concessão de bolsas, o bônus tecnológico, a encomenda tecnológica e os incentivos fiscais. Conforme o § 4º, do art. 20, desta Lei, incluído pelo Código, o fornecimento de produto ou processo inovador por parte de empresas (ou outras entidades de direito público ou privado) ligadas à atividade de pesquisa, contratadas pela Administração Pública para esse fim, poderá ser adquirido dispensando-se a licitação.

Segundo o art. 24, XXI, da Lei n. 8.666 de 1993, alterada pelo Marco Legal, é dispensável a realização de licitação para a compra de produtos para pesquisa e desenvolvimento. Frise-se que, ao contrário da antiga redação dada ao referido dispositivo, não há necessidade de que os recursos para pesquisa e desenvolvimento sejam concedidos por instituições como a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

(Capes) e a Financiadora de Estudos e Projetos (Finep) ou por outras de fomento à pesquisa e que possuam credenciamento junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Ademais, de acordo com o §4º do mesmo artigo, incluído pelo Código, é inaplicável a vedação presente no art. 9º, I, da Lei em exame, que inviabiliza a participação, direta ou indireta, de pessoa natural ou jurídica que seja autora do projeto, no procedimento licitatório ou na realização de obra ou serviço e no oferecimento de bens a eles essenciais.

De acordo com a alínea g, do inciso I, da Lei n. 8.032 de 1990, incluída pelo Marco Legal, as empresas que estejam relacionadas à execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação estão sujeitas às isenções e reduções do Imposto de Importação. Por fim, conforme disposto no §4º, do art. 21, da Lei n. 12.772 de 2012, os professores de dedicação exclusiva poderão desenvolver atividades de caráter científico ou tecnológico por até quatrocentas e dezesseis horas anuais (e não mais de cento e vinte horas, conforme disposto na antiga redação) ou oito horas semanais em instituições privadas.

3 Universidade Pública e sua Função Social

Agora que se tem uma base de conhecimento acerca do Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, para se alcançar o objetivo do presente artigo, faz-se de fundamental importância entender o que é a tão mencionada função social, assim como compreender o que é uma Universidade Pública e qual é a sua finalidade. Para tanto, nesta parte, busca-se expor o conceito de função social e de Universidade Pública e, em seguida, explicar em que consiste tal função nesta espécie de instituto de ensino superior.

3.1 O que é uma universidade pública

A formação de institutos destinados à pesquisa do mundo natural e a transmissão dos conhecimentos obtidos para as próximas gerações remontam tempos antigos, podendo-se destacar as escolas gregas como algumas das primeiras entidades organizadas a se preocuparem com a sistematização do processo educacional no ocidente. Contudo, o surgimento de universidades deu-se tardiamente, na medida em que tais órgãos dispuseram de um formato de educação mais complexo, baseado também no âmbito da formação profissional, em uma ordenação hierárquica - onde se tem professores e alunos de graus distintos - e em áreas de saber integradas entre si.¹²

Conforme Renilda Correia de Oliveira, “as primeiras Universidades surgiram em Bolonha, no início do século XII, onde existiam escolas privadas e independentes, bem como pequenas sociedades”.¹³ Todavia, vale ressaltar que elas não seguiram um modelo

único, edificando formas de organização distintas, principalmente quando foram se expandindo para outras regiões, como as áreas da atual Inglaterra e França.

Tais entidades irromperam-se na busca pela consolidação de um método de ensino que contivesse, principalmente, o “estabelecimento de estatutos; representantes eleitos; auxílio mútuo; seguridade de proteção diante das ameaças possíveis da população e das autoridades locais; e regulamentação do exercício autônomo da atividade”.¹⁴

Ao longo dos séculos esses objetivos se mantiveram, mas foram complementados por muitos outros. Algo natural, pois a dinâmica social, os meios de formação e transmissão de conhecimento e os intercâmbios econômicos e estatais - elementos essenciais para moldar as formas de ensino e interação acadêmica -, sendo produtos da relação humana, estão em constante alteração.

Hoje, compreende-se a Universidade como sendo “o lugar apropriado para a criação e divulgação do saber, para o desenvolvimento da ciência e para a formação de profissionais de nível superior, técnico e intelectuais úteis ao sistema”.¹⁵ Segundo Maria de Fátima de Paula, a “universidade se traduz como uma pluralidade de campos de saber articulados através das práticas inter e transdisciplinares que tornam possível uma unidade na diversidade”.¹⁶

Seguindo o conceito assumido em 1987, pelo Fórum Nacional de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras¹⁷, podemos definir uma universidade, em linhas mais gerais, como sendo um local de ensino (centrado na transmissão de conhecimento de nível superior, objetivando a formação de profissionais, especialistas, mestres e/ou doutores), pesquisa (estudo e formação de novos saberes) e extensão (processo pelo qual a universidade traz benefícios sociais ao integrar harmonicamente seu dever de ensino e de pesquisa).

Uma Universidade Pública engloba, em seu cerne, todos os elementos acima elencados, mas faz-se de suma importância ressaltar que ela também detém um caráter público, como o próprio nome indica. Portanto, esse tipo de instituição é mantida pelos recursos do Poder Público, podendo ser promovida pelo governo da União, de um Estado Federado, ou do Distrito Federal, nesse sentido dispõe o art. 211 da CF/88.¹⁸ Em detrimento de tal característica, elas são entidades da administração pública, compondo a administração indireta e se caracterizam como uma autarquia com relativa autonomia (em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996¹⁹), mais precisamente, são um tipo de autarquia de regime especial, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁰

3.2 Função social

A função social é elemento jurídico complexo que passou a ser amplamente estudado e implementado nos institutos do direito a partir da maior disseminação das noções de justiça social, dos direitos coletivos e da dignidade da pessoa humana. Sua conceituação é tarefa intrincada, pois, apesar de ser princípio jurídico autônomo, é carregado de subjetividades e variáveis, sendo moldado de acordo com a disciplina em que é utilizado.

Rozangela Bertolo afirma que “a busca da concreção dos direitos fundamentais individuais de primeira geração, em oposição à garantia meramente formal desses direitos, ensejou uma significativa elaboração conceitual acerca da justiça social e veio a resultar na consagração dos direitos sociais”.²¹ Deste modo, surgiram os denominados direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais. Posteriormente, tem-se o desenvolvimento da terceira geração de direitos, os “direitos denominados de fraternidade e que envolvem os direitos e interesses difusos”.²²

Então, em suma, vê-se que, conforme o círculo de relações sociais se tornou mais complexo e amplo, novas formas de direitos surgiram para preservar a interação comunitária, passando a abarcar não somente a esfera individual do ser humano, mas sim um grupo de pessoas (determinadas ou não) e interesse plúrimos. Deste modo, forma-se um movimento de preocupação com a vontade coletiva, ponto de partida para o desenvolvimento da ideia de função social.

A construção histórica e teórica da função social foi gradativa e envolveu a abordagem de conceitos concernentes a visão do ser humano como um ser social, da solidariedade e da justiça social, representando “verdadeira ‘pitada’ de interesse público no âmbito do direito privado”.²³ Logo, a elaboração dessa função se deu mediante a compreensão de que, se os interesses coletivos não forem prezados para se manter a harmonia social, o ser humano, individualmente, seria prejudicado no tocante a seus direitos fundamentais, já que este não vive adequadamente em ambiente de isolamento.

Atualmente, entende-se que a função social é clara noção conceitual acerca da solidariedade e da justiça social, tendo a natureza de um princípio (conferindo coerência e unidade sistêmica aos direitos e deveres de abordagem coletiva que o instituto jurídico que o usa detém), uma diretriz (buscando uma melhoria em certos aspectos de relevância) e uma cláusula geral ou um conceito indeterminado (valendo de “linguagem intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’ e atribui ao juiz, no caso concreto, o poder de criar, desenvolver ou complementar normas jurídicas”.²⁴ Ademais, segundo Rozangela Motiska, a função social é “ensejadora de obrigações e comportamentos de natureza negativa (de não fazer) e positiva (de fazer), no exercício de direitos, interesses e faculdades”²⁵, inerentes aos institutos jurídicos aos quais são aplicadas.

Mediante essa discussão, pode-se entender, por fim, que a função social é o desempenho que certo indivíduo, objeto ou instituto deve possuir perante a sociedade, atendendo interesses sociais ou coletivos. Assim, ele é elemento que delimita deveres sociais a serem seguidos, se focando na ideia da obrigação comunitária que a ação ou componente, imbuído de interesse individual, deve deter em si. Em vista disso, uma atividade individual carece exercer também uma funcionalidade social, seja respeitando os direitos dos demais (não lhes causando prejuízo), atendendo sua finalidade de forma que também gere contribuição social ou tendo utilidade comunitária. Como o próprio nome enseja, função social é a função que algo ou alguém deve ter para com a sociedade.

3.3 Função social da universidade pública

Perante os entendimentos anteriormente expostos, busca-se então compreender qual vem a ser a função social da Universidade Pública.

É irrefutável dizer que as Universidades possuem uma função social, pois são entidades de grande magnitude e relevância para a sociedade, sendo capazes de gerar informações estratégicas para a organização da vida em comunidade, na medida em que são um dos principais caminhos para se produzir e disseminar conhecimento. Assim, devido sua importância no sistema, são detentoras de uma função social.

Pelo fato de que tais instituições integram a Administração Pública, afirma-se que estas devem partilhar também das mesmas finalidades que a última. Por conseguinte, como o objetivo da Administração Pública é "alcançar o interesse público",²⁶ buscando o bem comum e o bem-estar social, consequentemente tal finalidade se estenderia às Universidades Públicas. O referido objetivo, por ser um desempenho de cunho social, concretiza-se como sendo uma função social em si. Contudo, ela, isoladamente, seria uma função muito ampla, que também se aplica a qualquer outro órgão ou entidade componente da estrutura governamental, não contabilizando as peculiaridades de uma instituição de ensino deste tipo.

Diante do exposto, e também levando em conta a já mencionada construção histórica das universidades, suas primordiais atividades e seu amplo leque de possibilidades, recursos e formas de atuação (que lhe concedem diversas maneiras de interação social), assim como sua autonomia funcional, Ligia Paula Couto elenca os seguintes objetivos das Universidades Públicas (os quais, por constituírem dever ao meio social, direta ou indiretamente, igualmente se configuram como uma função social):

- Ser uma instituição e não uma organização social;
- Gera reconhecimento;
- Atuar na docência, pesquisa e extensão visando a solução dos

problemas sociais que atingem nosso país e o mundo;

- Formar (em oposição a treinar) alunos críticos e conscientes de sua importância e poder na constituição de uma sociedade mais justa e igualitária. Auxiliando, dessa maneira, na constituição de bons cidadãos;
- Garantir a formação contínua de seus professores para que esses lidem com o significado da universidade, discutam o processo de ensino- aprendizagem em uma perspectiva de relação com o saber, reflitam acerca da mudança de paradigma (de moderno para o pós-moderno) e almejem formar alunos profundos.²⁷

Ademais, conclui-se que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996²⁸, em seu artigo 43, define algumas finalidades da educação superior (que pelos mesmos motivos acima arrazoados, também constituem função social desta espécie de instituto).

4 Marco legal x Função social da Universidade Pública²⁹

Superada a análise das principais características estruturantes do Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, bem como da funcionalidade social e da conceituação da Universidade Pública, passa-se, neste momento, ao estudo da relação existente entre esses dois expedientes.

Como demonstrado, o Marco, enquanto produção legislativa, surge como instrumento normativo para o estímulo “ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação”, nos termos de seu preâmbulo. É notório que o estímulo desses institutos diz respeito a pontos fundamentais da função social que o ordenamento jurídico pátrio confere à Universidade Pública.

Dessa forma, pretende-se promover o estudo da viabilidade do Marco Legal, enquanto instrumento para consecução e incremento da função social da Universidade Pública. Em outras palavras, intenta-se analisar se a promulgação dessa lei constituiu avanço ou retrocesso no tocante à garantia do cumprimento, por parte das Universidades Públicas Brasileiras, da função social que lhe é atribuída.

4.1 Dinâmica geral do embate

Como já exposto nesta produção acadêmica, o Marco Legal foi instituído com o principal objetivo de incrementar e acelerar o desenvolvimento científico e tecnológico do país, por meio da promoção de maior interação entre a esfera pública e privada no campo da pesquisa científica. Dessa forma, o impulsionamento dessa integração se deu pela facilitação e incentivo do estreitamento de laços entre as empresas e as Universidades

Públicas, haja vista que essas últimas são as principais responsáveis pelo desenvolvimento científico nacional.

Pela análise detida da redação do Marco Legal, percebe-se o intento acima exposto, senão veja-se os seus artigos 3º - B e 4º.³⁰

Pela redação dos artigos acima mencionados, percebe-se, nitidamente, um esforço para uma maior integração público-privada, com possibilidade, inclusive, de que empresas privadas utilizem espaços, materiais, equipamentos e, até mesmo, capital intelectual público para instalação e consolidação de ambientes promotores de inovação científica, tecnológica e de pesquisa. Essa possibilidade, inexoravelmente, irá afetar as Universidades Públicas, haja vista que, como já afirmado, representam os principais agentes de pesquisa científica e tecnológica do país.

Outro exemplo de flexibilização da relação entre a esfera pública e privada promovida pelo Marco é a possibilidade de dispensa de licitação em contratos realizados entre a Administração Pública e entes privados para promoção de pesquisa, inovação tecnológica, obtenção de produtos e serviços, dentre outros.³¹

Observa-se que a dispensa de licitação é medida excepcional que deveria ser utilizada somente em contratos públicos com reconhecida necessidade, conforme artigo 24, IV da Lei 8.666/1993.³² E, não parece razoável, a partir do raciocínio da funcionalidade social dos órgãos e entidades da Administração Pública, a dispensa da licitação para os casos apontados pelo Marco, tendo em vista as principais finalidades do instituto licitatório, a saber: "obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados".³³

Igualmente, nesse mesmo sentido de simplificação da relação entre os entes públicos e privados em prol do desenvolvimento científico, o Código permite, inclusive, a flexibilização do regime de trabalho de dedicação exclusiva dos integrantes de planos de carreiras e cargos de magistério.³⁴

É fato notório que o regime de dedicação exclusiva dos professores de magistério superior foi instituído com o objetivo de possibilitar que os docentes das Universidades Públicas, majoritariamente, pudessem concentrar suas atividades no sentido de contribuir para uma formação de qualidade dos discentes que, em última instância, permitam a renovação, utilização e permanência dos avanços científicos obtidos por gerações anteriores. Portanto, a flexibilização trazida pelo Marco, acaba enfraquecendo o comprometimento dos docentes para com a formação dos alunos, pois, inevitavelmente, a atração financeira gerada pelas grandes empresas, no mercado de inovação tecnológica, tencionará os docentes a priorizá-la em detrimento da formação acadêmica do corpo

discente, o que fere, frontalmente, a função social que se espera de uma Universidade Pública.

Além disso, um dos mais nítidos exemplos de degradação da funcionalidade social da Universidade Pública se faz presente pela possibilidade de afastamento dos servidores para realização de atividades junto a projetos de pesquisa de empresas privadas, sem prejuízo de sua remuneração, conforme os termos do Art. 4, III cominado com o Art. 14 do Marco.³⁵ Essa permissão desvirtua o objetivo do educador do ensino superior, que passa a alterar seus esforços laborais, reduzindo o tempo de atividade em prol da transmissão de conhecimento e de pesquisa voltados ao benefício social (os frutos da pesquisa científica são públicos, não sujeitos ao uso exclusivo de empresa privada ou a patentes).

Diante dessas breves considerações sobre as mudanças realizadas pelo Marco Legal no cenário de pesquisas e inovação tecnológica brasileira, é indubitável concluir que essa nova lei não teve pleno compromisso com a garantia da função social das Universidades Públicas, isto é, não houve por parte do legislador uma sensibilidade para os objetivos sociais de tal instituição de ensino, como elencado neste estudo, no tópico 3.3. Vê-se que a intenção precípua da Lei nº 13.243/2016 foi acelerar o desenvolvimento científico do país, simplificando a relação público-privada, sem ter como prioridade o cumprimento, por parte das universidades, de sua função social.

A função social de uma Universidade Pública, como já demonstrado neste estudo, deve ser entendida, em apertada síntese, como a promoção do bem comum social por meio do incremento da qualidade de vida da população. Este entendimento deve nortear o desenvolvimento das atividades de pesquisa, ensino e extensão que são o tripé fundamental das universidades.

Como demonstrado, o Código da Ciência, Tecnologia e Inovação trouxe alterações significativas no que diz respeito ao cumprimento da função social da Universidade Pública, tais como a cessão de espaços e equipamentos públicos para empresas privadas desenvolverem atividades de pesquisa; a permissão do uso de capital intelectual em projetos de pesquisa e inovação, até mesmo, sem contrapartida financeira e a dispensa de licitação em contratos de encomendação de produto ou processo inovador.

Esses exemplos ferem, frontalmente, a função social de uma Universidade Pública, pois, ainda que a redação da Lei mencione, timidamente, o interesse público para a consecução das atividades, há o esforço pela aceleração do desenvolvimento científico sem a devida preocupação acerca dos sujeitos beneficiados por essa expansão desenvolvimentista, que deveria ter como destinatário imediato a sociedade contribuinte como um todo, e não uma pequena parcela do mercado empreendedor brasileiro.

Percebe-se que a mercantilização dos recursos intelectuais presentes nessa espécie de instituto de ensino superior (por meio da concessão de pesquisadores e professores para realização de atividades tecnológicas em entidades privadas) afeta, em grande medida, o adequado funcionamento organizacional da mesma, desvirtuando sua função social - centrada na pesquisa, ensino e extensão que gere frutos proveitosos à população em geral, não se sujeitando a um sistema monetário, colaborando para um bem comum e o bem estar social.

5 Considerações Finais

A partir dos estudos a que se propôs o presente artigo, ao se esmiuçar os conceitos de Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, de Universidade Pública e de função social, bem como as alterações legislativas trazidas pelo mencionado construto normativo e as referências passíveis de se estabelecer entre os temas enfocados, foi possível identificar o princípio da função social como sendo o ponto mais importante no desenvolvimento das atividades de uma Universidade Pública. Tal elemento é base norteadora das finalidades desse tipo de instituto, permitindo com que os produtos da atividade acadêmica gerem frutos úteis e devidamente destinados à sociedade em geral.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o Marco Legal deixou de trazer em seu bojo normativo um maior respeito ao compromisso que o desenvolvimento científico deveria deter em relação à função social, como elemento de solidariedade e da justiça social.³⁶ A referida Lei, ao fundamentar suas alterações na dinâmica das atividades acadêmicas nas Universidades Públicas, limitou-se a apresentar simples menção da expressão "no interesse da administração", o que, claramente, foi insuficiente para garantir o cumprimento da função social nos referidos órgãos de ensino.

Faz-se necessário expor que o conjunto normativo acabou por priorizar a aceleração do desenvolvimento científico, sem, contudo, prever quais seriam aqueles sujeitos destinatários e beneficiários legítimos desse avanço: seria o grande capital ou a população contribuinte que sustenta as Universidades Públicas?

Como resposta a esta indagação, resta claro que, por faltar essa previsão quanto ao efetivo destinatário do benefício, intenta-se por supor que existe grande possibilidade de haver uma sujeição do capital intelectual das Universidades Públicas para com o mercado das grandes empresas (devido, dentre outras coisas, à flexibilização e à mercantilização da relação de trabalho do docente). Este fato enfraquece o comprometimento dos professores para com a devida propagação do saber e com uma produção socialmente consciente de tecnologia. Em consequência, desvirtua-se, mais uma vez, a função social, vindo a priorizar cada vez menos o povo como o principal receptor dos benefícios gerados por tais instituições públicas de ensino.

Referências Bibliográficas

1. Mello, CAB. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros; 2014, p. 173.
2. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006, p. 41. [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.
3. O Marco Legal altera nove leis. São elas: (i) Lei n. 10.973 de 2004; (ii) Lei n. 6.815 de 1980; (iii) Lei n. 8.666 de 1993; (iv) Lei n. 12.462 de 2011; (v) Lei n. 8.745 de 1993; (vi) Lei n. 8.958 de 1994; Lei n. 8.010 de 1990; (vii) Lei n. 8.032 de 1990; e (viii) Lei n. 12.772 de 2012.
4. Deputados Antonio Imbassahy (PSDB/BA), Ariosto Holanda (PSB/CE), Carlinhos Almeida (PT/SP), Izalci (PR/DF), José Rocha (PR/BA), Miro Teixeira (PDT/RJ), Paulo Piau (PMDB/MG), Rogério Peninha Mendonça (PMDB/SC) e Sandro Alex (PPS/PR).
5. BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer acerca do Projeto de lei nº 2.177 de 2011. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://encurtador.com.br/fpNW1>. Acesso em: 04 mar. 2016.
6. Citam-se, por exemplo: Associação Brasileira das Instituições de Pesquisa Tecnológica e Inovação (ABIPTI), Associação Brasileira dos Reitores das Universidades Públicas, Estaduais e Municipais (ABRUEM), Associação Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento das Empresas Inovadoras (ANPEI), Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES), Confederação Nacional da Indústria (CNI), Conselho Nacional de Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa (CONFAP), Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação (MCTI), Procuradoria-Geral da República (PGR), Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), Tribunal de Contas da União (TCU) e Universidade de São Paulo (USP).
7. Vale ressaltar que a Emenda Constitucional n. 85 de fevereiro de 2015, que alterou e acrescentou dispositivos à Constituição Federal no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, foi fruto das discussões suscitadas neste período.
8. Brasil. Projeto de Lei nº 2.177 de 2011. Institui o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. [acesso em 04 mar. 2016]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/emADN>.

9. BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer acerca do Projeto de lei nº 2.177 de 2011. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://encurtador.com.br/fpNW1>. Acesso em: 04 mar. 2016.
10. BRASIL. Senado Federal. Parecer técnico nº 1080/2015/DF. Brasília: Senado Federal; 2015. Disponível em: <https://encurtador.com.br/hryI3>. Acesso em: 04 mar. 2016.
11. Brasil. Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília: Distrito Federal; 2004 [acesso em 04 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/H0OW>.
12. Conforme o ser humano ampliou seu leque de informações sobre o mundo, houve uma expansão do universo científico, surgindo áreas específicas de conhecimento, que, com a presença das universidades, passaram a se conectar mais frequentemente, na busca de uma visão mais completa da sociedade e da natureza.
13. Oliveira, RC. Educação superior, concepções e função social da universidade. p. 02 In: V Encontro de Pesquisa em Educação em Alagoas. 2010; Maceió, AL.
14. Oliveira, RC. Educação superior, concepções e função social da universidade. p. 02 In: V Encontro de Pesquisa em Educação em Alagoas. 2010; Maceió, AL.
15. Camacho T. A Universidade Pública no Brasil. [Internet]. Revista de Sociologia. p. 103-104 [acesso em 21 fev. 2016]. 2005; n.19:100-33. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bnDOV>.
16. Paula, MF. A reforma universitária do Governo Lula no contexto das políticas neoliberais. [Internet], p. 02. In: Paula, MF (org.). Debatendo a universidade: subsídios para a reforma universitária. Florianópolis: Insular; 2004.
17. Fórum Nacional de Pró-reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras. Conceito de extensão, institucionalização e financiamento – Primeiro Encontro de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas. Brasília: UNB, 1987. p. 11 – 12.
18. Brasil [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil [Internet]. Brasília, DF: Senado Federal; 2016 [acesso em 01 mar. 2016]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/pyBT3>.
19. Brasil. Lei Nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Brasília: Distrito Federal; 1996 [acesso em 26 fev. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/H0bs>.

20. Mello, CAB. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros; 2014, p. 173.
21. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006, p. 28. [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.
22. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006, p. 28. [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.
22. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006, p. 41. [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.
23. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006, p. 60. [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.
24. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006, p. 60. [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.
25. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006, p. 17. [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.
26. Mello, CAB. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros; 2014, p. 173.
27. Couto LP. A pedagogia universitária nas propostas inovadoras de universidades brasileiras: por uma cultura da docência e construção da identidade docente. [Internet]. [Tese] [acesso em 24 fev. 2016]. São Paulo: Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo; 2013. Disponível em: <https://encurtador.com.br/jCUW1>.

28. Brasil. Lei Nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Brasília: Distrito Federal; 1996 [acesso em 26 fev. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/H0bs>.

29. Silva, S. O novo marco de C&T e o desmantelamento da universidade pública. 2016 Fev 16 [acesso em 02 mar. 2016]. In: Blog Junho [Internet]. [s.l.]: Blog Junho. 2016. Disponível em: <https://encurtador.com.br/noAE4>.

30. [...]

“Art. 3º - B. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as respectivas agências de fomento e as ICTs poderão apoiar a criação, a implantação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, incluídos parques e polos tecnológicos e incubadoras de empresas, como forma de incentivar o desenvolvimento tecnológico, o aumento da competitividade e a interação entre as empresas e as ICTs.

[...]

§ 2º Para os fins previstos no **caput**, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as respectivas agências de fomento e as ICTs públicas poderão:

I – **ceder o uso de imóveis para a instalação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, diretamente às empresas** e às ICTs interessadas ou por meio de entidade com ou sem fins lucrativos que tenha por missão institucional a gestão de parques e polos tecnológicos e de incubadora de empresas, mediante contrapartida obrigatória, financeira ou não financeira, na forma de regulamento;

[...]

Art. 4º. A ICT pública poderá, mediante contrapartida financeira ou não financeira e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:

I – **compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com ICT ou empresa** sem ações voltadas à inovação tecnológica para consecução das atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;

II – **permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por ICT, empresas ou pessoas físicas** voltadas a atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que tal permissão não interfira diretamente em sua atividade-fim nem com ela conflite;

III – permitir o uso de seu **capital intelectual** em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação” (Brasil. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e dá outros provimentos. Diário Oficial da União; 2016. [acesso em 28 fev. 2016]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dnWX2>, grifo nosso).

31. [...]

Art. 20. Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

[...]

§ 4º O fornecimento, em escala ou não, do produto ou processo inovador resultante das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação encomendadas na forma do **caput** poderá ser contratado mediante **dispensa de licitação**, inclusive com o próprio desenvolvedor da encomenda, observado o disposto em regulamento específico” (Brasil, Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e dá outros provimentos. Diário Oficial da União; 2016. [acesso em 28 fev. 2016]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dnWX2>, grifo nosso).

32. Brasil. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Distrito Federal; 1993 [acesso em 06 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/H0uy>.

33. Meirelles, HL. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 41 ed. São Paulo: Malheiros; 2014, p. 303.

34. Art. 14 - A. O pesquisador público em regime de dedicação exclusiva, inclusive aquele enquadrado em plano de carreiras e cargos de magistério, poderá exercer atividade remunerada de pesquisa, desenvolvimento e inovação em ICT ou em empresa e participar da execução de projeto aprovado ou custeado com recursos previstos nesta Lei, desde que observada a conveniência do órgão de origem e assegurada a continuidade de suas atividades de ensino ou pesquisa nesse órgão, a depender de sua

respectiva natureza. (Brasil. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e dá outros provimentos. Diário Oficial da União; 2016. [acesso em 28 fev. 2016]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dnWX2>, grifo nosso)

35. [...] Art. 4º. A ICT pública poderá, mediante contrapartida financeira ou não financeira e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:

[...]

III - permitir o uso de seu **capital intelectual** em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

[...]

Art. 14. Ao servidor, ao empregado público e ao militar serão garantidos, durante o **afastamento de sua entidade de origem** e no interesse da administração, para o exercício de atividades de ciência, tecnologia e inovação, os mesmos direitos a vantagens e benefícios, pertinentes a seu cargo e carreira, como se em efetivo exercício em atividade de sua respectiva entidade estivesse. (Brasil. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e dá outros provimentos. Diário Oficial da União; 2016. [acesso em 28 fev. 2016]. Disponível em: <https://encurtador.com.br/dnWX2>, grifo nosso).

36. Bertolo, RM. Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos às Funções Sociais Da Cidade, p. 41. [Internet]. [Tese de Doutorado em Direito]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2006 [acesso em 02 mar. 2016]. Disponível em: <https://shre.ink/HdTe>.

INTERPRETAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FRENTE AO EFEITO *CLIQUET*

FELIPE AUGUSTO DA CRUZ:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN) e especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).⁵

INTRODUÇÃO

Cuida o presente artigo de trazer um apanhado histórico acerca dos direitos fundamentais e o impacto da recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena.

Para tanto, é importante compreender a evolução dos direitos ao longo do tempo, que indubitavelmente ocorreu em meio a cenários de revolução e guerra, primeiramente numa intervenção estatal mínima para logo em seguida passar o Estado a provedor dos chamados direitos sociais.

Por fim e ainda hoje, privilegiam-se os chamados direitos referentes à fraternidade humana, consubstanciados em desenvolvimento, meio ambiente saudável e paz, dentre outros afins, visando garantir direitos para si e para o próximo, no presente e para as futuras gerações.

Nesse ínterim, a Constituição Federal de 1988 é tardia historicamente falando, se comparada às constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), porém não menos garantista na questão dos direitos fundamentais, aos quais inclusive é vedado o retrocesso e tão somente permitida a ampliação, motivo pelo qual a inédita decisão do STF interpretando o princípio da presunção de inocência no sentido de que é possível a execução provisória da pena, ou seja, ainda antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, merece análise criteriosa.

O trabalho se divide nos seguintes temas: a Constituição enquanto diretriz do sistema jurídico do país e sua supremacia, bem como a forma de mutação constitucional, as gerações de direitos, os direitos fundamentais e a vedação ao retrocesso (efeito *cliquet*)

⁵ E-mail: felipeaugustocruz@gmail.com

e, ainda, breves considerações acerca da decisão da Suprema Corte permitindo a pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E SUA HIERARQUIA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO

Um primeiro pensamento a ser abordado antes de adentrar no tema é os vários conceitos de constituição. Nesse sentido, Paulo (2015, p. 4) entende que “A constituição, objeto de estudo do Direito Constitucional, deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado, que rege a sua organização político-jurídica”.

A despeito do tema, a fim de uma melhor compreensão, é necessário fazer uma incursão histórica a respeito das principais escolas que se propuseram a estudar esse conteúdo.

Ferdinand Lassalle, expoente da escola sociológica compreendia que a Constituição advinha de um fato social, e não precisamente de uma norma. Assim, a positivação do texto constitucional seria o reflexo da sociedade em determinado momento histórico. Convém trazer à baila o entendimento de Lenza (2010, p. 65):

Valendo-se do sentido sociológico, Ferdinand Lassalle, em seu livro “*Qué es una Constitución?*”, defendeu que uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples “*folha de papel*”. A constituição, segundo a conceituação de Lassalle, seria, então, a *somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade*.

Noutra vertente, em sentido político, Carl Schmitt acreditava que a Constituição de um país era o resultado de uma decisão política emanada pelo poder constituinte, podendo ser o povo ou o monarca. Para Puccinelli Júnior (2013, p. 36), “a Constituição seria o resultado da decisão política fundamental de um povo, que recai sobre a estruturação dos poderes estatais, o regime político adotado, a forma de governo, a amplitude dos direitos fundamentais etc”.

Finalmente, Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, aborda o sentido jurídico da Constituição. Para essa conceituação, a Norma Constitucional é pura, sendo fundamental ao Estado e aos preceitos jurídicos de um país, além disso, é parâmetro de validade de todo ordenamento jurídico. Resumidamente, a Constituição, para Kelsen, é um composto de diretrizes jurídicas.

Soa repetitivo, porém importante destacar as palavras de Paulo (2015, p. 7):

Segundo a visão de Hans Kelsen, a validade de uma norma jurídica positivada é completamente independente de sua aceitação pelo sistema de valores sociais vigentes em uma comunidade, tampouco guarda relação com a ordem moral, pelo que não existiria a obrigatoriedade de o Direito coadunar-se aos ditames desta (moral). A ciência do Direito não tem a função de promover a legitimação do ordenamento jurídico com base nos valores sociais existentes, devendo unicamente conhecê-lo e descrevê-lo de forma genérica, hipotética e abstrata.

Além dessa linha de raciocínio, cumpre ressaltar que Kelsen entendia existir uma hierarquia entre as normas do ordenamento jurídico. Para ele, a Constituição seria a Lei Suprema, com objetivo de ser parâmetro para as demais instituições/leis, bem como referência para o convívio social.

Visualmente, o ordenamento jurídico tem forma de uma pirâmide. Com a Constituição no topo, e as demais normas logo abaixo. Dessa forma, uma vez contrariada a Carta Magna se estará diante de uma inconstitucionalidade. A isso, porém, voltaremos mais tarde.

Tendo em vista que a Constituição é a fundamentadora de todos os atos jurídicos inferiores a ela, é necessário que haja formas específicas para a mutabilidade de seu texto. Em termos práticos isso significa que o processo de alteração da Carta Magna não pode/deve ser igual ao método das leis por ela fundamentada.

Assim, a classificação das formas de variabilidade da Constituição leva em consideração o grau de dificuldade para alterá-la. Em suma, quanto maior a estabilidade da Carta Magna, mais dificultoso será o processo de maleabilidade. Essa é a explicação sintética para a Lei Basilar do ordenamento jurídico ser classificada como rígida, flexível ou semirrígida (ou semiflexível).⁶

A respeito do assunto, Puccinelli Júnior (2013, p. 49) proclama o seguinte:

⁶ Em síntese, as Constituições podem ser, no que diz respeito a sua mutabilidade: rígidas, flexíveis e semirrígida (ou semiflexível). Paulo (2015, pág. 17), aduz que a constituição rígida demanda um processo legislativo mais complexo que as demais normas para ter seu texto alterado. Outrossim, a Carta Magna flexível é tão maleável quanto as demais normas do ordenamento jurídico, isto é, o texto constitucional pode ser alterado com a mesma simplicidade que uma lei ordinária. Finalmente, a Carta Política semirrígida (ou semiflexível) possui características das duas formas apresentadas; em outras palavras, em parte de seus dispositivos a Lei Maior exige um processo mais intrincado, e nos demais artigos, ela aceita um método mais trivial.

No Brasil, à exceção do texto de 1824 (semiflexível), todos os demais foram rígidos, como o da Constituição atual que prevê um rito mais trabalhoso para modificação de suas normas. Com efeito, a iniciativa para reforma constitucional é restrita (CF/88, art.60), enquanto para elaboração de leis ordinárias ou complementares é geral (CF/88, art. 61). Ademais, as emendas constitucionais são votadas em dois turnos em cada casa congressual e aprovadas por 3/5 de seus membros (CF/88, art. 60, §2º), ao passo que as leis ordinárias (CF/88, art. 47) e complementares (CF/88, art. 69) são aprovadas respectivamente por maioria simples e absoluta em turno único nas duas casas legislativas.

A Constituição Federal de 1988, portanto, é classificada quanto ao seu processo de modificação como sendo rígida, ou seja, cujo procedimento de alteração é diferenciado quando comparado com a legislação ordinária. Para uma mutação constitucional através de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) é necessário quorum de votação qualificado e em dois turnos em cada Casa Legislativa.

Alexandre de Moraes vai além e classifica a CF/88 como super-rígida, porque entende que, não bastasse uma mutação mais rigorosa de seu texto, a Carta Maior possui normas imutáveis, que são as cláusulas pétreas. Segundo ele,

a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como superrígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas). (MORAES *apud* MASSON, 2016, p. 37).

Contudo, em que pese tal entendimento, a doutrina majoritária entende a CF/88 como rígida, nos termos supramencionados. As cláusulas pétreas são a expressão maior na Constituição Federal quando se trata da proteção dos direitos e garantias individuais presentes no artigo 5º e em outras passagens do texto constitucional.

Prevê o artigo 60, em seu § 4º, inciso IV, que não será objeto de deliberação a PEC tendente a abolir direitos e garantias individuais. Conforme doutrina pacificada, de acordo com Nathalia Masson, (2016, p. 126), a expressão “tendente a abolir” contida no referido texto, só se aplica ao núcleo essencial do tema protegido pelo constituinte originário. Sobre este assunto, ademais, voltaremos a tratar posteriormente.

2 O FENÔMENO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE – A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Uma vez entendidas as razões acima impostas, vale destacar as palavras de Barroso (2011, p. 33), que de forma brilhante ilustra a supremacia da Constituição, vejamos:

Uma das grandes *descobertas* do pensamento moderno foi a Constituição, entendida como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. Sem embargo, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. As condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, as por via de instrumentos diversos dos quais são aqui considerados.

E prossegue o referido autor:

A Constituição como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade aqui estudados.

A fim de ratificar as lições de Barroso, imperioso se faz ressaltar o preceito apresentado por Lenza (2010, p. 195):

Trata-se do princípio da supremacia da constituição, que, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira com “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que conferi validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”. Desse princípio, continua o mestre, “resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de

grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

A partir dessa percepção convém esclarecer, portanto, que a rigidez da Constituição Federal a coloca acima de todos os outros atos de direito. Em síntese, como já explicado, a Carta Magna é o parâmetro que vincula as demais áreas do ordenamento jurídico.

Fixada essa diretriz, em torno dela gravita a necessidade de um controle acerca da real harmonização das normas colocadas em vigência no mundo do direito com a Lei Maior. O esquema desenhado sugere, então, a existência de momentos em que será feita essa análise.

A priori, o controle de constitucionalidade é feito antes de a norma entrar em vigor. O objetivo desse controle, denominado repressivo, é evitar que um ato normativo que claramente contraria a Constituição Federal entre em vigor e, por conseguinte, crie efeitos concretos.

Soa repetitivo, porém, importante apontar a lucidez no discurso de Barroso (2011, p. 67):

Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. É, como visto, o modo típico de atuação do Conselho Constitucional francês, sendo também adotado em Portugal. No Brasil há, igualmente, oportunidade pelo controle prévio, de natureza política, desempenhado:

E continua o autor supramencionado:

(i) pelo Poder Legislativo, no âmbito de comissões de constituição e justiça, existentes nas casas legislativas em geral, que se manifestam, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação.

(ii) pelo Poder Executivo, que poderá apor seu veto ao projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação, impedindo, assim, sua conversão em lei (como regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, com a ausência do Chefe do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo).

O ordenamento jurídico reconhece e proclama, ainda, a existência de um controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário. Como muito bem ilustrado por Paulo (2015, p. 794):

Há, também, uma hipótese de controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de sustar a tramitação de proposta de emenda à Constituição ou de projeto de lei ofensivos à Constituição Federal.

De outra feita, *a posteriori*, ocorre controle de constitucionalidade quando a norma já adentrou no ordenamento jurídico. Nesse caso, o órgão responsável por analisar a compatibilidade do ato com a Carta Magna é o Judiciário. Essa forma de contenção não visa evitar a entrada de uma aberração jurídica em vigência, aqui ela já entrou em vigor, e o que se busca é a paralisação de seus efeitos.

Acerca do tema tratado, cabe mencionar que existem duas formas de controle constitucional a serem realizadas pelo Judiciário. A primeira é chamada de controle difuso, e a segunda controle concentrado⁷. Uma forma não exclui a outra, sendo que cada uma tem início e formas diferentes de execução.

Além disso, o modo como é realizada essa análise de constitucionalidade da norma divide-se em via incidental (concreto), e via principal (abstrata).

Assim, quando se está diante de um controle por via incidental o objeto da ação é um caso concreto, mas que para ser pacificado é necessário avaliar a compatibilidade de um ato jurídico com a Carta Magna. Outrossim, com relação ao controle abstrato, o que se busca, de fato, é verificar a validade da lei em si, portanto, não há litígio entre partes.

Como bem preceitua Barroso (2011, p. 72) resumidamente em uma frase: “Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do

⁷ No que diz respeito a definição dos controles difusos e concentrada é essencial realçar as lições de Barroso (2011, pág. 69): “Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, difuso. Diz-se que o controle é *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. [...]”

No sistema *concentrado*, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco”.

sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer forma incompatível com a Constituição”.

Acrescenta-se, por outro lado, que com a Emenda Constitucional nº 03/1993, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro uma nova espécie de controle concentrado, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). O objetivo dessa demanda é afastar toda e qualquer dúvida sobre a (in)compatibilidade do ato com a Constituição Federal.

Tal instituto demonstra que as leis e os atos normativos não possuem presunção de validade absoluta. Podem, portanto, serem analisadas através de questionamentos judiciais. Acerca do tema, assevera Paulo (2015, p. 904):

Nessa ação, o autor apenas comparece perante o Supremo Tribunal Federal para pedir que este declare a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. O seu objetivo é, portanto, abreviar o tempo – em que muitos casos podem ser longo – para obtenção de uma pronúncia do STF sobre a constitucionalidade de certo ato, que esteja originando dissenso nos juízos inferiores, consubstanciando um verdadeiro atalho para encerrar a controvérsia sobre a sua legitimidade.

De acrescentar-se, além disso, que no sistema jurídico brasileiro, existe a possibilidade de alteração do sentido do texto constitucional, sem que haja mudança na letra da Lei Maior. Isso ocorre por conta do fenômeno denominado mutação constitucional.

Em outra vertente, o legislador ordinário no momento de elaboração da Constituição Federal levou em consideração os fatores que influenciavam a sociedade na época. Todavia, o conglomerado social está em constante mudança. O que era considerado normal há 20 (vinte) anos, hoje já não tem o mesmo conceito. É justamente por isso que informalmente os Poderes Legislativo, Executivo e, principalmente, o Judiciário, têm o poder de dar nova interpretação ao texto Constitucional.

Nesse sentido, de extrema importância transcrever as lúcidas palavras de Paulo (2015, p. 611):

Sendo um processo informal, paulatino e difuso de modificação, virtualmente todos os atores da comunidade política, sejam os agentes do Estado-poder, sejam os do Estado-comunidade, desempenham um papel mais ou menos relevante nessa obra de alteração silenciosa da Constituição. Por óbvio, merecem maior destaque na efetivação dessas lentas transformações os diversos

órgãos encarregados de interpretar e concretizar a Constituição. (Poder Judiciário, Legislativo, Executivo), os quais, entretanto, forçosamente atuam sob influência das pressões oriundas dos grupos organizados da sociedade, das opiniões e construções dos estudiosos da ciência jurídica, das novas aspirações e anseios decorrentes da constante evolução cultural, econômica, política etc.

[...]

Além da rigidez constitucional, outro fator que favorece sobremaneira a mutação constitucional informal é o caráter altamente abstrato e a textura aberta de grande parte das normas constitucionais. Essa característica das normas constitucionais deixa um razoável espaço de atuação aos agentes densificadores e concretizadores da Constituição, que têm a possibilidade de, sem deturpar ou afrontar a letra do Texto Maior, conferir-lhe sentido não previsto na ocasião da sua elaboração, porém condizente com as modificações da realidade que desde então se verificam.

Apresentados todos esses contornos, cabe trazer à tona que em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, STF, julgou, por maioria dos votos, em sede de HC 126.292 a possibilidade de início do cumprimento da reprimenda após a confirmação da condenação em segunda instância. Fica evidente, portanto, que a Corte Máxima do Judiciário brasileiro se utilizou do fenômeno da modulação da Carta Magna.

Em outra vertente, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal aduz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Entretanto, após a decisão do STF, aqueles que forem condenados em segunda instância, mesmo que recorram, isto é, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão, poderão iniciar o cumprimento de pena.

Nessa linha de abordagem, após a decisão prolatada pela Corte Suprema, gerou-se uma instabilidade muito grande na esfera de execuções penais. Dessa forma, o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pediram a concessão de medida cautelar e, por conseguinte, a suspensão da execução antecipada da pena dos acórdãos proclamados em segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento de que não fere o Texto Constitucional o início do cumprimento da reprimenda sem ao menos ter transitado em julgado da decisão.

Acerca do tema, o site do STF traz uma síntese do voto do Ministro Fachin:

Fachin destacou que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Para ele, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Segundo ele, retomar o entendimento anterior ao julgamento do HC 126292 não é a solução adequada e não se coaduna com as competências atribuídas pela Constituição às cortes superiores. Por fim, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência.

Imprescindível se faz ponderar que a decisão do STF no HC decorreu do controle difuso de constitucionalidade. E mais, com a ADC 43 e 44 (controle concentrado), ocorreu uma nova interpretação da Lei Maior, ou seja, modulação.

Conquanto a decisão do STF tenha resguardo no ordenamento jurídico, deve-se ponderar que no direito brasileiro todo e qualquer raciocínio jurídico está obrigado a utilizar-se da hermenêutica. Quer dizer, não se pode isolar um dispositivo e ignorar todo o resto.

Como é sabido, a Constituição Brasileira outorga várias direitos e garantias fundamentais. E, por determinação da própria Carta Magna, o STF é o guardião de seu texto. Em que pese todos esses fatores, a decisão do Supremo Tribunal Federal merece ser analisada mais profundamente, juntamente com as possíveis formas de alteração no texto constitucional.

O que se depreende, até então, é o questionamento: o STF tornou uma interpretação inconstitucional constitucional através desses julgamentos?

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO

É preciso entender, antes de qualquer coisa, que os direitos fundamentais tiveram um longo processo de formação para chegar ao que são hoje. Levando isso em consideração, presume-se que a sua evolução sempre será contínua. O desenvolvimento da sociedade, de um modo geral, alavanca o (des)aperfeiçoamento os direitos e garantias individuais e coletivos.

Dito isso, é importante determinar que a doutrina costuma classificar a evolução dos direitos fundamentais em gerações. Destaca-se, nesse ponto, que atualmente os

estudiosos do direito vêm utilizando a expressão dimensão, tendo em vista que esta traz uma abrangência maior e mais completa ao que se estuda.

Dessa forma, cabe frisar que a primeira dimensão é intitulada de direito negativo ou liberdade negativa. O marco desse ciclo foi a Carta Magna de 1215, apesar de na época existirem outros documentos tão importantes quanto, assinada pelo Rei "João Sem Terra". No documento foi a primeira vez na história em que se ouviu falar em *habeas corpus*, devido processo legal e, principalmente, direito de propriedade. Fica evidente, portanto, que os direitos negativos visavam diminuir (ou anular por completo) a interferência do Estado na sociedade, num ideal de liberdade.

Já o estopim da segunda dimensão de direitos é a Revolução Industrial europeia, no século XIX. A partir de então várias outras reivindicações e movimentos eclodiram. O objetivo principal dessas demandas era diminuir a desigualdade social provocada pelo sistema, dentre todas as causas, destacam-se as péssimas condições de trabalho, bem como a falta de estrutura primária de uma sociedade. O que se buscava e, conseqüentemente, se estabeleceu, eram o direitos sociais, privilegiando a igualdade material.

Finalmente, após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional sofreu mudanças gigantescas. Houve uma massificação da sociedade, avanços tecnológicos e científicos, etc.. Junto com o crescimento descontrolado de todo o contexto social surgem novos problemas⁸, tais como a dificuldades nas relações de consumo e o preservacionismo ambiental.

Nessa época surge o termo globalização, pois o mundo passava a se conectar como nunca antes e, com isso, é necessário montar um sistema capaz de intermediar essas relações. Surgem os chamados direitos difusos e coletivos. Contextualizando tudo em uma frase, Lenza (2010, p. 740) aduz: "O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade".

Mostra-se oportuno e conveniente apresentar as lições de Sarlet (2009, p. 45):

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos

⁸ Na realidade, todos esses problemas já existiam. Todavia, tornaram-se causa de demanda apenas nessa época.

fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações. Num primeiro momento é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo gerações por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por partilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalta-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e “gerações” de direitos.

O que se pretende demonstrar, feita essa apuração, é que os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 passaram por um longo e lento processo de formação que ainda não acabou e crê-se que não findará. Deve-se ressaltar que a Carta Magna foi elaborada após um período ditatorial e é justamente por isso que ela é prolixa e, por conseguinte, com mutações mais rigorosas (classificada como rígida).

Adentrando neste contexto, os denominados direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro são considerados cláusulas pétreas. Isso significa que, em hipótese alguma, esses direitos podem ser diminuídos ou retirados do texto constitucional. Todavia, é possível ampliá-los.

Quando se fala especificamente do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória” – estamos falando de um direito fundamental, fruto de um longo processo histórico e político e, consequentemente, de uma cláusula pétrea.

3.1 As cláusulas pétreas na jurisprudência e a mutação constitucional

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2024/DF, cujo relator foi o ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que

as limitações materiais ao poder constituinte de reforma que o art. 60, § 4º, da CF enumera não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Por outro lado, é plenamente possível que as cláusulas pétreas poderão ser objeto de emenda no intuito de ampliar o seu alcance. Nesse sentido a lição de Nathalia Masson, quando afirma que

não menos importante, vale lembrar que as cláusulas pétreas poderão, obviamente, ser objeto válido de emendas constitucionais quando estas possuírem o intuito de ampliar ou sofisticar os assuntos relacionados no § 4º, art. 60, CF/88. [...] o que nos comprova que uma emenda pode sim ter por objeto direitos individuais (ou qualquer outra cláusula pétrea), desde que não tenha a pretensão de abolir ou reduzir o núcleo essencial do tema (2016, p.127)

Como visto, a Constituição Federal, enquanto Lei Maior do País, visa, com um procedimento mais denso de mutação e com a existência de cláusulas pétreas, evitar que os direitos fundamentais sejam minimizados por meio de projetos de emenda que venham, porventura, a diminuir ou suprimir direitos e garantias.

Contra essas reformulações que visam lesionar as cláusulas pétreas contidas na CF/88, o Judiciário pode ser acionado para que, através de controle judicial preventivo de constitucionalidade, analise a constitucionalidade do projeto de emenda.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial, conforme se extrai do julgamento das ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, cujo relator foi o ministro Ayres Britto:

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.

No caso de propostas de emenda à Constituição, a doutrina ressalta que o texto constitucional expressa essa possibilidade de controle prévio, no caso das emendas, afinal, “se não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir as cláusulas pétreas, é porque sequer poderá ser discutida uma proposta que ocasione (ou tencione) ocasionar referida abolição” (MASSON, 2016, f. 127).

3.2 A vedação ao retrocesso ou efeito *cliquet*

Nessa toada, convém lembrar a existência da denominada teoria da proibição ou vedação ao retrocesso, ou o efeito *cliquet*, que, na lição de Nathalia Masson, foi acolhida pelo Direito Constitucional pátrio para “impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados sem que haja a criação de algum outro mecanismo alternativo” compensatório (2016, p. 326).

Canotilho, no mesmo sentido, afirma que sem a criação de meios compensadores dos direitos não há como julgar constitucional qualquer medida que tenda a revogar direitos já regulamentados (2002, p. 336).

4 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CF/88 E DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LVII, trata da presunção de inocência entre o rol de direitos e garantias fundamentais, ou, nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (*apud* MOREIRA ALVES, 2016, p. 38), da situação jurídica de inocência, já que esta é presumida desde que o indivíduo nasce e deve persistir até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ainda, tal direito está amparado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como está presente na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse ínterim, Cesare Beccaria, conforme relembra Renato Brasileiro de Lima em sua obra (2016, p. 43), afirma que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Lima conceitua o princípio da presunção de inocência, ou não-culpabilidade, como sendo o

direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que

o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (2016, p. 43).

O autor pontua que a Constituição Federal “é claríssima” quando estabelece que o estado de inocência só poderá deixar de ser quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que inclusive a Lei Maior do país é mais abrangente que o texto oriundo do Pacto de São José da Costa Rica, este pontuando que a presunção de inocência poderia deixar de ser aplicada antes do trânsito em julgado.

Tal princípio está insculpido em três pilares, segundo Moreira Alves (2016, p. 38), quais sejam, o de que o ônus da prova cabe a quem acusa, à excepcionalidade das prisões cautelares e, assim como nessas, toda medida que restrinja os direitos individuais deve ser decretada apenas como *ultima ratio*, nos termos da nova redação dada ao artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal por meio da Lei 12.403/11. Na mesma linha o artigo 283 do CPP.

4.1 O posicionamento majoritário do STF no julgamento do HC 126.292

Na data de 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, o qual, em síntese, buscava afastar mandado de prisão expedido pelo TJ/SP no caso de um ajudante-geral condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo cometimento do crime de roubo qualificado em sentença de primeiro grau decidiu, de forma inédita, pela constitucionalidade da execução provisória de pena privativa de liberdade.

Após negado o pedido liminar em HC apresentado ao STJ, foi impetrado HC no STF, cuja defesa do paciente considerou a expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da sentença condenatória como uma afronta à jurisprudência da Corte e ao princípio de presunção de inocência.

Sem dúvida alguma, o mais importante fundamento que levou o Pretório Excelso a acolher este posicionamento foi a celeridade processual. É que, no entender deste Tribunal, a imensa demora no julgamento dos recursos especial e extraordinário por parte, respectivamente, do STJ e do STF, fazia com que houvesse o indesejado retardo na formação da coisa julgada, o que, por seu turno, atrasava o cumprimento da pena de prisão e, muitas vezes, até mesmo impedia tal cumprimento, já que era frequente a incidência da prescrição. Assim, levando em consideração que nenhuma garantia constitucional é absoluta, a presunção de inocência, a ampla

defesa e o próprio acesso ao duplo grau de jurisdição não poderiam servir como obstáculos para o cumprimento de uma pena já confirmada em grau recursal (segunda instância) (ALVES, 2016, p. 39-40).

Em síntese, em tal julgamento, cujo relator foi o ministro Teori Zavascki, sete dos onze ministros do Supremo decidiram que o princípio da presunção de inocência não é comprometido pela execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que caibam os recursos especial ou extraordinário.

A decisão contraria o pensamento da Corte emitido no julgamento do HC 84.078 em 2009, de que “enquanto não houver o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não é possível a execução da pena privativa de liberdade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, cuja decretação está condicionada à presença dos pressupostos do art. 312 do CPP” (LIMA, 2016, p. 46).

4.2 Ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 e a interpretação conforme a CF

Após a primeira decisão da Corte, em fevereiro de 2016, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e a OAB, por meio de seu Conselho Federal, ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 visando declarar constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi renovada com o advento da Lei 12.403/2011.

Referido artigo do CPP possui redação semelhante à constante no artigo 5º, quanto à prisão somente ser decorrente de sentença condenatória transitada em julgado ou, se for o caso, advinda de flagrante ou mesmo as cautelares, que acontecem durante a investigação ou na fase processual, sempre como *ultima ratio*, considerando que ninguém é culpado até que uma sentença definitiva o diga. Tais ações levantaram o seguinte questionamento: houve realmente uma interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do CPP? Ou a interpretação levou em conta outros parâmetros que não o teor do texto constitucional?

Cabe, ainda, outra reflexão acerca do papel do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição, na interpretação mais recente do princípio da presunção de inocência.

O STF, ao exercer o controle de constitucionalidade no julgamento do referido HC e, assim, vincular o Judiciário e demais poderes a essa decisão, realmente agiu considerando a Constituição enquanto Lei Maior do Estado Brasileiro? Ou o fez pelo clamor

público, o que ele mesmo já decidiu não ser motivo ensejante para a prisão preventiva, por exemplo?⁹

A influência do clamor popular restou comprovada no voto da ministra Cármen Lúcia, quando afirmou que “a comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”, ou ainda no voto do relator, ministro Teori Zavascki, ao ressaltar que “a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”.

Por outro lado, ao lado dos votos vencidos, o ministro Celso de Mello defendeu claramente a vedação ao retrocesso, quando afirmou que a revisão da jurisprudência firmada em 2009 “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”.

O assunto voltou à pauta do Supremo no mês de outubro de 2016, quando os ministros cujos votos foram maioria afirmaram que o texto contido no artigo 283 do CPP não impede a execução provisória da pena. Do mesmo modo, no início do mês de novembro de 2016, quando decisão semelhante foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, com repercussão geral reconhecida.

O posicionamento recebeu crítica relevante, além dos já citados PEN e OAB e outros, do jurista Lenio Luiz Streck, que em artigo de opinião levantou o fato de que, em nenhum momento, os ministros afirmaram a inconstitucionalidade do artigo 283 do CPP, contudo falaram de interpretá-lo conforme a Constituição, mas há uma dissonância, considerando que ambos os textos têm o mesmo teor.

Como visto, apesar de decisão da maioria dos ministros da Corte, a execução provisória da pena, antes da sentença transitar em julgado, ainda será objeto de muitos debates, dentro e fora do Plenário. Se por um lado há quem veja tal decisão como

⁹ “O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes.” (RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 10/03/2009).

moralizante e que há de pôr fim a recursos intermináveis, por outro há aqueles que considerando o artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 e o artigo 283 do CPP, os veem exatamente como são, uma arma contra decisões desarrazoadas, contra a prisão em qualquer situação, que gera condenação prévia de, em alguns casos, inocentes, e a superlotação nas cadeias brasileiras.

Conforme divulgado pelo CNJ, o anuário Justiça em Números 2016 mostrou que em 2015, quase o dobro de penas privativas de liberdade começaram a ser cumpridas no País: de 148 mil em 2009, passaram a 281.007 em 2015. O Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, com mais de 600.000 presos, que custam individualmente ao Estado mais do que um estudante, este ao custo mínimo ao ano de R\$ 2.739,80, segundo o FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação). Da forma como o entendimento do STF 'avança', a tendência é que esse número aumente.

Como visto, é muito claro que o Supremo Tribunal Federal interpretou como constitucional uma inconstitucionalidade. De tudo o que até agora se expôs, resta claro que a presunção de inocência, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma cláusula pétrea, portanto, não admite retrocesso, somente uma ampliação, o que não ocorreu no caso em tela. A decisão do STF, enfim, significa uma regressão em todo o sistema penal brasileiro e uma afronta à Constituição enquanto cume da pirâmide normativa.

CONCLUSÃO

Quando se trata de Constituição, se trata de norma fundamental, cume da pirâmide normativa de um país, devendo a Lei Maior ser o parâmetro para a feitura e interpretação de todas as demais legislações pátrias.

A Constituição Federal de 1988, a qual possui uma de suas classificações como rígida – inclusive com autor defendendo uma super-rigidez da Carta, devido à existência de cláusulas pétreas -, tem como um de seus princípios a presunção de inocência ou da não-culpabilidade, ou seja, até que haja uma sentença penal definitiva não há que se falar em culpado ou execução da pena.

Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal até 2009, quando a Corte afirmou que não era permitida a execução provisória da pena, sendo a prisão somente admitida na forma cautelar. Em fevereiro de 2016, contudo, o STF mudou o entendimento e passou a admitir a prisão do acusado quando já houver decisão de 2ª instância, ainda que os recursos não se tenham esgotado.

Desse modo, ainda que sob a égide de interpretar a Constituição, no que se denomina interpretação conforme, a Corte vai de encontro ao progresso dos direitos,

ignorando a vedação ao retrocesso, tão em voga nos tempos modernos em que se busca a defesa de minorias e dos direitos humanos como um todo.

No mais, como visto, o STF, a pretexto de interpretar, não o fez conforme o princípio constitucional e não respondeu ao que se questionava, no tocante à constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Civil, já que este diz exatamente o que está no princípio insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Ao que parece, a Corte sucumbiu ao clamor popular que muitas vezes ela mesma criticou e, como resposta a uma legislação e execução penal que deixa a desejar aos olhos da sociedade, muitas vezes mal ou equivocadamente informada pela mídia brasileira, resolveu punir àqueles que ainda respondem a um processo penal, mas não receberam uma decisão condenatória terminativa.

Em tempos de ódio gratuito nas redes sociais e nas ruas e de grave crise nos Poderes constituídos, especialmente no Executivo e no Legislativo, a nova jurisprudência veio como mais um motivo para a insegurança jurídica dos direitos de fraternidade proclamados como sendo de terceira geração por Norberto Bobbio. Fraternidade para quê e para quem?

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo penal: parte geral**. Coleção Sinopses para Concursos. 6ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>. Acesso em 17 de novembro de 2016.

BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. **FNDE repassa R\$ 800 milhões de complementação da União ao Fundeb**. Disponível em: [http://www.fnde.gov.br/fnde/sala-de-imprensa/noticias/item/9482-fnde-repassa-r\\$-800-milh%C3%B5es-de-complementa%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-ao-fundeb](http://www.fnde.gov.br/fnde/sala-de-imprensa/noticias/item/9482-fnde-repassa-r$-800-milh%C3%B5es-de-complementa%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-ao-fundeb). Acesso em 17 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2024/DF**. Reator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de jurisprudência. Informativo 465, 3 de maio de 2007. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347393>. Acesso em 9 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em 11 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 9 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322&caixaBusca=N>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONJUR. **Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

CONJUR. Quando sete ministros implodiram o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/mp-debate-quando-sete-ministros-implodiram-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

DIZER O DIREITO. **É possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em apelação, ainda que pendente de julgamento Resp ou RE**. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2016/02/e-possivel-execucao-provisoria-de.html>. Acesso em 11 de novembro de 2016.

JUSBRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 96483/ES**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 10 de março de 2009. Disponível em
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3607450/habeas-corpus-hc-96483-es>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 4ª ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A DEFENSORIA PÚBLICA E A ATUAÇÃO COMO DEFENSOR DA CRIANÇA E CURADOR ESPECIAL

BÁRBARA PIFFER GRANDE:
pós-graduada - assessora de
desembargador¹⁰

RESUMO: A proteção jurídica da criança e do adolescente conta com previsão em normativa internacional e nacional, as quais lhe garantem acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita. No Brasil, a Defensoria Pública é o órgão público constitucionalmente destinado a promover esta proteção jurídica deste grupo considerável vulnerável e necessitado. O presente artigo visa analisar duas formas de atuação desta instituição no âmbito processual – como curador especial ou como defensor da criança – e traçar alguns aspectos que diferenciam tais atuações, considerando que esta questão ganhou especial e recente relevância na mídia.

Palavras-chave: Criança. Defensoria Pública. Curador especial. Defensor da criança.

1. INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é uma instituição permanente, incumbindo-lhe a promoção dos direitos humanos e fundamentais, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, de forma integral e gratuita, dos necessitados.

O conceito de necessitado evoluiu nos anos recentes, abrangendo não apenas a hipossuficiência, ou seja, a inexistência de recursos financeiros para arcar com as custas processuais, mas também a ideia de necessidade de representação jurídica. No julgamento dos Embargos de Divergência em Resp n. 1.192.577-RS, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a atuação primordial da Defensoria Pública é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, a instituição também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos.

Neste sentido, a condição de vulnerável da criança e do adolescente já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no art. 227 que “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”.

¹⁰ E-mail: bpiffergrande@gmail.com

Para além da norma constitucional, diversos diplomas nacionais e internacionais promovem a defesa dos direitos e interesses das crianças e adolescentes, havendo ampla preocupação acerca da garantia de observância de seus direitos, incluindo o direito fundamental de acesso à justiça.

A atuação da Defensoria Pública, neste sentido, visa ampliar a proteção da criança e do adolescente e garantir-lhes participação democrática, podendo esta atuação se dar como curadora especial ou como defensora da criança.

O objetivo deste trabalho é trazer breves considerações acerca destas duas atuações, procedendo-se à sua análise comparativa.

2. NORMAS INTERNACIONAIS QUE GARANTEM À CRIANÇA O ACESSO À JUSTIÇA:

A Convenção da ONU sobre os direitos da criança considera como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes (artigo 1.1).

Já o seu artigo 40.2.b.II dispõe que:

“Art. 40.2.b.II: Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular: b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze pelo menos das seguintes garantias: ii) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação e sua defesa”.

Já as Regras de Beijing, que dispõe acerca das regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude, prevê em seu artigo 15.1 que:

“Art. 15.1: O jovem terá direito a se fazer representar por um advogado durante todo o processo ou solicitar assistência judiciária gratuita, quando prevista nas leis do país”.

No mesmo sentido, as “Novas 100 Regras de Brasília”, que têm como objetivo garantir as condições de acesso a justiça efetiva para pessoas em condições vulneráveis, sem discriminação, considera a idade como um fato de vulnerabilidade e um obstáculo ao acesso à justiça. No seu artigo 2, prevê que:

“Art. 2: menino, menina e adolescente é considerado qualquer pessoa menor de dezoito anos de idade, a menos que você tenha atingido a maioridade em virtude do sistema jurídico nacional e internacional aplicável”.

Deste modo, este diploma internacional recomenda a implementação e o fortalecimento de políticas públicas que garantam o acesso à justiça às pessoas em condição de vulnerabilidade, promovendo a estas pessoas a facilitação ao acesso à justiça.

3.A DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 134, que:

“Art. 134: Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

A Defensoria Pública é um órgão público independente e autônomo, que não está vinculada a qualquer dos três poderes, e conta com relevância e atribuições para promover a defesa das pessoas vulneráveis e hipossuficientes.

Tradicionalmente, considerava-se o público-alvo da Defensoria Pública apenas as pessoas economicamente hipossuficientes, ou seja, aquelas que não contavam com recursos financeiros para defender os seus interesses em juízo, para custear as despesas da contratação de um advogado.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça trouxe uma mudança na compreensão de hipossuficiência ao julgar o Recurso Especial n. 50.212, ampliando as prerrogativas do órgão na proteção de populações vulneráveis. Segundo a Corte Cidadã, a expressão “necessitados”, presente no artigo 134 da Constituição Federal, deve ser interpretada de maneira mais ampla, não se restringindo, exclusivamente, às pessoas economicamente hipossuficientes, que não possuem recursos para litigar em juízo sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, mas sim, a todos os socialmente vulneráveis.

A partir de então, a Defensoria Pública aumenta as forças para superar a etapa de atuação restrita à questão econômica individual.

No mesmo sentido, a Lei Complementar n. 80/94, que regulamenta a atuação do órgão em âmbito nacional, conta com previsão, desde 2009, de que é função institucional o exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente (artigo. 4º, XI, com redação dada pela Lei complementar 132/2009).

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura em seu artigo 141, ao tratar do acesso à Justiça, que:

“Art. 141: É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.”

Tal normativa reflete a preocupação de garantir uma proteção especial às pessoas que se encontrem em situação fática ou jurídica de vulnerabilidade.

Portanto, parece seguro afirmar que a referida instituição foi constitucional e legalmente incumbida de promover a defesa integral deste grupo de vulnerável, independentemente de qualquer condição da criança ou adolescente, como condição social, capacidade econômica, existência de representação, raça, cor, religião.

4. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CURADOR ESPECIAL:

Segundo estabelece o artigo 4º, XVI, da LC 80/94, constitui função institucional da Defensoria Pública exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei.

Ainda, o novo Código de Processo Civil reafirmou a privatividade dessa função institucional, prevendo expressamente que:

“Art. 72, parágrafo único: A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública nos termos da lei.”

Deste modo, a função de curadoria especial deverá ser desempenhada exclusivamente pela Defensoria Pública, e apenas nos casos em que não haja Defensor Público na comarca, o juiz deverá investir advogado nessa função de curador.

A Defensoria Pública poderá exercer tal função em favor da criança e do adolescente incapaz, sem representante legal, nos termos do artigo 72, inciso I, 1ª parte, do CPC/15, e artigo 142, parágrafo único, 2ª parte, do ECA. Tendo em vista a limitação imposta pela lei à prática de atos jurídicos nas hipóteses de incapacidade civil (pessoas menores de 18 anos de idade), tais pessoas não estão autorizadas a exercerem diretamente

os seus direitos em juízo. Para tanto, devem ser representadas ou assistidas por terceiras pessoas, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Nesta perspectiva, na hipótese de a criança ou adolescente não contar com representante legal, a exemplo de pessoa órfã ou abandonada, que desconheça o paradeiro dos seus genitores, ou mesmo quando a criança ou adolescente litigue em juízo contra os seus representantes, a ela deverá ser nomeado um curador especial para suprir-lhe a falta de representante processual.

Em outras palavras, o sistema processual garante que a ausência transitória ou definitiva de representante legal não constitui óbice para o acesso à justiça dos interesses da pessoa incapaz, pois a ela o Estado garantirá a atuação de um curador especial. E tal atuação ocorrerá independente de qualquer contato prévio com o curatelado, de modo que não há manifestação de vontade da criança quanto à aceitação do profissional, refletindo apenas uma formalidade.

O mesmo ocorrerá na hipótese de a criança ou adolescente contar com representante legal, porém, os seus interesses colidirem, como no caso de ação de investigação de paternidade ajuizada pela criança, órfã por parte de mãe e desprovida de tutor legal, ou ainda na ação de obrigação de fazer movida pelo adolescente abrigado, cujos pais foram destituídos do poder familiar, para que possa obter tratamento médico indispensável ao restabelecimento da saúde.

Nestes casos, o incapaz conta com um representante legal, porém, a lei considera que, o fato de litigar contra tal pessoa seria impedimento para que fosse por ela representado ou assistido, diante da colidência de interesses, que certamente prejudicaria o amplo acesso à justiça por parte do incapaz. O incapaz deverá figurar como parte na relação jurídica processual devidamente representado pela Defensoria Pública, na qualidade de curadora especial, que suprirá, portanto, a ausência de representante processual.

Note-se que, em tais casos, a atuação da curadoria especial apenas deverá ocorrer enquanto perdurar a incapacidade processual, o que diferencia esta figura da curatela prevista no Código Civil, que tem finalidade de proteger os bens e os interesses civis da pessoa incapaz.

O curador não atua representando a vontade do curatelado, mas tão somente assegura os aspectos legais. No âmbito da infância e juventude, a figura do curador especial tem sua atuação pautada no princípio do melhor interesse da criança, mas sob o ponto de vista de um adulto, o qual, na maioria das vezes, é oriundo de uma realidade

social completamente diferente da criança que assiste. Assim, a vontade da criança é irrelevante para o curador especial, tratando o curatelado como mero objeto de direito.

5. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO DEFENSORA DA CRIANÇA:

O defensor da criança atua como verdadeiro representante processual da criança, como um “advogado da criança”, responsável pela defesa técnica em juízo de todos os interesses e vontades manifestados diretamente por ela e não por seu representante legal, ou em observância ao “melhor interesse”.

A hipótese de atuação da Defensoria Pública como defensor da criança se baseia na previsão convencional e legal da capacidade evolutiva, ou seja, como sujeito de direitos, a criança deve ser consultada a respeito das questões que lhe afetem, após ser devidamente informada acerca dos seus direitos, podendo formular os seus próprios juízos, expressar as suas opiniões livremente sobre todos os assuntos que lhe afetem, e o Estado deverá levar devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

O princípio da capacidade evolutiva/ progressiva está previsto no artigo 12 da Convenção da ONU sobre os direitos da criança, bem como no artigo 100, inciso XII, do ECA, ao dispor que:

“Art. 100, parágrafo único, XII: São também princípios que regem a aplicação das medidas: XII – oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.”

Não se olvide que, em alguns casos, a criança não detém condições de manifestar a sua vontade, seja em razão da sua tenra idade, seja por qualquer outro fator, casos em que a Defensoria Pública atuará como curadora especial, na ausência de representante legal. Contudo, em hipótese diversa desta, ou seja, quando a criança atua em juízo em nome próprio, devidamente representada, a atuação da Defensoria se dará como defensora da criança.

Tal figura encontra fundamento legal no artigo 206 do ECA, que prevê:

“Art. 206. A criança ou o adolescente, seus pais ou responsáveis, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderá intervir nos procedimentos que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.

Parágrafo único: Será prestada assistência jurídica integral e gratuita àqueles que dela necessitarem.”

Pode-se concluir que o ECA criou uma verdadeira revolução no conceito de capacidade civil, evoluindo a disciplina do Código Civil, pois considera a criança e o adolescente como sujeito de direito e detentores do direito fundamental à participação, a expressar opinião e a intervir de forma efetiva nos feitos que lhe dizem respeito, superando a mera representação ou assistência.

Isto porque considera que os direitos fundamentais e da personalidade são inerentes a todos os indivíduos, independentemente de qualquer condição social ou de capacidade civil, e que a pessoa em situação de autodeterminação tem o direito à manifestação, assegurando a cada indivíduo a liberdade de traçar o seu plano de vida.

Nesta perspectiva, a Defensoria Pública detém a função institucional de exercer a defesa dos direitos da criança e adolescente, em juízo ou fora dele, levando para o processo a manifestação da sua vontade, seja quando o incapaz figure como infrator, vítima ou testemunha.

O tema ganhou especial relevância com a notícia de um caso narrado pela imprensa, ao dar conta de uma adolescente de 12 anos, grávida por ter sido vítima de estupro, que, ao buscar a interrupção de sua gestação por meio de autorização judicial, acabou enfrentando percalços em razão da configuração procedimental perante o juízo.

A adolescente, ao que consta das notícias, estava representada em juízo por sua genitora, porém, a sua oitiva ocorreu perante a juíza e a promotora de justiça desacompanhada de assistência jurídica, o que levou à revitimização e a abusos por parte dos “players”, que não observaram as garantias processuais de defesa da criança em juízo.

Neste caso, um defensor da criança atuante no processo lhe daria vez e voz, funcionando em juízo como representante dos interesses pessoais e individuais da vítima, equilibrando a relação processual em nome do princípio da igualdade das partes e garantindo-lhe ampla defesa e contraditório.

Outra questão de interesse para o debate se refere à forma de ingresso do defensor da criança no processo.

Em uma primeira perspectiva, a criança poderia buscar o órgão da Defensoria Pública e apresentar a sua narrativa livre acerca da sua pretensão, independentemente do fato de estar, neste ato, acompanhada de representante legal.

Na hipótese de a criança estar em Juízo, devidamente representada ou assistida por representante legal, mas sem a adequada assistência jurídica, o juiz deveria observar as diversas normativas nacionais e internacionais já citadas neste trabalho e abrir vista dos autos à Defensoria Pública, para manifestar o seu interesse na atuação no feito, assim como faz quando é a hipótese de atuação do Ministério Público como fiscal da lei.

Finalmente, vislumbramos a possibilidade de a Defensoria Pública tomar ciência a respeito da tramitação de um processo em que a criança ou adolescente, devidamente representado ou assistido, atue em juízo sem a assistência jurídica adequada, hipótese em que poderá peticionar nos autos e requerer o seu ingresso no feito.

6. CONCLUSÃO

A normativa nacional e internacional é farta acerca da proteção da criança e do adolescente, garantindo-lhe acesso à justiça e assistência jurídica gratuita, por reconhecer que se trata de um grupo especialmente vulnerabilizado.

Para efetivar tal direito humano, a Defensoria Pública foi constitucionalmente incumbida da função de promover os direitos individuais e coletivos das crianças e adolescentes em juízo e fora dele, pois são pessoas necessitadas, no conceito ampliado deste termo que lhe conferiu o Superior Tribunal de Justiça.

Tal atuação poderá ocorrer na forma de curadoria especial ou de defensor da criança, institutos que se assemelham, mas não se confundem, e que visam, ambos, à proteção integral dos direitos da criança, em juízo ou fora dele, sendo o primeiro um instituto processual previsto para regularizar a representação da criança em juízo, e o segundo, como um verdadeiro “advogado da criança”, que amplifica a sua voz em juízo e defende os interesses manifestados pela própria criança, na medida da sua capacidade evolutiva e da sua possibilidade de participação nos assuntos que lhe afetem.

O que se espera é que o Estado observe tal normativa e amplie a proteção das crianças em juízo, por meio do fortalecimento das Defensorias Públicas, que são o órgão público especialmente criado para tal finalidade.

7. REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal n. 8.069/1990, de 13 de julho de 1990. Disponível em www.planalto.gov.br

BRASIL, Lei Complementar Federal n. 80/94, de 12 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br

BRASIL. Decreto nº 99.710/1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em www.planalto.gov.br

Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça, da infância e da juventude (Regras de Beijing). Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm. Acesso em 30 jul 2023.

Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 30 jul 2023.

Conjur, Defensoria pode propor ACP em defesa de necessitados jurídicos, decide STJ. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-16/defensoria-propor-acp-defesa-necessitados-juridicos#:~:text=Conceito%20amplo&text=O%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a,quem%20precisa%20de%20representa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADdica>. Acesso em 30 jul 2023.

Manual de Orientação para a Atuação dos Defensores Públicos da Infância e Juventude: Procedimentos e de escuta especializada e depoimento especial da Lei n. 13.431/17. Condege. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Manual-de-orientacao-para-a-atuacao-dos-defensores-publicos-da-infancia-e-juventude.pdf Acesso em 30 jul 2023

ESTEVEES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FEMINICÍDIO DURANTE A PANDEMIA DE COVID 19

GABRIEL ALVES PONTES:
Graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹¹.

ALEX LOPES APPOLONI
(orientador)

RESUMO: A violência é um problema social, no mundo inteiro. No Brasil a violência ocorre da mesma forma em várias relações sociais. Neste, estuda-se a violência cometida contra as mulheres, a violência conjugal, ou violência de gênero, e para efetivação de ações de redução desta violência, discutindo os elementos dentro da Pandemia de Covid 19. Este estudo objetiva analisar o feminicídio frente à legislação Pátria. em especial com entrada em vigor da Lei 13.104/15, que alterou o Código Penal incluindo a modalidade de homicídio qualificado, o feminicídio, no qual o crime quando praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. As mulheres vítimas de violência intrafamiliar, pertencentes à classe baixa denunciam em quantidade significativa, enquanto as de outras classes privam por sua exposição perante a sociedade em detrimento de sua integridade física. Neste trabalho pretende-se estudar o que pode praticado de maneira para reduzir os casos de violência. Esta pesquisa teórica de caráter bibliográfico deve servir para alertar a sociedade das implicações e dimensões que a violência ocupa na vida social particular e coletiva das pessoas, e questionar se pode existir meios para redução da violência contra a mulher, através da aplicação da Lei. O estudo foi realizado através da análise da literatura.

Palavras-chave: Violência; Mulher; Sociedade; Feminicídio; Pandemia.

ABSTRACT: Violence is a social problem worldwide. In Brazil, violence occurs in the same way in various social relationships. In this, violence committed against women, conjugal violence, or gender violence is studied, and for the implementation of actions to reduce this violence, discussing the elements within the Covid 19 Pandemic. Motherland. in particular with the entry into force of Law 13.104/15, which amended the Penal Code to include the modality of qualified homicide, femicide, in which the crime is committed against a woman for reasons of her condition as a female. Women victims of intrafamily violence, belonging to the lower class, denounce it in significant numbers, while those from other classes deprive themselves due to their exposure to society to the detriment of their

11 E-mail: gabrielalvespontes123@gmail.com

physical integrity. In this work we intend to study what can be practiced in order to reduce cases of violence. This bibliographical theoretical research should serve to alert society to the implications and dimensions that violence occupies in people's private and collective social lives, and to question whether there may be means to reduce violence against women, through the application of the Law. The study was carried out through the analysis of the literature.

Keywords: Violence; Woman; Society; Femicide; Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 trouxe consigo uma série de desafios e impactos significativos para a sociedade em todo o mundo, sendo que além das consequências sanitárias e econômicas, um problema silencioso e alarmante tem se intensificado nesse período, o feminicídio. Enquanto o mundo enfrenta uma crise de saúde pública sem precedentes, mulheres estão enfrentando uma batalha adicional pela própria sobrevivência dentro de suas próprias casas.

O feminicídio é o assassinato de uma mulher, especificamente se tratando de homicídio em desfavor da mulher em razão de ser do sexo feminino, e é praticado no cenário de violência doméstica e familiar. Caracterizado por situação de menosprezo e discriminação à condição de ser mulher. Entende-se que o crime de feminicídio não tinha uma punição específica, era penalizado, de forma generalizada, como sendo homicídio (art.121 do cp). Dependendo do caso, seria dado como homicídio qualificado por motivo torpe ou fútil. Na verdade, não existia uma previsão de uma pena maior para o crime cometido contra a mulher por razões de gênero.

Na hipótese de que o homem é a grande origem das discriminações e violência contra o gênero feminino, visto que os critérios da sociedade patriarcal, no que se refere ao papel da mulher, a coloca em uma posição de inferioridade em relação aos homens. As vítimas sofrem diversas ameaças, violências anteriores a sua morte. Assim é a grande maioria dos casos de feminicídio. Este estudo tem como o intuito falar sobre a conduta humana dos indivíduos que praticam o crime de homicídio contra a mulher, por razão de gênero, e proporcionar soluções e medidas cabíveis mais rigorosas contra o agressor. Logo, o feminicídio foi caracterizado como um crime hediondo, onde a pena é de 12 a 30 anos de prisão. Nele os homens veem as mulheres como propriedades e, por conta, disso acham que podem fazê-las de "saco de pancada" por não atenderem suas necessidades ou até mesmo suas vontades.

O estudo se justifica por ter relevância acadêmica e social por analisar o tema atual que representa o crime de feminicídio que tem em altos índices vistos, na atualidade, pela sociedade, e de suma importância que esse tema seja constantemente debatido. Apesar da Lei Maria da Penha ter sido implantada, infelizmente, a realidade mostra que os agressores não foram intimidados de forma completa pelas penalidades dessa Lei. Assim, o debate sobre os desdobramentos do crime de feminicídio (ineficácias das medidas protetivas, atuação das delegacias de forma mais contundente, falta de denúncias por parte das vítimas) não pode cessar.

O estudo objetiva compreender que a lei não está sendo suficiente para a proteção das mulheres, em especial durante pandemia de Covid 19.

Este estudo foi realizado através de revisão da literatura de cunho qualitativo se caracteriza de forma inicial pela coleta de referenciais teóricos, para construção da literatura de base, com a discussão das ideias acerca da temática e análise dos fatos na verificação dos conceitos teóricos, seguindo-se pela verificação e confrontação das respectivas definições.

2 VIOLENCIA CONTRA A MULHER

A Violência contra mulher, vem sendo debatida a décadas, sendo que muitas foram as buscas legais para conter a violência contra mulher.

Nem sempre a mulher é a vítima. Principalmente quando o homem não está presente, ela se torna toda poderosa com relação aos filhos e podem ocorrer casos de agressão contra as crianças. "Em decorrência de sua menor força física e da tolerância da sociedade em relação à violência masculina, a mulher tende a se especializar na violência verbal", segundo a professora Saffioti (1999, p. 11) "Não existe vítima passiva, pois ela sempre reage, física ou verbalmente".

Segundo Debert e Gregori (2008, p. 67):

Sem a pretensão de fornecer explicações ordenadas, nosso propósito é o de levantar problemas, questões e dilemas a partir da nossa experiência de pesquisa e acompanhamento dos debates. qual seria o melhor modo de qualificar essas relações? quais os desafios envolvidos no intercâmbio de expressões como violência contra a mulher (noção criada pelo movimento feminista a partir da década de 1960), violência conjugal (outra noção que especifica a violência contra a mulher no contexto das relações de conjugalidade), violência doméstica (incluindo manifestações de violência entre outros membros ou posições no núcleo doméstico – e que passou a estar em evidência nos anos de 1990), violência familiar (noção empregada atualmente no âmbito da atuação judiciária e consagrada pela recente Lei “Maria da penha” como violência doméstica e familiar contra a mulher) ou violência de gênero (conceito mais recente empregado por feministas que não querem ser acusadas de essencialismo)? trata-se de saber o que significa o emprego de cada uma dessas noções, sua rentabilidade em termos analíticos, bem como as limitações e os paradoxos que elas apresentam. De um lado, há um esforço de pensar como essas noções estão sendo usadas – e

por quais atores – no campo da intervenção sobre isso que, genericamente, se chama violência de gênero. De outro, a reflexão incide sobre os limites dessa noção e sua substituição pelo termo violência de gênero. nesse caso, a pergunta recai sobre a validade e o interesse desse novo conceito. O conceito de gênero, principalmente nos estudos que têm como referência o sistema de justiça, foi incisivo na crítica à vitimização, que compreendia as mulheres como vítimas passivas da dominação. Contudo, o interesse pelas formas alternativas de justiça não pode nos levar ao extremo oposto, pressupondo que as mulheres que forem capazes de desenvolver atitudes adequadas podem facilmente se livrar das práticas discriminatórias, encontrando caminhos capazes de restaurar direitos e práticas libertárias. Desta perspectiva, não podemos cair na armadilha de transformar a violência, o poder e o conflito em problemas de falta de confiança e auto-estima dos oprimidos ou, então, de dificuldade de comunicação.

A violência contra a mulher é construída histórica e culturalmente, através de atitudes que representam instrumentos de poder para manter as desigualdades. Ela é totalmente democrática, atingindo indistintamente mulheres de todas as classes e níveis sociais, mas a ideia de que as mulheres são um grupo homogêneo e, por isso, sofrem a violência da mesma forma é equivocada, e precisa ser mudada (VAZANT, 2003, p. 12).

De qualquer maneira, a violência doméstica não é uma exclusividade brasileira. "É uma praga que atinge todos os países e culturas, com formas e incidências variadas" (Saffioti, 1999: 14). Não existe no Brasil um tipo de violência contra a mulher como a ablação do clitóris e a sutura dos grandes lábios da vulva, comuns em países africanos, ou a prática do *sati*, o costume indiano que obriga a viúva a imolar-se na mesma pira em que é cremado o corpo do marido. Mas há, por exemplo, a esterilização, o que Saffiotti classifica de "um verdadeiro crime".

As mulheres possuem experiências de vida diferenciadas, em virtude de pertencerem a classes sociais, etnias e faixas etárias diferentes. A natureza da violência que atinge a mulher varia de acordo com a maior ou menor exclusão de garantias sociais expressas em sua condição econômica, étnica, educacional, familiar.

Há altos e baixos mesmo em sociedades mais antigas. Na França, por exemplo, qualquer relação sexual entre cônjuges que não seja consentida é considerada estupro — o que não ocorre no Brasil, onde a mulher deve estar sempre disponível para o companheiro.

Mas, na Grã-Bretanha, a mulher que mata o marido normalmente recebe pena maior que o assassino da esposa. A lei inglesa parte do princípio de que, como a mulher é mais fraca fisicamente, só conseguirá matar um homem se houver premeditação. Esta constitui um agravante, que eleva a pena.

A paternidade responsável é fundamental para reverter o quadro traçado anteriormente. Interessa desenvolver uma política de gênero capaz de fortalecer a ideia da maternidade e da paternidade como questões de caráter social, e não privado, principalmente quando tais papéis no interior da família atingem o nível da violência física ou mental. Interessa uma política de gênero que combata a violência doméstica em suas manifestações micro e macro, isto é, tanto na sua faceta construída pelos relacionamentos afetivos quanto por aquelas acirradas pelo empobrecimento (VAZANT, 1993, p. 15).

Quanto aos homens que assassinam suas companheiras, em geral, ou não são punidos ou são apenas brandamente, pois se considera como atenuante o muitas vezes alegado estado de forte emoção do indivíduo, critério ainda presente na legislação brasileira.

Através da Lei n.º 11.340, Lei Maria da Penha, que representou uma ação afirmativa implementada Brasil na buscar de tutelar o gênero feminino, tendo por base as situações de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e intrafamiliar.

Segundo Rabelo (2006) em agosto de 2006, foi sancionada a Lei n.º 11.340, que "cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências".

A Lei Maria da Penha representa um exemplo de ação afirmativa. Que foi implementada Brasil para a tutela do gênero feminino, justifica-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e intrafamiliar.

Para Bastos (2010, p. 03-04):

Veio, então, a Lei em comento – a Lei “Maria da Penha” – cuja origem, não se tem dúvidas em afirmar isto, está no fracasso dos Juizados Especiais Criminais, no grande fiasco que se tornou a operação dos

institutos da Lei nº 9.099/95, não por culpa do Legislador, ressalvase, mas, sem dúvida, por culpa do operador do Juizado, leiam-se, Juízes e Promotores de Justiça, que, sem a menor cerimônia, colocaram em prática uma série de enunciados firmados sem o menor compromisso doutrinário e ao arrepio de qualquer norma jurídica vigente, transmitindo a impressão de que tudo se fez e se faz com um pragmatismo encomendado simplesmente e tão-somente para diminuir o volume de trabalho dos Juizados Especiais Criminais.

A Lei nº 11.340, em seus artigos iniciais indica que:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

2.1 FEMINICÍDIO

A violência feminicídio é um novo conceito que engloba todas as formas de violência contra as mulheres. Sua definição e divulgação é recente, é um crime de Estado, porque a vida e a segurança das mulheres não são garantidas.

Algum tempo atrás, em nosso país, está dando relevância a um tópico preocupante que requer ação rápida, nos referimos ao crime popularizado como feminicídio.

Todos os dias ouve-se falar de homicídio, parricídio, mas o que está se tornando realmente comum é o termo feminicídio, em circunstâncias que é um crime que atravessa todas as classes sociais. Este tipo de crime expressa um sentimento de posse e controle das mulheres pelos homens.

Sem dúvida esse flagelo se deve ao excessivo machismo que ainda existe em nossa sociedade, entre outros fatores de relevância, por exemplo, enfocando o mesmo machismo, uma das principais causas desse tipo de morte é o ciúme, que termina neste tipo de ações e resultados tão trágicos. Pode-se assegurar que a violência contra as mulheres tenha sido instalada em uma área de preocupação social e política.

Em geral, o estado tem um marco legal baseado na lei internacional para os direitos das mulheres, para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres, da qual a constituição política do Brasil estabelece a defesa da pessoa, integridade física e direito à mulher, vida e respeito por sua dignidade como objetivo supremo da sociedade e do Estado.

Femicídio, representa de maneira especial os crimes cometidos contra a mulher por razões frente a condição de sexo feminino.

De acordo com Gomes (2015, p. 01) a Lei 13.104/15 “passa a ser homicídio qualificado a morte de mulher por razões de sexo feminino (CP, art. 121, § 2º, VI)”.

O Código Penal no § 2º-A do art. 121, indica quando se considera razões de condição do sexo feminino: violência doméstica e familiar, menosprezo à condição de mulher ou discriminação à condição de mulher.

O que se entende como feminicídio segundo a lei número 13.104, de 09.03.2007, são crimes de violência contra pessoas do gênero feminino, sendo eles violência doméstica ou familiar, menosprezo ou discriminação à condição da mulher.

Em sentido amplo o feminicídio pode ser compreendido como sendo a morte de uma mulher por razões de gênero ou pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher que é qualificadora do homicídio em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito.

O feminicídio não íntimo é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência. O feminicídio por conexão, é

aquele em que uma mulher é assassinada porque se encontrava na “linha de tiro” de um homem que tentava matar outra mulher, o que pode acontecer na *aberratio ictus*”.

Devemos observar, entretanto, que não é pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do delito tipificado no art. 121 do Código Penal que já estará caracterizado o delito qualificado, ou seja, o feminicídio. Para que reste configurada a qualificadora, nos termos do § 2-A, do art. 121 do diploma repressivo, o crime deverá ser praticado por razões de condição de sexo feminino, que efetivamente ocorrerá quando envolver:

I) violência doméstica e familiar; II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

De acordo com a citação acima, sem a condição de mulher e sem os requisitos de violência doméstica e familiar; menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não se configurar a qualificadora do feminicídio nos termos do § 2-A, do art. 121 do diploma repressivo, deve-se entender que se a conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, aí sim temos feminicídio, para a configuração do tipo penal é imprescindível que a conduta possua essas características, senão, estamos diante de um homicídio.

2.2.1 Feminicídio na Pandemia de Covid 19

É fundamental compreender e abordar o feminicídio na pandemia de Covid-19 como uma questão urgente e complexa que exige uma resposta abrangente, tem-se as causas e consequências desse fenômeno, analisar as medidas adotadas pelos governos e pela sociedade civil para combater o problema e propor estratégias efetivas para proteger as mulheres em situação de risco durante essa crise.

Segundo Sunde et al (2021, p. 69):

Falar do feminicídio no período da pandemia da COVID-19 é trazer discussões sobre direitos de igualdade, de dignidade da mulher e da pessoa humana. É lutar contra a violência doméstica e atos aversivos ao gênero como, por exemplo, a misoginia, menosprezo pela condição feminina ou discriminação de gênero. Por isso a importância de tipificá-lo, porque é uma forma de reconhecê-lo como lei que defende as mulheres que estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade.

O feminicídio na pandemia de Covid-19 representa uma face sombria dos impactos sociais e emocionais causados pela crise global de saúde, enquanto o mundo enfrenta os

desafios impostos pela propagação do vírus, mulheres estão vivenciando um aumento alarmante da violência baseada em gênero. Essa realidade trágica ressalta a urgência de examinar as interseções entre a pandemia e a violência de gênero, a fim de desenvolver respostas efetivas e proteger as vidas das mulheres.

Desde o início da pandemia se observou um crescimento preocupante nos casos de feminicídio em muitos países ao redor do mundo. O isolamento social, as medidas de confinamento domiciliar e a tensão gerada pelo contexto da crise têm contribuído para a intensificação da violência contra as mulheres, o confinamento forçado coloca as vítimas em uma situação de maior vulnerabilidade, muitas vezes trancadas em casa com seus agressores, sem acesso a recursos e apoio.

De acordo com Sunde (2021, p. 69-70):

Com a pandemia da COVID-19 os casos de violência doméstica contra mulher e, conseqüentemente, do feminicídio registrou um aumento considerável; isto porque todos os membros das famílias começaram a passar mais tempo juntos. A situação atual impede às vítimas a chance de pedir ajuda, encontrar familiares, amigos ou mesmo buscar apoio nas situações em que é necessário, como se descreve num relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública que, entre março e abril, os casos de feminicídios aumentaram 22,2% em 12 estados, comparativamente ao mesmo período do ano passado (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Apesar da falta de estudos publicados nos últimos meses sobre o feminicídio durante a pandemia da COVID-19, muitas reportagens de mídias e órgãos de informação (TV, Rádio, Jornais, etc) tem apresentado índices elevados durante pandemia em comparação com os anos anteriores. Isso deve-se a vários fatores como convivência mais próxima dos agressores e das vítimas, que, no novo contexto, podem mais facilmente impedi-las de se dirigir a uma delegacia ou a outros locais que prestam socorro às vítimas, como centros de referência especializados, ou, inclusive, de acessar canais alternativos de denúncia, como telefone ou aplicativos. Um estudo recente feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública destaca a variação de números e porcentagens de casos, entre 2019 e 2020, em alguns estados como Acre, Mato Grosso, Pará, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e São Paulo sendo este último com índices superelevados.

As causas subjacentes ao feminicídio na pandemia são multifacetadas, o estresse econômico resultante da perda de empregos e da instabilidade financeira pode aumentar as tensões familiares e contribuir para comportamentos violentos. Além disso, o acesso limitado aos serviços de apoio e à justiça devido ao redirecionamento de recursos para a resposta à Covid-19 dificulta ainda mais a busca por ajuda por parte das vítimas.

Outro fator alarmante é a desigualdade de gênero estrutural, que se torna mais evidente durante a crise. mulheres que já enfrentam discriminação e violência antes da pandemia agora estão enfrentando situações ainda mais perigosas, com poucas opções de fuga, as desigualdades de poder entre homens e mulheres são exacerbadas, tornando o feminicídio uma manifestação extrema da violência de gênero que perpetua a opressão e a marginalização.

Desta forma, é essencial garantir que as respostas de saúde pública, políticas e sociais à pandemia também considerem a segurança e a proteção das mulheres, discussão sobre o feminicídio na pandemia de Covid-19 é uma forma de alerta para que a sociedade reconheça a urgência dessa questão, fortaleça a prevenção e a assistência às vítimas e trabalhe em direção a uma sociedade mais igualitária e segura para todas as mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O feminicídio na pandemia de Covid-19 expôs as profundas desigualdades e vulnerabilidades enfrentadas pelas mulheres em todo o mundo. A combinação de restrições de movimento, isolamento social e crises econômicas gerou um ambiente propício para o aumento da violência de gênero, colocando a vida e a segurança das mulheres em risco dentro de suas próprias casas.

É consenso atual que qualquer ação para superar a violência passa por uma articulação interdisciplinar e multiprofissional e com organizações da sociedade civil e comunitárias que militam por direitos e cidadania. Deve-se atuar com uma visão ampla do fenômeno, mas em níveis locais e específicos.

A análise desta temática proporcionou-me evidenciar questões presentes nas relações sociais, as quais são abordadas muitas vezes, sem um aprofundamento necessário capaz de apontar pistas para uma referência mais coerente, sendo que as ações afirmativas servem basicamente para a mobilização da sociedade na busca da igualdade de direitos.

Certamente que uma sociedade democrática é muito mais que meras ações afirmativas, mas estas são um marco inicial na busca da igualdade e efetivação da sociedade democrática de direito.

O Estado propõe ao indivíduo uma situação de direito, que ele próprio não consegue incorporar e absorver. A racionalidade dominante, nesta relação, gerada por uma forma de poder, estabelece a desigualdade entre indivíduos e Estado.

Os profissionais tanto de Serviço social como de Psicologia como os profissionais de Direito, têm alguma experiência com a escuta de problemas que não são exclusivamente destes, não significando obviamente, abandonar a vocação específica dos serviços, mas sim, em nome de sua melhor eficácia técnica, escutar a mulher em toda a complexidade de sua demanda. É cristalino quanto à violência pode estar relacionada a diversos problemas de saúde comuns na prática clínica e à baixa resolutividade do serviço em suas ações.

Verificar a demanda relacionada à violência significa ouvir a mulher, tem sua complexidade e também a estar consciente da existência do problema, e poder perguntar sobre ele, no momento apropriado e sem constrangimentos. Uma situação que afeta grande parte das mulheres não pode ser objeto de estigmatização ou vergonha e o receio dos profissionais em abordar o assunto muitas vezes expressa um julgamento moral próprio, e não um constrangimento em expor a situação por parte das usuárias. Portanto, é necessário pensar-se, em cada serviço e em cada situação assistencial, quais seriam os canais de expressão, grupais ou individuais, mais propícios e adequados para possibilitar a emergência da questão.

Uma atuação preventiva na emergência tem de se adequar às características do próprio serviço. Trata-se de uma dinâmica de atendimento que exige rapidez e atitudes imediatas, que provoca grande estresse, onde há uma demanda sempre além do contingente de profissionais disponíveis e de contínua mudança de equipes (dificultando a comunicação e a troca de impressões entre profissionais que iniciaram e aqueles que vão dar continuidade ao atendimento). Por tais motivos, torna-se fundamental a consolidação de “rotinas” de atuação.

Deve-se ater que o mais importante que se pode dar a partir da sociedade é que, na sua maioria, os eventos violentos e os traumatismos não são acidentais, não são fatalidades, não são falta de sorte: eles podem ser enfrentados, prevenidos e evitados.

Deve-se ater que a Lei sobre o Femicídio, ainda é nova, e interpretações como a sua aceitação quando envolvendo transexuais ainda será debatida, em especial até a chegada ao Supremo Tribunal Federal, que certamente atenderá as necessidades da sociedade que evolui no atendimento a esta população.

Fica evidente que a resposta a essa questão deve ser abrangente e multidimensional, governos, instituições, sociedade civil e cada indivíduo têm a responsabilidade de tomar medidas concretas para prevenir o feminicídio e proteger as mulheres nesse momento de crise.

É crucial investir em campanhas de conscientização que desafiem os estereótipos de gênero, promovam relações igualitárias e combatam a cultura do machismo, é necessário fortalecer os sistemas de suporte às vítimas, oferecendo abrigos seguros, linhas telefônicas de emergência e serviços de aconselhamento acessíveis.

Os governos devem garantir que leis e políticas de proteção às mulheres sejam aplicadas de forma efetiva e que recursos adequados sejam alocados para prevenir e punir o feminicídio.

Investir em treinamentos para profissionais de saúde, policiais e juízes, a fim de que sejam sensíveis às questões de gênero e capazes de identificar os sinais de violência, também é fundamental.

A cooperação entre países e a troca de boas práticas podem contribuir para o desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e combate ao feminicídio na pandemia e além dela.

Não se pode permitir que a pandemia de Covid-19 seja uma desculpa para a perpetuação da violência de gênero, deve-se conscientizar, educar e agir para proteger as mulheres e construir um mundo onde todas elas possam viver sem medo e com igualdade de direitos.

A luta contra o feminicídio não é apenas uma batalha legal, social ou política, mas também uma questão de direitos humanos e justiça, somente quando todas as mulheres estiverem seguras e livres da violência é que poderemos alcançar uma sociedade verdadeiramente igualitária e justa para todos, é dever coletivo trabalhar incansavelmente para tornar essa visão uma realidade.

Para finalizar deve-se indicar que o presente estudo não buscou ser determinante nos resultados, e esgotar o tema em questão. Ao contrário, busca incentivar mais estudos acerca dos temas aqui discutidos.

REFERENCIAS

ADORNO, Sérgio. **Violência na Sociedade Brasileira**: Um painel incluso em uma democracia não consolidada In: Rev. Sociedade e Estado. Departamento de Sociologia - UnB, Volume X, no 2, Brasília, 1995.

ALVES, Cleide Aparecida. **Feminicídio, poderá ser uma consequência da ineficácia da Lei Maria da Penha?** 41 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Sabará, Sabará, 2017. Disponível em: <<http://www.faculdadesabara.com.br/wp-content/uploads/MONOGRAFIA-CLEIDE-COM-CORREC%CC%A7O%CC%83ES-PDF.pdf>>. Acesso em outubro de 2022.

AZEVEDO, Carlos. **Violência de pais contra filhos**. 2ª ed. São Paulo, Ed. Cortez. 1995.

AZEVEDO, Rodrigo. et al. **Lei Maria da Penha no Judiciário**. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos 23 a 26 de agosto de 2010.

BARSTED, Leila L.; HERMANN, Jaqueline. **O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar**. Rio de Janeiro: Cepia, 1995.

BASTOS, Marcelo. **Violência Doméstica e Familiar - Lei Maria da Penha**, alguns comentários. Manaus: Compedi, 2010.

BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

BERNARDINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil**. Rio de Janeiro: Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, nº 2, 2002.

BIANCHINI, Alice. A Qualificadora do Femicídio é de Natureza Objetiva ou Subjetiva? *ψR. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203 - 219, jan. - mar. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100621/qualificadora_femicidio_natureza_bianchini.pdf>. Acesso em maio de 2023.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n.11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, E.R. **Nos corredores de uma Delegacia da Mulher**: um estudo etnográfico sobre as mulheres e a violência conjugal. Rio de Janeiro, 1996. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Medicina Social, UERJ.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 11. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 Agos. 2006.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: **REPENSANDO fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem. A elite política imperial**. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1980.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional didático**. 5 ed. rev. e ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**: análise da Lei Maria da Penha, número 11.340/06, Salvador: Podivm, 2007.

CHAVES, Antonio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e redesignação sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 6

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. Saraiva, 2001.

CÓRDOBA, Jorge E.; SANCHES TORRE, Julio C. **Derechos personalísimos (o de la personalidad o iura in persona ipsa)**. Cordoba (Argentina): Alveroni, 1996.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

DE CUPIS, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo W. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre, RS: Livraria dos Advogados, 2003.

DEBERT, Guida. GREGORI, Maria Filomena. Violência e Gênero: Novas propostas, velhos dilemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol 23. Nº, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT. 2007

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1. – 18 ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei. n. 10.406, de 10 – 1 – 2002). – São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

FERNANDES. A. S. A. Políticas Públicas: Definição evolução e o caso brasileiro na política social: DANTAS, Humberto e JUNIOR, José Paulo M. (orgs). IN: **Introdução à política brasileira**. São Paulo: Paulus. 2007.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Ed. Graal, 11a ed., Introdução, Rio de Janeiro, 1995.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A legalização da eutanásia no Brasil.** Prática Jurídica, ano I, 30 abr. 2002.

GOMES, Olívia Maria Cardoso. **Violência Doméstica e Migrações.** 2. Ed. Revista e Atualizada com a Nova Lei do Feminicídio – Lei 13.104 de 09.03.2015. Curitiba: Juruá, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. Julgamento de 10/11/2009. DJe 18/12/2009, v. 14, p. 116.

GUIMARÃES, Áurea Maria. **Violência e sociedade.** Campinas, UNICAMP, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luis A. Heck. 20. ed. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KALOUSTIAN, M. **Família brasileira, a base de tudo.** São Paulo: Cortez, 1994.

LEITE, Maria Suzana. **Lei Maria da Penha:** o desafio de sua execução frente às falhas do Estado. São Luiz: UFMA, 2003.

LINDBLOM, Charles E. Still Muddling, Not Yet Through, **Public Administration Review** 39: 517-526. 1981.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. **Políticas Públicas no século XXI:** a perspectiva da gestão multicêntrica (à luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006.

MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio:** uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa** (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MINAYO, M. C. A violência social sob a perspectiva da Saúde Pública. **Cad. Saúde Pública**, v.10, supl.1, p.07-18, 1994.

SUNDE, Rosário, et al. Feminicídio Durante a Pandemia da Covid 19. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, v. 32, n. 1 p.55-73, 2021.

A RELEVÂNCIA DA PSICANÁLISE NAS POLÍTICAS SOCIAIS PÚBLICAS ENFOQUE O DIREITO

DÉBORA VITÓRIA MARCOLINO HORÁCIO:
graduanda em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis.

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

Resumo: Ao longo do tempo, a psicanálise encontra-se introduzida na saúde mental, educação, assistência social e justiça, principalmente por meio da atuação de profissionais especializados e em dano das possíveis diferenças que possam ser articuladas nos termos dessa profissão. Sendo assim, a pesquisa tem como objetivo abordar sobre alguns aspectos entre o direito e a psicanálise, e seus prolongamentos no campo da política, sob uma perspectiva epistemológica, histórica e conceitual. Para tanto, foram utilizadas pesquisa bibliográfica a partir de livros de doutrina, em artigos científicos acadêmicos da internet, além de monografias que atenderam aos requisitos do tema abordado. Como resultado, estudos apontam que a psicanálise na política pública social e Direito concentram e discordam em vários aspectos, mas se encontram e se completam em seus opostos. Enquanto a Psicanálise é sistema de pensamento, que tem o desejo e o inconsciente, portanto a subjetividade como pilares, o Direito é um sistema de limites, vínculos de vontade e controle das pulsões, que vem trazer a lei jurídica para quem não tem a lei interna, isto é, quem não contém seus impulsos gozosos. Conclui-se que a partir da compreensão destes conceitos psicanalíticos, a percepção e atuação como profissionais do Direito ficará ampliada e com isto poderemos desenvolver muito melhor nossa atuação profissional.

Palavras-chave: Direito Civil. Psicanálise. Política pública social.

Abstract: Over time, psychoanalysis is introduced in mental health, education, social assistance and justice, mainly through the performance of specialized professionals and in damage to the possible differences that can be articulated in the terms of this profession. Thus, the research aims to address some aspects between law and psychoanalysis, and their extensions in the field of politics, from an epistemological, historical and conceptual perspective. To this end, bibliographic research was used from books of doctrine, in academic scientific articles of the internet, as well as monographs that met the requirements of the theme addressed. As a result, studies indicate that the analysis in social public policy and law concentrate and disagree in several aspects but meet and complete each other in their opposites. While Psychoanalysis is a system of thought, which has desire and the unconscious, therefore subjectivity as pillars, Law is a system of limits, bonds of will

and control of drives, which brings the legal law to those who do not have the internal law, that is, who does not contain their joyful impulses. It is concluded that from the understanding of these psychoanalytic concepts, the perception and performance as legal professionals will be expanded and with this we can develop much better our professional performance.

Keywords: Civil Law. Psychoanalysis. Social public policy.

1 INTRODUÇÃO

A Psicanálise, sendo uma área de produção de conhecimentos, nesta última década tem lançado diversos estudos, trazendo reflexões sobre as possíveis interações com o Direito. (PEREIRA, 2003).

Ressalta-se ainda um aumento de congressos, encontros, seminários, nacionais e internacionais tendo como tema Direito e Psicanálise, assim como as publicações procurando identificar as similitudes e diferenças entre esses dois campos do saber. Na França, destaca-se o professor de Direito Romano e psicanalista Pierre Legendre, com muitas publicações sobre o tema. (MEDEIROS, 2019)

De certa forma, é aceitável assegurar que o conhecimento dos juristas sobre a importância da Psicanálise, abriu-se um espaço enorme para o desfrute por parte destes da teoria psicanalítica. Para Endo (2015) até mesmo os psicanalistas, entenderam o campo jurídico como possuidor de um conhecimento que está para além das formas legais e do manejo do poder por elas, produzindo possibilidades de desencadear diálogos cada vez mais profícuos entre esses dois campos.

Logo, no Brasil, esse movimento se inicia com a busca da Psicanálise por parte de juristas, para melhor compreensão dos aspectos psicodinâmicos inerentes aos sujeitos cujos casos estão sob sua responsabilidade.

A inclusão da psicanálise nas políticas sociais públicas, analisa feitos que, conferem-lhe uma atitude positiva ao longo do tempo para sua inscrição como profissão regulamentada por leis estatais, a psicanálise encontra-se embrenhada na saúde mental, educação, assistência social e justiça. (TOREZAN, 2021)

Para Groeninga e Pereira (2003) colocam um paralelismo entre esses dois campos e observam que tanto o advogado quanto o psicanalista têm em comum a escuta do seu cliente e sua demanda.

Assim,

Existe para esses autores, a ansiedade em avaliar o sujeito, tanto o denominado sujeito do Direito “que é aquele que age consciente de seus direitos e deveres, e segue leis estabelecidas em um dado ordenamento jurídico”, quanto o denominado sujeito da Psicanálise ou “sujeito do desejo, aquele que está também assujeitado às leis do inconsciente”. (GROENINGA e PEREIRA, 2003, p. 57).

Nas duas últimas décadas, a inclusão da psicanálise nas políticas sociais públicas e a área de direito, tanto no campo das intervenções quanto no terreno dos estudos e das pesquisas.

Tanto o Direito quanto a Psicanálise procuram compreender o sujeito e suas relações, sendo um na perspectiva objetiva dos fatos e a outra, mais subjetiva, tanto no nível do consciente como no inconsciente. De qualquer forma, estamos diante de um único sujeito, mesmo se ele engloba duas realidades distintas. (DANTO, 2019).

Quinet (2003) considera a lei no aspecto e na óptica do Direito, onde há a “Lei simbólica, que rege os homens na condição de seres que habitam a linguagem, e as leis que os homens fazem para regular as relações entre si” (p. 57).

Portanto, o autor avalia a Lei característica como estrutural, que não depende do lugar, do momento histórico ou da constituição social e que se expressa na cultura mediante as leis, a Constituição, os estatutos e regimentos institucionais, com o objetivo de enquadrar e limitar o gozo de um em relação aos demais.

A Lei simbólica, para a Psicanálise, é expressa no inconsciente por meio de suas formações – sonho, sintoma, chistes – e equivale ao que Freud nomeou como a lei de interdição do incesto. Essa lei é representada pelo pai que não é necessariamente o genitor, mas o pai simbólico que foi mais tarde denominado por Lacan de Nome do Pai, como instância legal, um puro significante. (DANTO, 2019).

O conhecimento de infração das leis é visto de forma diversa, entendido por meio da Psicanálise, que para o indivíduo acatar e obedecer às leis impostas pelo ordenamento jurídico é indispensável que este já esteja dentro do contexto de proibições. É indispensável sua constituição enquanto sujeito, enquanto sujeito de desejo e sujeito de direito, e é nesse ponto que Direito e Psicanálise se entrelaçam com a finalidade de integrar esse sujeito na vida social e na busca pelo bem-estar da sociedade. (TOREZAN, 2021)

Sendo assim, o objetivo dos trabalhos será em abordar sobre alguns aspectos entre o direito e a psicanálise, e seus prolongamentos no campo da política social pública, sob uma perspectiva epistemológica, histórica e conceitual.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONCEITO DE PSICANÁLISE

Etimologicamente, o termo psicanálise é uma citação ao grego *psyche*, que literalmente significa “respiração” ou “sopro”, porém, há um modo de pensar mais complexo, relacionado com as ideias modernas do que seria o espírito, o ego e a alma das pessoas. (ANDRADE JUNIOR, 2017).

Considerada um campo de pesquisa entre o real e clínica da psique humana, a Psicanálise é o campo que define uma ciência preocupado em esclarecer como funciona o espaço íntimo do indivíduo, amparando no tratamento de transtornos mentais. Fundada por Sigmund Freud (1906) destaca processos mentais inconscientes. (apud, FREUD, 2016)

Explica Vital Brasil (2014) que a Psicanálise é uma metodologia clínica teórica que torna fácil o entender do funcionamento da mente humana, ajudando a cuidar dos distúrbios mentais e neuroses. O objeto de adquirir conhecimento da psicanálise é em relação entre os desejos inconscientes e os comportamentos e sentimentos vividos pelas pessoas.

Portanto, a teoria da psicanálise, também conhecida por “teoria da alma”, foi criada pelo neurologista austríaco Sigmund Freud (1856 – 1939), que de acordo com Freud, boa parte dos processos psíquicos da mente humana estão em estado de inconsciência, sendo estes dominados pelos desejos sexuais. (DANTO, 2019)

Todos os desejos, lembranças e instintos reprimidos estariam “armazenados” no inconsciente das pessoas e, através de métodos de associações, o psicanalista – profissional que pratica a psicanálise – conseguiria analisar e encontrar os motivos de determinadas neuroses ou a explicação de certos comportamentos peculiares dos seus pacientes, por exemplo. (ANDRADE JUNIOR, 2017).

Os fundamentos principais desta teoria criada por Freud são resumidos nas três principais obras publicadas pelo neurologista: “Interpretação dos Sonhos” (1899), “Psicopatologia da Vida Cotidiana” (1904), e “Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade” (1905). (MARCOS NETO, 1999).

Em suma, representa a “teoria geral da personalidade”, que abrange num método de psicoterapia, que, para que tenha o adequado entendimento dos processos mentais a partir da ótica da psicanálise, que de acordo com Preciado (2019, p. 23) é indispensável observar os três níveis de consciência do ser humano que são eles:

- Consciente: estado em que sabemos o que pensamos, sentimentos, falamos e fazemos. São ideias que os sujeitos estão cientes de existir / pensar.

- Pré-consciente: estado das ideias que estão inconscientes e que podem voltar a ser conscientes, caso tenha a direção certa da atenção da pessoa para elas.

- Inconsciente: onde ficam guardados todos os desejos e ideias reprimidas, censuradas e inacessíveis ao estado consciente, afetando os comportamentos e sentimentos dos indivíduos.

Desse modo, a partir dessa visão, o psicanalista identifica sinais de traumas, desejos ou ideias que tenham sido reprimidas para o inconsciente do paciente e que, como consequência, provoquem distúrbios comportamentais e neuroses.

No desenvolvimento da Inconsciência, conforme Danto (2019, p. 17) explica que conforme a Teoria da Psicanálise de Freud, o inconsciente humano é subdividido em três dados que ajudam na estabilização e regulação do comportamento do sujeito, que são eles:

- Id: onde se juntam os impulsos relacionados ao prazer, como os desejos inconscientemente carnis, materiais e sexuais, por exemplo.

- Ego: distingue a personalidade de cada indivíduo, atuando como o equilíbrio do Id (princípios dos prazeres inconscientes) e do superego (as regras morais que limitam a extravagância do Id).

- Superego: monitora a mente humana, mantendo-a sempre alerta aos princípios da moral, evitando que ocorram desvios exagerados em direção ao Id.

Um dos assuntos mais discutidos do estudo de Freud, conforme prefaciado (2019, p. 29), é onde o psicanalista assegura que a personalidade dos sujeitos se relaciona com o desenvolvimento sexual ainda nos primeiros anos de vida, sendo chamado de desenvolvimento Psicosssexual

Para isso, a psicanálise freudiana explica que o indivíduo atravessa por cinco etapas para concluir o seu artifício psicosssexual, e, de acordo com Andrade Junior (2017) se houver algum problema no desenvolvimento em alguma dessas fases, a seqüela surge em forma de distúrbios ou neuroses futuras, durante a vida adulta, e essas fases são:

- Fase oral: acontece no primeiro ano de vida, o bebê sente prazer ao estimular a sua boca, seja através de chupeta ou levando outros objetos em direção aos lábios. Caso esta fase não desenvolva corretamente, segundo a teoria de Freud, a pessoa pode desenvolver obsessões, como a gula, falar em demasia etc.

- Fase anal: entre o segundo e terceiro ano de vida a criança se satisfaz com a expulsão ou retenção de suas fezes. A fixação exagerada por organização e limpezas pode ser uma das consequências para o mau desenvolvimento desta fase.

- Fase fálica: entre o quarto e quinto ano de vida, quando a criança descobre o seu sexo e sente prazer ao manusear o seu órgão sexual. Freud também explica que é nesta fase que tem início o chamado "Complexo de Édipo".

- Fase de latência: do quinto ao décimo segundo ano de vida, quando ocorre a construção do pensamento lógico e supressão dos impulsos sexuais, fazendo com que o indivíduo passe a ter mais controle da sua vida psíquica.

- Fase genital: a partir do décimo segundo ano de vida em diante, quando o indivíduo já entrou na adolescência, trocando o interesse de si próprio para a de outras pessoas ou coisas ao seu redor. Nesta fase começam as ligações e desejos por outras pessoas, por atividades sociais e humanas, por exemplo.

Dessa forma, como vimos, a psicanálise procura recompor a personalidade, entender a vida emocional e os modos de funcionamento da mente do indivíduo, realizando um trabalho a longo prazo com aspectos conscientes e inconscientes do eu.

2.2 A PSICANÁLISE NAS POLÍTICAS SOCIAIS PÚBLICAS

Iniciamos esse tópico com a seguinte questão: Como conservar a qualidade da prática da psicanálise, sendo que os exercícios das políticas públicas sociais se amparam em um artifício do universal, aplicando protocolos ordenados por tipos clínicos determinados por um saber constituído e organizado?

Sendo que, de um lado, a posição do profissional em psicanálise nas instituições das políticas públicas sociais acata ao querer de Freud (1919/1987) de desdobrar o tratamento psicanalítico ao sujeito para que esta possa dele se beneficiar, de outro, traz o risco de perdermos a especificidade da prática psicanalítica. (LEGENDRE, 2013).

Portanto, hoje em dia, muitos profissionais em psicanálise têm desempenhado sua prática em instituições das políticas públicas sociais na qualidade para que seu trabalho seja possível.

Porém é indispensável pensar o que fazer nesse argumento, onde a apreensão de Freud, que ao refletir sobre essa possibilidade pareceu sensível e cauteloso no que pertence à inclusão de algumas inovações no campo da técnica. Certamente, ele temia os desvios daquilo a que a psicanálise visa: a dimensão ética do sintoma. Por isso, não podemos nos

esquecer de que no encontro com outros saberes é preciso manter a especificidade da prática da psicanálise. (TOREZAN, 2021)

Acreditamos que todo e qualquer instituições das políticas públicas sociais que oferte modalidades de trabalho da psicanálise possa se formar como um possível espaço de escuta do sujeito do desejo. No caso de políticas públicas sociais, não podemos nos esquecer da existência de um complicador adicional, que é a própria definição de saúde, a qual se enuncia como a promoção do bem-estar biopsicossocial, elaborada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para regê-las. (ANDRADE JUNIOR, 2017).

Portanto, é necessário resistir a política que Lacan nos ensina, que a psicanálise acontece na área da política exatamente por examinar e por expor suas falhas. Logo, refletimos que a psicanálise precisa colaborar também ao esforço coletivo de construir o campo da atenção à saúde, visto que, conforme Lacan (1998), a psicanálise, além de uma tática e uma estratégia, comporta também uma política da qual o psicanalista não pode abrir mão: fazer existir a psicanálise e o sujeito do desejo, e não a redução do mesmo ao registro da cidadania.

Deste modo, se governar e psicanalisar são nomes do impraticável, estaria aí o ponto de largada para a discussão entre psicanálise e coisa pública. A perspectiva do impossível, em vez de nos relegar à impotência, operaria a partir do ponto vazio para o qual as políticas públicas se dirigem que se evidencia pelos modos de carência dos sujeitos a quem elas se voltam. (TOREZAN, 2021)

3 DIREITO E PSICANÁLISE - UM NOVO HORIZONTE NO CONHECIMENTO

Miranda Coutinho (1996) em seus estudos explica que a função da própria Instituição do Direito é conservada em nome do amor, e, procura-se, assim, uma justaposição aceitável entre o Direito e a Psicanálise, ciente das dificuldades daí essenciais.

Sendo assim, o ato de pôr em harmonia e em acordo a teórica de institutos jurídicos com a psicanálise não pode ser realizada de modo básico, precisando de contornos próprios e um tanto quanto dificultosos, onde, precisa analisar que o Direito não é afeito a esse diálogo, pretendendo o domínio total pela racionalidade consciente. (CRUZ, MACIEL, & RAMIREZ 2005).

Assim,

Nesta investigação da teoria do conhecimento que abrange o Direito e Psicanálise, existe afinidades e alterações, encontros e desencontros a respeito da verdade, da natureza, do valor do conhecimento, incluindo os obstáculos para atingi-lo; a psicanálise nos aponta estes obstáculos, os sintomas e atos falhos, como

escreveu Freud, produtos do conflito entre afeto e pensamento, entre desejo e repressão, entre consciente e inconsciente. (ANDRADE JUNIOR, 2017, p. 14).

O habitual entre o Direito e a Psicanálise apresenta-se a precisão do entendimento do conflito, onde, para o direito uma pretensão resistida, o conflito faz um barulho que deve ser silenciado, e, para a psicanálise deve haver uma escuta do conflito, a busca de suas razões para que se transforme em harmonia.

O caminho já foi percorrido, onde vários autores como Legendre (2013), Marques Neto (1999), Miranda Coutinho (1996) e Philippi (2001) explicam que as definições são limitadas e bem claras como:

a) estabilizar o espaço da lei jurídica no contexto do Direito atualizado a partir da Psicanálise;

b) organizar o caminho para mais adiante tentar indicar conteúdos inconscientes do um julgador – entendido em sua singularidade indivíduo – no ato decisório.

No Processo Penal desliza para um vínculo com a psicanálise, define-se o papel do inconsciente na transformação final da decisão judicial, sem que esse inconsciente, como os demais significantes psicanalíticos, possa ser percebido de maneira em objetos concretos, mas sim como estrutura construída desde dentro e na linguagem, como diz Lacan: “o inconsciente é estruturado como uma linguagem.” (LACAN, 1998, p. 25).

“Não é muito simples fazer a interlocução Direito e Psicanálise, principalmente porque temos de rever conceitos muito estáveis no campo do Direito. Entretanto, torna-se necessário e impositivo na atualidade repensar os paradigmas e o sujeito do Direito a partir da Psicanálise. Esta traz para o pensamento jurídico uma contribuição revolucionária com a ‘descoberta’ do sujeito inconsciente.” (GROENINGA e PEREIRA, 2003, p. 51)

Se tem o direito é porque há o esquerdo, o torto - se há a lei é porque tem o desejo; para a Psicanálise, o indivíduo está vinculado à uma outra lógica, às leis regidas pelo inconsciente e pelo desejo, pelos impulsos, impulsos da sexualidade, da agressividade, que bagunçam e que se tenta, até certo ponto em vão, coordenar.

Portanto,

Tanto o Direito quanto a Psicanálise abordam um só sujeito, visto como Sujeito do Direito e Sujeito do Desejo, um só sujeito, assujeitado a campos de saber, até recentemente estanques, que encontra na conjugação das duas visões, uma possibilidade de um

certo resgate de sua integridade, a visão do Sujeito do Direito Desejante, e ambas têm em comum a mesma busca - da verdade das relações, busca que não pode deixar de lado as razões de nossa razão e de nossa desrazão. (DANTO, 2019, p. 25).

Então, o direito, por natureza, procura atender a sociedade em bem estar e garantias fundamentais através de dispositivos legais; A psicanálise busca alcançar estes fatores na intervenção psicanalítica. Enquanto um trata de organizar o pensamento vivo de uma sociedade, a psicanálise procura fazer o mesmo com cada indivíduo. (MEDEIRO, (2019).

Sendo assim, não tem como pensar um sem o outro, por mais que ainda haja uma corrente que procure não olhar para o crescente movimento de aliar ambas as cátedras, podemos observar esta interação ocorre desde o Especial Cível até a última "ratio". (DANTO, 2019).

O direito tem mecanismos como como: a escuta qualificada, justiça restaurativa, inclusão social, reinserções sociais, indenizações, ressarcimentos por dano, abuso emocional, estelionato emocional, assédios (moral, emocional, sexual), importunação, alienação parental, abandono emocional entre outros que trazem para dentro do Direito o olhar a psicanálise. (ALTOÉ, 2007)

Enquanto a psicanálise, traz para dentro do consultório o direito, ao trabalhar cada peça dessa engrenagem, de modo a procurar fazer funcionar em acordo com todo o mecanismo existente. De certo modo um se tornar extensor e complementar do outro, procurando alcançar onde este não chegue. Da mesma forma um depende do outro para prosseguir revolucionariamente e de forma efetiva, já que a primeira prepara e o segundo respalda. (MEDEIRO, (2019).

Como o componente da psicanálise é o inconsciente, e como ele é atemporal, e aparece nas análises individuais como presente-passado, a psicanálise tem muito a oferecer ao direito, mas o direito pouco tem se utilizado da sua influência.

Assim,

A psicanálise, segundo nos ensina Charles Melman, não acredita que o indivíduo faz indiferença do seu passado, ele lembra e verifica as situações angustiantes que se acham para preparar de limites como para tornar mais abertas as determinações quanto para considerar as ocorrências com as quais se enfrentam pela violência, por novas atitudes diante da morte (eutanásia, abortos, decadência dos ritos), a demanda transexual, na qual, muitas vezes, há até mesmo uma procura, via cirúrgica, de aproximar o físico do psíquico que já sofreu

transformações, ou de adoção de filhos por casais homossexuais, os direitos das crianças, as adições de todos os tipos, especialmente toxicomanias, das quais o alcoolismo é um dos principais vícios e responsável pelo grande número de violência, a tirania do consenso, a crença nas soluções autoritárias, o endereçamento do direito à justiça como pau para toda obra, as reivindicações das vítimas, a alienação no virtual (jogos eletrônicos, internet), a exigência do risco zero e por mudanças sociais que instalam a compatibilidade entre uma economia liberal desenfreada e uma subjetividade que se crê liberada de toda a dívida para com as gerações precedentes, em síntese, produtora de um sujeito que crê poder fazer tábua rasa de seu passado e que tudo pode. (ALTOÉ, 2007, p. 47).

Logo, o direito não deve ser levado por algum tipo de economia psíquica, e assim, como o sujeito é conduzido pelo inconsciente o direito não pode deixar de estar decorrente pelo inconsciente, e, portanto, pela psicanálise assim, os pontos de vista psicológicos na exercício jurídico, têm teores inconscientes nos aspectos ideológicos, nas crenças preconceituosas, totalizantes, ou monistas, mas comprometedoras da construção de uma sociedade fraterna.

Mencionaremos como exemplo o Brasil, a política de segurança nacional e do desenvolvimento, de 1964/1985, a ideologia do regime militar, onde o alvo era contestar ao comunismo e à violência de grupos, mesmo à custa da liberdade, os mesmos resultados com objetivos e ideias diferentes, porém, atualmente apresentamos no país dificuldades maiores na área de segurança sem a adoção de uma ideologia semelhante ou sem que sigamos práticas antigas. (TOREZAN, 2021)

Sendo assim, então, deparamos com a psicanálise cujo objetivo geral envolve vários campos próximos do direito, tais como criminologia, história, filosofia, economia política, especialmente diante dos grandes movimentos de massas ou mesmo dos pequenos grupos, como o familiar. (MEDEIRO, (2019).

Nesse sentido, de acordo com Torezan (2021) explica que é importante analisar a lei sobre um aspecto mais amplo que o estabelecido por Freud, é necessário analisar sobre um aspecto cultural mais abrangente, não somente pela questão de traumas da infância, substituir o discurso de culpa, tão paralisante do sujeito, pelo da responsabilidade. Compreender o funcionamento de nossa estrutura psíquica pode ajudar a diluir o litígio e exercer o Direito mais eticamente.

3.1 Um Diálogo Possível, na Atualidade, entre Direito e Psicanálise

É admirável pôr em evidência que a afinidade entre direito e psicanálise não convive apenas na vontade de poder/saber, mas além disso, na poética das tragédias e do próprio saber trágico moderno. Conhecer que estas duas estruturas têm em comum em suas origens, onde, nelas se descobrem as intensidades, as forças fundadoras das duas práticas, acesas pelo autoquestionamento do homem. (PHILIPI, 2001)

Não se obedece a leis porque elas são justas, mas porque elas têm autoridade, tem crédito, que segundo Pascal, Montaigne e Derrida (2007, p. 21) no fundamento místico da autoridade.... em ficções legítimas sobre as quais nosso direito funda a verdade de sua justiça. Este momento fundador, de inaugurar o direito, aplicar a lei, consiste num golpe de força, numa violência performativa e interpretativa que nela mesma não é justa nem injusta.

À vista da Psicanálise, as leis, são concebidas para acatar às precisões do Ego, do Superego e do Id, consentindo ao ser humano viver em sociedade, pois regulam as ações. Assim, a Psicanálise ajuda o Direito a entender o ser humano, o que o motiva a agir de determinada forma e, conseqüentemente, a criar leis que atendam às suas necessidades. E, as relações humanas no ponto de vista do psicanalista são fundamentais para a análise das relações jurídicas. (CRUZ, MACIEL, & RAMIREZ 2005)

Outra relação que se entende entre Direito e Psicanálise e, sobretudo as leis, é o de pulsão, sendo o movimento que o ser humano tem para a satisfação de um desejo, uma força inconsciente que move para a satisfação de um desejo. É inconsciente, pois não somos conscientes de que temos determinados desejos, e, ao atendê-los, não importa se é de forma correta ou não, estamos satisfazendo a pulsão. (DANTO, 2019)

Portanto, a relação entre o Direito e Psicanálise vem a ser bem clara quando se considera o conceito de pulsão, são as leis, que são elaboradas para atender às necessidades das pessoas, que são motivadas pelas suas pulsões. A necessidade de comer, de ter um lar, de se relacionar, de ter segurança, são algumas das pulsões que o ser humano tem e que, se não forem atendidas, podem causar problemas para a sociedade. (LEGENDRE, 2013)

O Direito, à luz da Psicanálise, é a instituição que condiciona as semelhanças jurídicas, onde sua função é manter a Ordem Social, pois aplica as leis que foram criadas para atender às necessidades do Ego, sendo o órgão que mantém a Ordem Social, que é estabelecida pelo Ego. (CRUZ, MACIEL, & RAMIREZ 2005)

Na solução de conflitos em Direito, em especial na mediação e na conciliação, a psicanálise assume um papel de enorme importância, pois a mediação é um processo de resolução de conflitos que envolve a intermediação de um terceiro, o mediador, para

ajudar as partes envolvidas a chegarem a um acordo. A conciliação é um processo semelhante, mas envolve a mediação de um juiz ou outra autoridade.

O reforço da Psicanálise para o Direito é muito valioso, porque ajuda a compreensão do ser humano, o que o determina a agir de determinada forma e, conseqüentemente, a criar leis que atendam às suas necessidades. Isso não significa que o direito deve se reduzir à psicanálise, mas sim que a psicanálise pode ser uma ferramenta útil para o estudo do direito. (PASCAL, MONTAIGNE e DERRIDA, 2007).

Todavia, é importante ressaltar que a relação entre direito e psicanálise não é uma relação de igualdade, mas sim de complementaridade. E, um operador do Direito com conhecimento de Psicanálise possui um grande diferencial em sua prática, pois consegue identificar as necessidades inconscientes das pessoas e, assim, pode atuar de forma mais efetiva. (ANDRADE JUNIOR, 2017).

De acordo com Legendre (2013) compara o histérico ao criminoso, pois os dois tem algo a esconder, o primeiro de si mesmo e o segundo dos outros e as tarefas do terapeuta e do magistrado têm em comum alcançar a revelação do material psíquico oculto, escondido, ainda que o neurótico ajude o terapeuta a encontrar a verdade e o criminoso a boicote.

O Direito Criminal é área mais vasta para a psicanálise contribuir, e também Direitos da Personalidade são outro exemplo de influência da Psicanálise, Ética nas práticas psicanalítica e institucional também faz parte da interdisciplina.

3.2 O Direito e a Psicanálise Compreendendo o Sujeito e Suas Relações.

A falta de apreço pelo Direito da hipótese do inconsciente, tal como sugestão por Freud e sua Psicanálise, é uma das vias pelas quais se consegue eficácia no projeto político-econômico moderno de disciplinar as práticas de justiça por meio da ciência do Direito. (FAGUNDES, 2016).

A relação entre direito e psicanálise é uma relação entre duas ciências que têm objetos de estudo diferentes, onde a psicanálise estuda o sujeito, e o direito estuda as relações sociais, além disso, a psicanálise é uma ciência que se preocupa com a subjetividade, enquanto o direito é uma ciência que se preocupa com a objetividade. (FAGUNDEZ, 2016).

Apesar de irmãs, as áreas do Direito e da Psicanálise, na relação que possuem, são opostas, pois, a Psicanálise estuda o inconsciente, se preocupa com a subjetividade, o Direito a consciência, com a objetividade. Porém, a contribuição da Psicanálise ao Direito

pode ser considerada inestimável, tendo em vista o estudo que a primeira faz do ser humano, da sua personalidade, das suas relações interpessoais e, sobretudo, do inconsciente, que é o que move as ações humanas, de forma consciente ou inconsciente. (RODRIGUES, 2016).

A Psicanálise pode contribuir com uma intimidação sobre o risco do dano de sua função característica e de sua extensão ética, caso suas práticas se diminuam a um aparato de repressão, orientando-se predominantemente pela subjetividade do operador do Direito e, apenas em segundo plano, pela reparação do que foi perdido. (OLIVEIRA, 2010)

A lei, sendo dirigida para a eliminação do outro, e não para a interferência do contrato, intimida a civilização e a própria subjetividade, analisando que esta última é justamente possibilitada pela alteridade.

A Psicanálise sendo uma área de processo de conhecimentos, atualmente, lançou vários estudos, sobre reflexões acerca das influências mútuas com o Direito (Altoé, 2007). No Brasil, se inicia com a busca da Psicanálise por parte de juristas, para melhor compreensão dos aspectos psicodinâmicos inerentes aos sujeitos cujos casos estão sob sua responsabilidade.

Groeninga e Pereira (2003) observam uma semelhança entre esses dois campos e ressaltam que tanto o advogado quanto o psicanalista têm em comum a escuta do seu cliente e sua demanda. Há uma atenção em avaliar o indivíduo, tanto o chamado sujeito do Direito “que é aquele que age consciente de seus direitos e deveres, e segue leis estabelecidas em um dado ordenamento jurídico”, quanto o denominado sujeito da Psicanálise ou “sujeito do desejo, aquele que está também assujeitado às leis do inconsciente”. (GROENINGA e PEREIRA, 2003, p. 12).

Tanto o Direito quanto a Psicanálise buscam entender o indivíduo e suas relações, com um no aspecto objetivo dos acontecimentos e a outra, mais individual, tanto no nível do consciente como no inconsciente. De qualquer forma, é um único indivíduo que se engloba duas realidades distintas. (RODRIGUES, 2016).

Portanto, buscam descobrir as relações entre o que define como o sujeito do desejo para a Psicanálise como seu objeto de estudo e o sujeito do Direito em seus aspectos sociojurídicos no que concerne aos direitos e deveres; o domínio da lei e do exercício social da responsabilidade (GROENINGA & PEREIRA, 2003).

Quinet (2003, p. 57) considera que a lei no aspecto psicanalítico e na óptica do Direito há a “Lei simbólica, que rege os homens na condição de seres que habitam a linguagem, e as leis que os homens fazem para regular as relações entre si”.

Sendo assim, para Quinet (2003) analisa a Lei simbólica como estrutural, que não depende do lugar, do momento histórico ou da constituição social e que se expressa na cultura mediante as leis, a Constituição, os estatutos e regimentos institucionais, com o objetivo de enquadrar e limitar o gozo de um em relação aos demais.

Guyomard (2007) ao avaliar que têm as “leis escritas e as leis não escritas”. Compreende-se como sendo as escritas, as leis que fazem parte da legislação de cada lugar, e que proíbem o sujeito de cometer alguns atos. Já as leis não escritas são aquelas em que o sujeito por si só e sem que haja a interseção das leis escritas, as obedece, as respeita.

A Psicanálise trabalha com a lei no sentido de existir, que proíbe o incesto e o parricídio, com o valor da Lei e das leis, com a lei escrita e as não escritas, percebendo assim as diferenças entre a lei, as normas e a ética. (RODRIGUES, 2016).

Oliveira (2010) assegura abertamente que, na vertente jus naturalista ou na positivista, o que sobressai na dogmática e na ciência jurídica é este atributo consciente do sujeito, que, proprietário de suas ações, pode responder por elas. É somente como racionalidade que o sujeito pode adentrar no jogo jurídico.

Contudo, uma vez dentro, parece também que o sujeito não consegue sair, pois sua subjetividade é reduzida às previsões inerentes às tipificações legais e correlatas possibilidades de interpretação das ações humanas. E, ainda mais: reduzida àquilo que pode ser visto (o comportamento, a imagem), a subjetividade é enclausurada em sua dimensão fenomenológica, bem como em certa apropriação normativa dessa dimensão.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o objetivo do trabalho foi atingido, pois foi apresentado alguns aspectos entre o direito e a psicanálise, e seus efeitos no campo da política social pública, sob uma aparência epistemológica, histórica e conceitual.

Analisa que o conceito da psicanálise do inconsciente colabora para que o Direito possa ser mais plenamente uma prática de justiça, para que o Direito exerça eminentemente a garantia de direitos, e não a imposição de deveres. Sendo assim, o diálogo no Direito e a Psicanálise a partir de suas noções de sujeito, demarcando-se onde se aproximam ou se distanciam epistemologicamente esses campos do saber.

Nessa direção, as lições da Psicanálise sobre a subjetividade daquele que comete crimes são exemplares, alertando que não é a repressão que possibilita a inscrição da

alteridade, e que responsabilização não se obtém pela via da culpabilização. Encontra-se, na Justiça Restaurativa, uma maior perspectiva de diálogo entre Direito e Psicanálise.

A Psicanálise não desumaniza o criminoso, visto que a Psicanálise busca uma forma de construir um substituto da função paterna, isto é, um “grito de socorro”, e se não for atendido, o ser humano comete o ato criminoso. Ou seja, essa é a sua forma de lutar para subsistir enquanto sujeito, já que foi marca da sua constituição subjetiva.

Portanto, se conclui que a contribuição da Psicanálise para o Direito é inestimável, pois ajuda a compreender o ser humano, o que o motiva a agir de determinada forma e, conseqüentemente, a criar leis que atendam às suas necessidades. Isso não significa que o direito deve se reduzir à psicanálise, mas sim que a psicanálise pode ser uma ferramenta útil para o estudo do direito.

Todavia, é importante ressaltar que a relação entre direito e psicanálise não é uma relação de igualdade, mas sim de complementaridade. E, um operador do Direito com conhecimento de Psicanálise possui um grande diferencial em sua prática, pois consegue identificar as necessidades inconscientes das pessoas e, assim, pode atuar de forma mais efetiva.

REFERENCIAS

ALTOÉ, S. (Org.). A lei e as leis - Direito e Psicanálise. Rio de Janeiro: Revinter. 2007.

ANDRADE JUNIOR, M. O desejo em questão: ética da psicanálise e desejo do analista. *Psyche* (São Paulo), São Paulo, v. 11, n. 21, p. 183-196, dez. 2017. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-11382007000200013&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 16 abr. 2023.

CRUZ, R. M., MACIEL, S. K. & RAMIREZ, D. C. (Orgs.) O trabalho do psicólogo no campo jurídico. São Paulo: Casa do Psicólogo. 2005.

DANTO, E. (original publicado em 2005) As clínicas públicas de Freud: psicanálise e justiça social, 1918-1938/ Tradução Margarida Goldstajn. 1. Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.

ENDO, Paulo. Psicanálise, direito e justiça restaurativa. *Polêmica*, p. 31-39, 2008. Disponível em: http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_308.pdf. Acesso em: 17 fev. 2023.

FREUD, Sigmund (2016). A psicanálise e a determinação de fatos psíquicos. Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 89-104. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, 9).

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. A psicanálise, a ciência e o sujeito do direito. Sequência de Estudos Jurídicos e Políticos, v. 27, n. 52, 2016. Disponível em: http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_308.pdf. Acesso em 17 mai. 2023.

GROENINGA, G. C. & PEREIRA R. C. Direito de Família e Psicanálise. Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago. 2003.

GUYOMARD, P. A Lei e as leis. Em S. Altoé (Org.), Direito e Psicanálise (pp. 1-59). Rio de Janeiro: Revinter. 2007.

LACAN, Jacques. O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. (Livro 11), p. 25.

LEGENDRE, Pierre. O amor do censor. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: Trata-se uma criança. Rio de Janeiro, Tomo II, p. 225- 238, 1999.

MEDEIROS, Regina Célia Rizzon Borges de. Inteligência Emocional: autoconhecimento e gestão das emoções promovendo a cultura da paz. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, 2019.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de et alli. Curitiba: EdiBEJ, 1996, p. 41-42.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Sujeito, direito e desejo: aproximação entre direito e psicanálise. Captura Crítica: direito, política, atualidade, v. 1, n. 3, p. 285-322, 2010

PASCAL, O. L.; MONTAIGNE, M. N. DERRIDA, J. Força de lei. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 11:

PRECIADO, P. B. – (Conferência) Intervenção na Jornada n. 49 da Escola da Causa Freudiana - 17 de novembro de 2019.

QUINET, A. O gozo, a Lei e as versões do pai. Em: G.C. Groeninga e R.C. Pereira, (Coord.), Direito da Família e Psicanálise: rumo a uma Nova Epistemologia (pp. 55-65). Rio de Janeiro: Imago. 2003.

RODRIGUES, Adriana. A psicanálise e a política de assistência social brasileira: um diálogo possível? Tese (Mestrado em Psicologia). Programa de Pós-graduação em Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

TOREZAN, Zeila C. Facci; AGUIAR, Fernando. Revista Mal-Estar e Subjetividade. Versão impressa ISSN 1518-6148. Rev. Mal-Estar Subj. vol.11 n. 2. Fortaleza, 2021. Periódicos Eletrônicos em Psicologia. O Sujeito da Psicanálise: particularidades na contemporaneidade. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000204. Acesso em: 01 abr. 2023.

VITAL-BRASIL, H. As ideologias do desejo, utopias e um inconsciente político. In: Desejo, barbárie e cidadania (pp. 17-39). Petrópolis: Ed. Vozes. 2014.

FAMÍLIA: NÚCLEO ECONÔMICO E DE REPRODUÇÃO TRANSFORMADO EM ESPAÇO DE AFETO E AMOR.

IZABELA FASCINA PRIOLI:
Graduada em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

ARIANE DE CARVALHO PORTELA VATANBE
(orientadora)

RESUMO: O Direito de família, até chegar na sua atual forma, passou por várias mudanças em suas regras, princípios e no mundo jurídico. Este trabalho tem como objetivo analisar a evolução histórica e legislativa da família desde os primórdios até a contemporaneidade, analisando as mudanças que teve principalmente em suas características das diferentes épocas. Através de uma pesquisa bibliográfica e documental, foram pesquisados artigos e legislações que tratassem dessa problemática. Foi possível identificar que a principal mudança nas famílias foi a transformação drástica no princípio da família, onde deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser transformado em espaço de afeto, amor e laços emocionais. Porém, com todas as transformações já ocorridas, não há indícios de que tais mudanças possam retroagir, tendo, ainda, a possibilidade de surgimento de novas configurações. Assim, foi notado que o direito brasileiro necessita se manter em constante atualização como forma de atender as demandas provenientes das novas configurações familiares.

Palavras-chave: Família; Evolução; Afetividade.

ABSTRACT: Family Law, until it reached its current form, underwent several changes in its rules, principles and in the legal world. This work aims to analyze the historical and legislative evolution of the family from the beginning to the present, analyzing the changes that it had mainly in its characteristics of the different times. Through a bibliographical and documentary research, articles and legislation that deal with this problem were researched. It was possible to identify that the main change in families was the drastic transformation in the beginning of the family, where it ceased to be an economic and reproduction nucleus to be transformed into a space of affection, love and emotional bonds. However, with all the transformations that have already occurred, there are no indications that such changes can retroact, with the possibility of the emergence of new configurations. Thus, it was noted that Brazilian law needs to remain constantly updated as a way to meet the demands arising from new family configurations.

Keywords: Family; Evolution; Affectivity

1. INTRODUÇÃO

Direito de família é o conjunto de regras e princípios que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais decorrentes das relações de parentesco. Neste sentido, família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, conforme está disposto no artigo 226 da Constituição Federal, *“família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que merece a proteção do Estado.

Há uma diferença relevante no propósito do casamento entre o Século XX e XXI, incluindo a mudança do Código Civil de 1916 para o de 2002. Entre elas, encontram-se a diversidade dos sexos no casamento; a preservação da união para que não houvesse dissolução; desigualdade entre o homem e mulher na relação; e a proteção dos bens conquistados, para que pudessem deixar para os filhos.

Dentre tantas transformações, houve as novas possibilidades de formação familiar, onde ultrapassa os limites da constituição através do matrimônio ou laços consanguíneos para solidificar, também, diante a construção de laços afetivos entre seus membros.

Com essas novas formas de formação familiar, é importante que o meio jurídico se complemente e considere novas formas de compreender o direito de família, com novas jurisprudências no intuito de assistir as novas demandas e mudanças na legislação brasileira, pois, não há nenhum indício de que tais mudanças possam retroagir, tendo ainda a possibilidade de surgimento de novas configurações.

A metodologia utilizada na elaboração deste estudo constituiu em um levantamento bibliográfico e documental como estratégia de cumprimento dos objetivos propostos, considerando a necessidade de confronto de ideias, convergentes ou divergentes, de forma a comentar as legislações em vigência no país acerca da temática.

2. DIREITO DE FAMÍLIA A LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No Século XX, para o Código Civil de 1916, o Direito era essencialmente severo e conservador quanto à necessidade da preservação do núcleo familiar e a única forma de se constituir família era através do casamento. O propósito do casamento era para procriar e assim perpetuar a espécie, bem como acumular patrimônio e ter com quem deixá-lo após a morte. O matrimônio servia para regularizar as relações sexuais clandestinas e imorais que era considerado o tabu da época.

A família na época, possuía características próprias, por exemplo, era matrimonializada, tendo que ser essencialmente heterossexual pois a diversidade de sexos era considerada

fundamental ao casamento. Indissolúvel, pois partiam do princípio “o que Deus uniu, ninguém separa”. Unicamente patriarcal, o que gerava submissão absoluta dos membros da família à chefia do pater; hierarquizada entre os próprios membros e basicamente patrimonialista.

Outra característica marcante é que os filhos eram considerados legítimos (gerados dentro do casamento), legitimados (filhos naturais que, apenas em situações específicas, poderiam ser reconhecidos pelo próprio pai ou mãe) e ilegítimos ou naturais (nascem de pessoas não ligadas pelo matrimônio).

A mulher vivia na situação de extrema desigualdade em relação ao homem. A mulher casada era relativamente incapaz, devia ser assistida pelo marido. Ocorreu, desde a emancipação financeira da mulher, ocasionada pela sua inserção no mercado de trabalho, diversas e constantes modificações históricas e sociais, como no arranjo tradicional de família, com o homem como único provedor e a mulher como dona de casa, deixou de ser predominante; e com isso, o direito também sofreu mudanças.

3. PRINCÍPIOS QUE REGEM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A doutrina brasileira, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e também do Código Civil de 2002, tem entendido que o Direito de Família é regido por alguns princípios, são eles:

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na percepção de tutelar a dignidade dos membros da família;

Princípio da Solidariedade é um princípio moral, cuja finalidade é o apoio ao próximo. No âmbito do grupo familiar, a solidariedade deve ser mais intensa, constituindo na obrigação de apoio mútuo entre os familiares, mediante a mitigação do sofrimento alheio;

Princípio da Igualdade, referente a filhos legítimos e ilegítimos, ou seja, os filhos havidos dentro ou fora do casamento possuem os mesmos direitos.

Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros onde o pátrio poder foi substituído pelo poder familiar. Equipara-se, também, ao princípio da igualdade na chefia familiar, considerada a família democrática, onde não há hierarquia entre os membros.

Princípio da Não Intervenção ou Intervenção Mínima, prevê o artigo 1.513 do Código Civil “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família”. Não é absoluto, o Estado, ainda sim, interfere em determinadas situações, como por exemplo, em incentivos e orientações de formas de controle no planejamento familiar.

Princípio da Liberdade nas escolhas de parceiro, tipo de união, regime de bens e os modelos de entidades familiares.

Princípio do maior (melhor) interesse da criança e do adolescente, previsto no artigo 227, caput CF; artigos 1.583 e 1.584, CC;

Princípio da Afetividade diz que o afeto é o principal fundamento das relações familiares. É a base primordial das relações familiares, decorre da valorização da dignidade da pessoa humana. O vínculo familiar é mais de afeto que biológico. A parentalidade socioafetiva constitui modalidade de parentesco civil.

4.A ATUAL FAMÍLIA SOCIOAFETIVA, EUDEMONISTA E ANAPARENTAL

Atento aos princípios expostos, a doutrina afirma que o conceito de família possui atualmente três características básicas que a diferenciam da família existente antes da Constituição Federal de 1988, ou seja, a família atualmente é **Socioafetiva, Eudemonista e Anaparental**, bem diferente da ideia de família matrimonialista e discriminatória que havia no século XX.

A família é **Socioafetiva** quando há uma relação de parentesco construída a partir do desenvolvimento e convivência afetiva entre seus membros, independentemente de laços biológicos ou jurídicos, ou seja, sem que haja vínculo de sangue entre as pessoas. A família socioafetiva é considerada uma construção social real e legítima, e o reconhecimento dessa nova realidade vem trazendo importantes avanços na legislação e no entendimento jurídico em prol dos direitos dessas famílias. Vejamos essa matéria já discutida em uma jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF.

1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal).

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a

socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos.

3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis.

4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros.

5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação.

6. Recurso especial provido.

Quando falamos que a família é **Eudemonista**, nos referimos ao entendimento de que a família deve servir de ambiente para que os seus membros se realizem individualmente e socialmente como pessoas, isto é, a família possuiu um caráter instrumental, haja vista que deve servir de instrumento de promoção social e pessoal em atenção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, a família **Anaparental** é um novo modelo de família que não se baseia na parentalidade tradicional. É formada por indivíduos que não têm relações de filiação ou parentesco sanguíneo, mas que criam laços afetivos e compartilham a vida em comum. A família anaparental tem como base a afetividade, solidariedade e o respeito mútuo, e é baseada em laços emocionais fortes e duradouros.

5.O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

Atualmente, são reconhecidas pelo Direito Brasileiro, duas formas de constituir uma relação afetiva e legalmente reconhecida: a união estável e o casamento. A principal diferença entre ambos é a forma como são formalizadas.

O casamento é formalizado através de um ato solene celebrado pelo juiz de paz ou por um religioso habilitado, com a presença de duas testemunhas. Após o casamento, é emitida uma certidão que comprova a união e seus efeitos legais.

Já a união estável é a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, com o objetivo de constituir uma família, baseada no amor, fidelidade, respeito e solidariedade entre os companheiros. Para ser considerada uma união estável, é necessário que o casal resida na mesma casa e tenha uma ligação afetiva verdadeira e estável. Essa união pode ser formalizada pela escritura pública de declaração de convivência, com a presença de um tabelião.

Embora ambos os regimes possuam efeitos jurídicos semelhantes, há algumas diferenças importantes. Por exemplo, o casamento é uma instituição secular e com reconhecimento legal em todos os países. Já a união estável pode ser tomada como uma opção menos burocrática e com menos despesas em relação ao casamento, além de também ser uma escolha para casais do mesmo sexo e casais que querem ter filhos, mas não querem ou não podem oficializar a união.

6.CONCLUSÃO

O estudo acerca das transformações jurídicas, que se teve diante a necessidade de acompanhar as inovações de novos arranjos familiares, passou por diversos pontos que tratam da legislação nacional, bem como a relevância das peculiaridades acerca do tema.

Em primeira instância, foi possível verificar as mudanças que teve entre o Século XX e XXI, incluindo a mudança do Código Civil de 1916 para o de 2002, mudando alguns propósitos e libertando tabus que as famílias carregavam do século passado.

Foi possível identificar ainda, alguns princípios que regem o novo Código Civil em relação as famílias modernas, onde mostra que é válido nos dias atuais, pois é determinante na classificação e reconhecimento dos novos modelos de família.

Por fim, observou-se que diversas são as formas de constituir um núcleo familiar nos dias de hoje através do casamento ou união estável.

Assim, notou-se que que o Direito Brasileiro necessita se manter em constantes atualizações, como forma de atender as demandas derivadas das novas configurações familiares.

REFERÊNCIAS

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-evolucao-historica-da-familia-a-luz-do-codigo-civil-de-1916-e-do-novo-codigo-civil-de-2002/656566759#:~:text=O%20texto%20da%20Lei%20do,e%20as%20necessidades%20de%20subsist%C3%Aancia>. Acesso em 01/05/2023 às 13h53;

<https://fmp.edu.br/direito-de-familia-mudancas-e-novidades-em-2021/#:~:text=A%20%C3%A1rea%20do%20Direito%20de,em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20ano%20passado>. Acesso em 01/05/2023 às 14h26;

https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf. Acesso em 01/05/2023 às 16h19;

<https://www.jb.com.br/cultura/noticias/2018/01/28/emancipacao-das-mulheres-comecou-na-decada-de-1970-diz-pesquisa/>. Acesso em 01/05/2023 às 21h37;

<https://bosqueadvogados.com.br/direito-de-familia/>. Acesso em 02/05/2023 às 15h19;

<https://mppr.mp.br/Pagina/Direito-de-Familia-Filiacao-socioafetiva#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20filia%C3%A7%C3%A3o%20socioafetiva,bio%C3%B3gica%20da%20crian%C3%A7a%20ou%20adolescente>. Acesso em 02/05/2023 às 17h23;

<https://www.todamateria.com.br/familia-conceito-tipos/>. Acesso em 03/05/2023 às 9h10;

<https://mppr.mp.br/Pagina/Direito-de-Familia-Casamento-e-Uniao-Estavel>. Acesso em 03/05/2023 às 13h21;

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil - direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Acesso em 04/05/2023 às 10h45;

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1319407446>. Acesso em 06/05/2023 às 15h02;

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/465738570>. Acesso em 06/05/2023 às 15h45;

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA – CONDUTAS MÉDICAS INFRINGENTES A AUTONOMIA DA PARTURIENTE

RAFAELA GANDOLFI ALVES:

Graduanda do Curso de Direito da
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis.

MARIA PAULA BRANQUINHO PINI

(orientador)

Resumo: O parto é o momento mais determinante para a projeção da vida, desde a concepção, com a ligação afetiva e criação biológica da procriação, a mulher é vista como paciente e busca no hospital serviços de cuidado à saúde para a proteção de sua vida e de sua prole. Com a alta demanda dos partos hospitalares são realizados procedimentos que visam a rapidez para atendimento e que, por vezes, a execução ocorre de forma inapta. A esse comportamento, deu-se o nome de violência obstétrica, que em linhas gerais, são os abusos sofridos pelas parturientes, de forma psicológica ou física, pelos profissionais da área. Enfatiza-se os procedimentos mais cotidianos e revoltantes da violência obstétrica ocorridos pela equipe médica durante a assistência ao parto, sendo esses a episiotomia, manobra de Kristeller, ponto do marido, agressões verbais proferidas pelos profissionais da saúde, entre outros. O presente artigo, visa por esclarecer de forma aprofundada, quais as formas e consequências da violência obstétrica e busca por soluções no combate a esses abusos.

Palavras-chave: Violência obstétrica; abusos físicos e psicológicos, profissionais da saúde, indenização.

Abstract: Childbirth is the most decisive moment for the projection of life, from conception, with the affective bond and biological creation of procreation, the woman is seen as a patient and seeks health care services in the hospital to protect her life and others. your offspring. With the high demand for hospital births, procedures are carried out aimed at speeding up care and which, sometimes, are performed in an inept manner. This behavior was called obstetric violence, which, in general, is the abuse suffered by parturients, psychologically or physically, by professionals in the area. Emphasis is placed on the most quotidian and revolting procedures of obstetric violence performed by the medical team during childbirth care, such as episiotomy, Kristeller's maneuver, husband's stitch, verbal aggressions uttered by health professionals, among others. This article aims to clarify in depth the forms and consequences of obstetric violence and the search for solutions to combat these abuses.

Keywords: Obstetric violence; physical and psychological abuse, health professionals, compensation.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as condutas médicas praticadas para com a mulher no momento do pré-parto, parto e pós-parto, condutas essas que violam a dignidade, privacidade e resguardo da mãe no momento sublime e imprescindível da concepção.

Demonstrar como ao decorrer dos anos, a medicina evoluiu, cada dia mais com novas tecnologias na área da saúde, visando melhores condições de segurança para a parturiente e seu bebê.

Analisar quais as principais formas de violência obstétrica, a fim de evidenciar quais consequências trazem para essas mulheres, e como podem ser prevenidas e evitadas pelos profissionais de saúde.

Refletir sobre o longo caminho a ser percorrido juridicamente, necessitando urgentemente que se tomem medidas para o combate dessas práticas abusivas.

O presente trabalho expõe ocorrências que são tidas como tabu e não conhecidas no meio social, condutas médicas reputadas corriqueiras e admissíveis, porém que violam integralmente a dignidade, privacidade e segurança da mulher e recém-nascido.

O nascimento é momentos único que todos os seres humanos já experienciaram, mas somente as mulheres têm o poder da concepção.

A valorização ao direito de projeção da vida é irrefutável, assim como assegurar, a toda mulher, saúde e bem-estar em seu momento de vulnerabilidade como parturiente.

A violência obstétrica pode ser uma consequência advinda de uma visão quantitativa e não qualitativa dos profissionais? Ou seja, prezam pela quantidade de parturientes atendidas, esquecendo-se dos princípios básicos de proteção a sua saúde, ao bem-estar, dos direitos e garantias primordiais, em um momento de vulnerabilidade. Quais são as consequências ao longo da vida dessa então parturiente e de seu bebê? De que forma a legislação brasileira deve agir para que supra tal carência?

São prováveis hipóteses ao problema de pesquisa em tela: Visão quantitativa, ao invés da qualitativa nos atendimentos médicos na gestação, e durante a após o parto; Supressão de direitos e garantias das mulheres, em uma visão ainda enraizada contra o gênero, acreditando não ter o direito de escolha sobre quais procedimentos julga

adequados, dentro dos limites seguros a sua saúde; Inércia do Legislativo e Judiciário, na medida em que só crescem os casos de violência, sem medidas urgentes e necessárias para a repressão dos abusos e conseqüentemente diminuição.

Para que o presente trabalho possa ser desenvolvido serão utilizadas técnicas de pesquisas, como a bibliográfica, em sites eletrônicos e livros, a fim de elucidar conceitos e noções teóricas sobre o tema, buscando as principais causas, conseqüências e possíveis medidas para a solução eficaz no combate à violência obstétrica.

Além de buscar por pesquisas quantitativas, será realizada pesquisa no site do Tribunal de Justiça, considerando os dados necessários para o aprofundamento da temática, construindo-se assim esse artigo.

Desde a concepção do bebê, grandes mudanças ocorrem na vida de uma mulher. A fase da gestação é cheia de novidades e desafios. Por vezes, são mais fáceis, outras, mais difíceis, mas, com toda certeza, o que se pode dizer é que para cada uma é única. Assim ocorre com o parto, a mesma mulher pode ter diversos partos e cada um registrará uma experiência, por isso exige individualização e primordialmente a humanização na conduta dos profissionais que irão conduzir o procedimento.

Nos últimos tempos, tem-se percebido cada vez mais uma visão quantitativa no número de atendimentos, devido à alta demanda, esquecendo-se de direitos e garantias básicas conferidos às parturientes. Isso vem sendo mostrado por diversas condutas abusivas, praticadas pelos profissionais, sem o consentimento das mulheres, denominando-se recentemente por violência obstétrica.

A violência obstétrica pode ocorrer por meio de violência psicológica, forçando ou induzindo a mulher ao parto de forma mais rápida com vocabulários que agridam a integridade causando medo, insegurança, acuação ou qualquer tipo de abalo emocional e/ou desmerecendo a dor das contrações e qualquer incômodo causado por adversidades pessoais. Tais práticas que violam o corpo da mulher sem justificativa plausível e concordância agem diretamente nos princípios de direitos sexuais e reprodução.

Se faz necessária, diante do exposto, a responsabilização do médico e equipe nas esferas civil e penal, por violação à autonomia e privacidade da mulher. É o que a sociedade vem buscando atualmente, um posicionamento certo do Judiciário para o combate a essas práticas.

O impedimento ao acompanhamento ao Pré-Natal também se considera violência obstétrica, inclui-se a omissão de informações importantes da saúde do bebê, ausência de procedimentos fundamentais de acompanhamentos rotineiros, como medição da pressão

arterial e todas as consultas necessárias previstas pelo SUS, tudo descrito no Manual Técnico do Pré-Natal e Puerpério do estado de São Paulo.

A parturiente tem o direito de saber sobre seu estado de saúde e os procedimentos indicados, assim como os profissionais da saúde tem a obrigação de explicar a finalidade de cada intervenção ou tratamento, riscos e alternativas disponíveis adequada no tratamento individual e quadro clínico de cada mulher.

Não há limite temporal de ocorrência para a violação, caracteriza-se durante todo o suporte médico gestacional, seja no Pré-Natal, parto e pós-parto, incluindo resguardo e consultas de retorno enquanto houver a nomenclatura médico e paciente.

A capacitação profissional e instrução médica adequada no Pré-Natal, além de detecção precoce de patologias maternas e fetais, acompanhamento do desenvolvimento e saúde do bebê, devem preparar a mãe para possíveis complicações no momento do parto e assim as necessidades médicas corretas para resolução dos problemas, com a finalidade principal da sua vida e de seu bebê.

O presente trabalho analisará vivências de diversas parturientes, em seu pré-parto, durante e após ele, com o intuito de investigar as causas e consequências dessa violência, observando como Judiciário tem agido para combater essas práticas.

2.PRIMEIRO CAPÍTULO: VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Diversas são as condutas que podem caracterizar violência obstétrica, podendo ser executadas costumeiramente, mas que sem a autorização da mulher, são consideradas abusivas, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), refere-se a:

“apropriação do corpo da mulher e dos processos reprodutivos por profissionais de saúde, na forma de um tratamento desumanizado, medicação abusiva ou patologização dos processos naturais, reduzindo a autonomia da paciente e a capacidade de tomar suas próprias decisões livremente sobre seu corpo e sua sexualidade, o que tem consequências negativas em sua qualidade de vida”.

A episiotomia, por exemplo, procedimento no qual se realiza um corte entre a vagina e o ânus da mulher, que tem por finalidade facilitar a passagem do bebê e o uso da ocitocina, hormônio que ajuda na hora do parto, em si não são agressivos, mas se tornam ofensivos se utilizados sem autorização da mulher ou quando utilizados para acelerar o processo de parto pela equipe hospitalar.

A Manobra de Kristeller consiste em procedimento por meio do qual se faz pressão na parte superior do útero para acelerar a saída do bebê, o que pode acarretar traumas tanto para a mãe, quanto para o recém-nascido. Por essa razão, o Ministério da Saúde classificou a Manobra de Kristeller como sendo uma prática claramente prejudicial ou ineficaz que deve ser eliminada.

Além dessa manobra, outras condutas também podem ser consideradas violência obstétrica, tais como, negar analgesia quando a mulher solicita; impedir a comunicação, retirando o uso do aparelho celular na assistência ao parto normal; deixar a mulher em situação de abortamento junto com outras gestantes; impossibilitar a mulher de parir na posição que mais se sentir confortável, sem que haja impedimento clínico; restringir a entrada de acompanhantes do sexo masculino por não ter privacidade na instituição.

A violência neonatal, separação entre bebê e mãe, atraso no contato pele a pele, aspiração de rotina, bater ou esfregar o bebê, medir a temperatura pelo ânus e qualquer procedimento feito sem o consentimento informado dos pais também podem caracterizar violência.

Há também procedimentos de cunho sexual, como o denominado “ponto do marido”, método cirúrgico que necessita de suturas para reparar o períneo da mulher, após ter sido rompido ou cortado durante o parto, com caráter exclusivamente sexual para diminuir a elasticidade natural causada após a realização do parto normal, que são abusos obstétricos.

Em uma alusão histórica, é reconhecido o papel das parteiras, que mesmo sem conhecimentos médicos faziam o parto em domicílio, realizando os primeiros atos necessários de vida ao bebê. Somente, mulheres com gestações consideradas de risco e que necessitavam de cesariana eram atendidas em hospitais.

De fato, as modificações na assistência ao parto ocorreram no século XVII, como cita Arruda:

“As modificações definitivas na assistência ao parto ocorreram a partir do século 17 quando se descobriu o mecanismo da ovulação, pois o entendimento de que a mulher possuía uma estrutura mais delicada do que a do homem levou à percepção do parto como perigoso para a saúde e que a medicina deveria protegê-la. O modelo cartesiano do dualismo mente/corpo evoluiu para o corpo como uma máquina, sendo o corpo masculino considerado o protótipo desta máquina e o feminino um desvio do padrão masculino, considerado hereditariamente anormal, defeituoso, perigosamente imprevisível, regido pela

natureza e carente do controle constante por parte dos homens. Com o advento do capitalismo industrial, a prática da assistência ao parto se consolidou como exercício monopolizado dos médicos e, assim, foi legitimado e reconhecido. ”

A partir do século XVII, as mulheres passaram a ter assistência médica durante o parto, tornando qualquer modalidade de nascimento hospitalar: parto (normal) ou cirúrgico (Cesária).

A gestação é feita por um acompanhamento clínico, estipulando-se um prazo para o parto e, caso assim não aconteça, as causas devem ser justificadas, não podendo o hospital, a equipe médica ou profissionais de saúde optarem por intervenções desnecessárias para que a mulher dê à luz no prazo estipulado, com práticas violentas contra o corpo da paciente, e de procedimentos invasivos que podem trazer sérios problemas tanto físicos, quanto psicológicos para a mulher.

3.SEGUNDO CAPÍTULO: PROJETO DE LEI E LACUNA LEGISLATIVA DE LEI ESPECÍFICA

Em âmbito jurídico há projeto de lei no Senado Federal, de autoria da Senadora Leila Barros, que discorre sobre a violência obstétrica. O projeto de Lei nº 2082, DE 2022 pretende alterar o Código Penal e a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para tipificar a violência obstétrica como crime e estabelecer procedimentos para sua prevenção.

Art. 285-A Constitui violência obstétrica qualquer conduta direcionada à mulher durante o trabalho de parto, parto ou puerpério, que lhe cause dor, dano ou sofrimento desnecessário, praticada sem o seu consentimento ou em desrespeito pela sua autonomia ou, ainda, em desacordo a procedimentos estabelecidos no âmbito do Ministério da Saúde, constituindo assim uma clara limitação do poder de escolha e de decisão da mulher. Pena - detenção, de três meses a um ano. Parágrafo único. Caso a mulher vítima de violência seja menor de 18 anos ou maior de 40 anos Pena - detenção, de seis meses a dois anos.” (Projeto de Lei nº 2082, 2022)

O projeto tem como principal intuito a responsabilização criminal dos médicos e das equipes que pratiquem tal ato no momento de vulnerabilidade da mulher em seu direito de parir.

As vítimas de violência devem denunciar as práticas na Secretaria de Saúde do seu Município ou na ouvidoria da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) caso seja

beneficiária de plano de saúde. As denúncias devem ser apresentadas nos conselhos de classe e as ações judiciais podem buscar reparação dos seus danos materiais, estéticos e/ou morais, além de punição criminal.

O prazo prescricional para propositura de ação reparadora de danos é de 3 anos a 5 anos, a depender do caso, fundamentando no artigo 206, §3º, V do Código Civil, reforçando a importância de divulgação e conhecimento público por meios de convocação do Judiciário para, posteriormente, reparar danos causados à mãe.

O número 180 é um serviço de utilidade pública utilizado para apoio a mulher que sofre violência, seja ela em qualquer modalidade, fornece instruções e encaminhamentos para órgãos públicos ou para serviços especializados para iniciativa da restauração da dignidade da mulher e eficácia do ordenamento jurídico.

“O 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.”

O Ministério da Saúde, diante da inexistência de lei federal exemplifica normativas que resguardam o direito da parturiente:

“EXEMPLOS DE NORMATIVAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE:
Portaria 569/2000 – Institui o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento, no âmbito do SUS – prevê o direito de atendimento digno, humanizado e de qualidade na gestação, parto e puerpério e traça os princípios gerais e condições para o adequado acompanhamento do pré-natal e para a adequada assistência ao parto.

- Portaria 1.067/2005 – Diz que é dever dos serviços e profissionais de saúde acolher com dignidade a mulher e o recém-nascido, enfocando-os como sujeitos de direitos e que a atenção com qualidade e humanizada depende de rotinas com

procedimentos comprovadamente benéficos, evitando-se intervenções desnecessárias, e do estabelecimento de relações baseadas em princípios éticos, garantindo a privacidade, a autonomia e compartilhando com a mulher e sua família as decisões sobre as condutas a serem adotadas.

- Portaria 371/2014 – Assegura o contato pele a pele mãe e bebê logo após o parto, o aleitamento materno na primeira hora e o clampeamento do cordão umbilical (corte) após cessadas suas pulsações, quando as condições de saúde do bebê são adequadas.

- A OMS recomenda atrasar o clampeamento (corte) do cordão umbilical, porque isso permite a passagem continuada do sangue da placenta para o bebê durante mais 1 a 3 minutos após o nascimento, o que aumenta as reservas de ferro da criança, reduzindo as chances de anemia infantil.

- Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal, de 2017: documento do Ministério da Saúde que sintetiza e avalia sistematicamente a informação científica disponível em relação às práticas mais comuns na assistência ao parto e ao nascimento fornecendo subsídios e orientação a todos os envolvidos no cuidado, no intuito de promover, proteger e incentivar o parto normal.

1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso à serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-parte garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.”

Erroneamente no Brasil não há lei federal que criminalize tal conduta agressiva, enquadrando a conduta como lesão corporal e importunação sexual, delegando aos

Estados criarem mecanismos de prevenção e combate visando à proteção integral da parturiente e expondo as condutas violadoras.

Notoriamente vemos a carência no ordenamento jurídico de lei específica que descreva todas as condutas infratoras e suas punibilidades, qualificadoras e majorantes. É de conhecimento a autonomia dos entes estatais para criação de leis, mas injustificável a omissão federal a tratar de assunto recorrente e degradante à primazia da vida.

A violação possui somente fundamentação em normas genéricas, como nos artigos 186, 186 e 927 do Código Civil, que descrevem a reparação de danos após ação voluntária ou não, oriunda de negligência ou imprudência que causem dano a alguém, cabendo indenização e medidas preventivas.

4. TERCEIRO CAPÍTULO: PESQUISA PRÁTICA EM CONSULTA NO TJSP

Pesquisas realizadas no TJ/SP processos danos morais, materiais e estéticos resultantes de violência obstétrica.

Foi realizado levantamento no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, colocando como parâmetro de pesquisa o termo "violência obstétrica" e foi selecionado 118 resultados de processos no banco de sentenças em comarcas variadas. Foram destacadas para pesquisa as 20 sentenças mais recentes proferidas para a análise qualitativa. Dentre essas, 2 (duas) foram julgadas procedentes, 2 (duas), parcialmente procedentes e 16 (dezesseis), improcedentes.

Os pedidos acolhidos, ou seja, julgados procedentes foram casos irrefutáveis: uma doula teve sua conta de trabalho banida no Facebook sem indicação de quebra do "Termos de Uso" ou compartilhamento de conteúdo inapropriado, e o caso da parturiente que sofreu diversas agressões verbais; impedimento de acompanhamento da doula no momento do parto; proibição da entrada do fotógrafo; negativa de comunicação com o médico particular da parturiente para este fazer a cirurgia;

Importante ressaltar nesse último caso a quantidade de testemunhas que depuseram a favor da mãe, para assim servir de prova confiável apta a conferir condenação.

A análise demonstrou grande desigualdade quantitativa nas procedências das ações, em que foi nítido nas narrativas o reclame ético das equipes médicas: ações e falas dos profissionais da saúde de deveriam amparar, orientar e humanizar medos e inseguranças das parturientes.

Na maioria das ações judiciais não se obteve acolhimento dos pedidos iniciais e o fundamento principal das decisões foi a falta do nexo de causalidade nos laudos periciais, que constataram falta de conexão entre a violência sofrida e o dano alegado.

A defesa foi baseada no argumento de que os procedimentos e lesões foram amparados pela literatura médica, não acarretando ato culposo do profissional.

Notória a realidade desigual em que somos inseridos, tendo rotineiramente no topo das pautas sociais o desequilíbrio entre homens e mulheres, a luta constante e permanente de todos que se intitulam igualitários. Mesmo cenário machista existe para o momento do parto, nascimento.

Ser mãe é jornada dupla eterna, trabalho incansável na educação, princípios e afeto, o fio condutor da criação de personalidade e caráter, papel belo e aplaudido.

Entretanto, além desta figura, há a o ser humano, uma mulher, com todas as necessidades básicas, medos, anseios, sonhos e vida; a responsabilidade de criação e amparo familiar é destinado a ela, utópico se afastar de tais deveres, inclusive de ser mãe, não há possibilidade de nascimento sem ela, pelo próprio sentido holístico da vida, como civilmente prático na certidão de nascimento.

Qualquer descaso e maus tratos a mulheres no momento do parto viola não somente a vítima, mas todas as responsabilidades morais que à mãe deve ser garantida.

Colocações importantes devem ser consideradas, primordialmente sua saúde mental, a depressão pós-parto atinge diretamente o bebê, a mãe e toda rede de apoio (caso exista) que auxilia a família.

Posterior, a saúde física interfere em que meios a prole será cuidada, e quais condições físicas a mãe terá para cria-lo, lesões e sequelas interferem na capacidade e recuperação pós-parto.

Em seguida, lidamos com a triste realidade do luto proveniente da imprudência ou negligência profissional que destroem sonhos, vida e família.

A premissa da justificativa literária dos procedimentos obstétricos invasivos contraria a sociedade que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana. O modelo médico atual por mais que justificado sua importância quando se trata em salvar vidas, caso seja utilizado de forma quantitativa, para agilizar procedimentos e atendimentos, viola o modelo dos direitos humanos que almeja cuidados e esforços (dentro do saudável) para que as a vida e autonomia da mulher sejam resguardados.

Cabe ao Judiciário a empatia com os fatos sociais. A ciência que fundamenta laudos periciais possui grande importância, mas acima disso há as vertentes e vivências sofridas pela mãe no momento do parto, agressões verbais, violência psicológica, conversas

irônicas que degradam a honra feminina, que não costuma ser constatado documentalmente, tudo deve ser considerado.

Evidente é o progresso no mérito da fala da mulher em crimes sexuais e de violência doméstica, objetiva-se alcançar esta evolução para os atos de violência obstétrica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência obstétrica se tornou recorrente em muitos partos realizados principalmente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). É necessário dar visibilidade e publicidade a todas as condutas médicas puníveis e inaceitáveis, como apelo ao Judiciário para análise particular e individualizada de toda violação moral e psicológica muitas vezes desconsideradas em laudos periciais.

A utilização de políticas públicas para repercussão nacional e eficácia na segurança e tranquilidade no momento do parto, como a criação de lei federal específica que regulamente fato típico, nexos causal e punibilidade, levando em consideração principalmente os direitos, anseios e dignidade da parturiente.

Como método preventivo, é válida a inserção da matéria de violência obstétrica nas grades curriculares de faculdades de direito e cursos relacionados à saúde, para conhecimento e instrução a todos os profissionais, quanto às boas práticas profissionais.

Necessárias são as instruções às mulheres que estejam em acompanhamento no período de pré-natal, sobre os possíveis riscos, condutas irregulares por profissionais da saúde e respaldo legal, caso nenhuma das medidas preventivas tenha eficácia.

A luta ao direito à vida e à tranquilidade para um parto saudável e humanizado é um dever de todos, já que fomos concebidos por uma mulher.

6. REFERÊNCIAS

(ARRUDA, 1989, apud NAHAGAMA; SANTIAGO, 2005, p. 655 p.655-656).

BATALHA, Elisa. Entrevista: pesquisadora fala sobre violência obstétrica. 2019. Disponível em:

<https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/46561#:~:text=Viol%C3%Aancia%20obst%C3%A9trica%20consiste%20na%20apropria%C3%A7%C3%A3o,tomar%20suas%20pr%C3%B3prias%20decis%C3%B5es%20livremente.> Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. **Artigo 129 do Decreto Lei Nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940.**

[S.l.], Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10624670/artigo-129-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 03 nov. 2022.

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).. **Lei Nº 13.718, de 24 de Setembro de 2018.** [S.l.], Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

CINTRA, Flávia; FANTÁSTICO. **Shantal, sobre parto conduzido por Renato Kalil: 'Não tinha a menor necessidade de ele tentar me rasgar com as mãos'**: influenciadora digital contou, em entrevista exclusiva à repórter Flávia Cintra, detalhes da violência obstétrica que sofreu e revelou por que decidiu falar só agora.. Influenciadora digital contou, em entrevista exclusiva à repórter Flávia Cintra, detalhes da violência obstétrica que sofreu e revelou por que decidiu falar só agora.. 2022. Elaborado por Fantástico. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/10196296/>. Acesso em: 06 set. 2022.

MARQUES, Thawanny Aparecida Souza. **A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL:** intervenções médicas que violam o direito da mulher. 2021. 48 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Governo do Estado Mato Grosso do Sul. Secretaria Estadual de Saúde. Violência Obstétrica. 2021. Disponível em: https://www.as.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/livreto_violencia_obstetrica-2-1.pdf. Acesso em: 10 maio 2023.

MORI, Mônica. **Quais dessas condutas de violência obstétrica você ainda não sabia?** 26 set. 2022. Instagram: @monicamoriadvogada. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Ci-Ys50uq28/?igshid=YmMyMTA2M2Y=>. Acesso em: 26 set. 2022.

NAGAHAMA, Elizabeth Eriko Ishida; SANTIAGO, Silvia Maria. A institucionalização médica do parto no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, [S.L.], v. 3, n. 10, p. 651-657, 20 abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/twSzNppPXN3VkMJyyDRsfDg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SENADO FEDERAL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 2082, de 2022. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para tipificar a violência obstétrica como crime e estabelecer procedimentos para sua prevenção.. **Projeto de Lei N° 2082, de 2022.** p. 1-5.

VIOLENCIA OBSTÉTRICA. Música: Over My Head-14494. [S.L]: Tv Saúde Brasil, 2019. (26 min.), son., color. Série Saúde Brasil. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=RLsVYUh_NfM. Acesso em: 13 out. 2022.

BREVE ANÁLISE DO DIREITO A POSSE DE ARMA DE FOGO

JOAO PAULO DE SOUZA:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹².

RAFAEL FEDICHIMA HIROSE

(orientador)

RESUMO: O trabalho busca estudar uma melhor maneira de viabilizar e flexibilização da posse de arma de fogo no Brasil com base na análise do atual ordenamento jurídico, nos dispositivos da Lei 10.826/03, no Estatuto do Desarmamento, com ênfase para temas como questões sobre o direito de compra e posse de arma de fogo, valendo destacar que será abordado sobre a posse e sua importância na garantia do direito à vida e ao patrimônio garantidos pelo texto constitucional. A grande dúvida que se arrasta aos longos dos anos é saber se a restrição ao uso de armas de fogo serviu realmente para diminuir os índices de violência? Enquanto observamos a ineficiência do Estado em criar políticas públicas que combata a criminalidade e a violência, cada vez mais nossa população fica refém dos criminosos e do Estado, já que o estado não garante a segurança da sua população e não permiti o direito a autodefesa, direito constitucional, sendo assim, não cumpre o seu papel e impede a população de o fazer.

Palavras-chave: Posse. Flexibilização. Desarmamento. Violência.

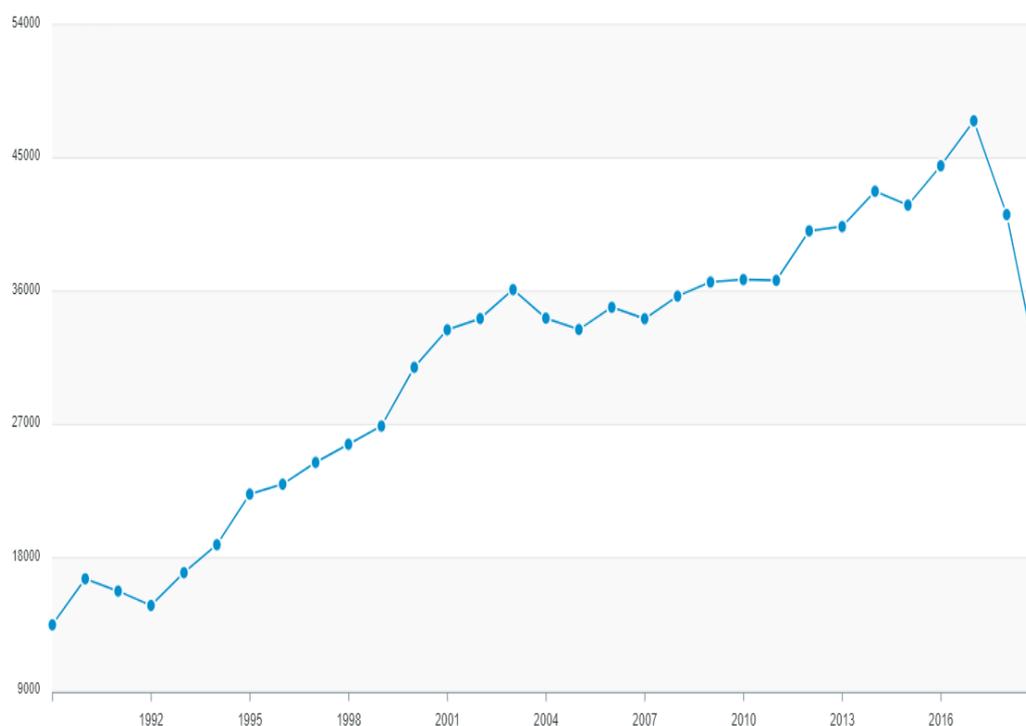
ABSTRACT: The work seeks to study a better way to facilitate and make possession of a firearm more flexible, in Brazil based on the current legal system, the provisions of Law 10.826/03, the Statute of Disarmament, highlighting immediate preference for subjects such as questions about the right purchase and possession of a firearm, it is worth noting that it will be discussed about possession and its importance in guaranteeing the right to life and property guaranteed by the federal constitution. The big doubt that drags on over the years if the restriction on the use of firearms really served to reduce the rates of violence? While we see public policies increase restrictions on the use of force by the police and security agencies, our population is increasingly being held hostage by criminals and the State, since the latter does not guarantee its safety and does not allow the right to self-defense, Constitutional law, therefore, does not fulfill its role and prevents the population from doing so.

¹² E-mail: joapaulosouza@hotmail.com

Keywords: Possession. Flexibilization. Disarmament. Violence.

1 INTRODUÇÃO

Os intermináveis índices de violência urbana no Brasil, que somente em 2019, foram de 30.206 homicídios, praticadas com emprego de armas de fogo por infratores e organizações criminosas, que detêm tais armamentos por vias ilegais. As falhas da administração pública e suas políticas de combate à violência, afetando as forças de segurança pública no combate do crime e, sendo principalmente pela ausência de políticas públicas que versam sobre o tema causando danos graves a principal vítima, a população (Dados do Ipea – Atlas da violência, 31/12/2019)



As duas grandes dúvidas que se arrastam ao decorrer dos anos são se a restrição ao uso de armas de fogo serviu realmente para diminuir os índices de violência e se o Estatuto do Desarmamento é constitucional, uma vez que fere a dignidade da pessoa humana.

Ao longo dos anos, desde a entrada em vigor da lei do desarmamento, vem se discutindo entre os especialistas se realmente a lei surtiu efeitos. Ainda que exista ampla maioria de pesquisas e pesquisadores acenando de forma positiva, a sensação da população é de incerteza pelo fato de que a violência urbana só vem aumentando, casos como o aumento de ataques a bancos e a instituições financeiras por organizações criminosas geram temor a população indefesa.

Enquanto observamos as políticas públicas, aumentar as restrições ao uso da força pelas polícias e por órgãos de segurança, cada vez nos passa a sensação de que nossa população fica refém dos criminosos e do Estado, esse por não garantir a sua segurança e ao não permitir o direito a legítima defesa, direito, este, constitucional, ou seja, o Estado não cumpre o seu papel e impede a população de o fazer.

A desmistificação da tese difundida pelos armamentistas, foi constatado que países que apresentam uma política mais permissiva em relação a posse de arma de fogo, tende a apresentar índices mais baixos de criminalidade.

Segundo Benê Barbosa, autor de mentiram para mim sobre o desarmamento:

A violência despencou nos Estados Unidos na última década, enquanto a venda de armas de fogo subiu. No Brasil, os estados mais violentos são justamente os que possuem menos armas legalizadas.

A afirmativa “mais armas, mais violência” não se mostra coerente, destacando e comparando os índices de criminalidade entre Estados Unidos e Brasil, ambos com densidade demográfica e porção territorial semelhantes, observa-se que onde há restrição ao acesso de armas de fogo lícitas, os números de violência tendem a aumentar.

2 A POSSE DE ARMAS DE FOGO

Nesse capítulo abordarei a posse de armas de fogo perante o ordenamento jurídico Brasileiro como a sua evolução ao passar do tempo na legislação, bem como o as relações do instituto do desarmamento com a atual lei do estatuto do desarmamento que vigorar neste presente momento.

Ao decorrer da história, observamos que desde a criação do homem, o ser humano usa de ferramentas para atacar ou se proteger contra outros seres vivo, incluindo até mesmos outros seres humanos, como dispõe Charlton Heston (Entrevista, 18 de maio de 1997).

“Não existe “armas boas” ou “armas más”. Qualquer arma nas mãos de um homem mau e uma coisa ruim. Qualquer arma nas mãos de uma pessoa decente não é uma ameaça para ninguém – a não ser para as pessoas más”,

2.1 Conceito

Antes de abranger discurso sobre o tema da posse de armas de fogo, devemos conhecer os conceitos considerados pela lei brasileiras sobre o tema. Segundo o conceito trazido pelo o art.3º, inciso XIII, preconiza que:

Art. 3º. XIII - arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil; (BRASIL, 2000, online)

As armas de fogo são divididas em duas categorias pelo nosso ordenamento jurídico, as de uso restrito, quem são exclusivas das forças de segurança, e as de uso permitido para civis. Armas de uso restrito tem restrições maiores, por serem armas de maior potencial, calibre e automáticas, o uso destas, sendo monopólio do Estado e das suas forças militares.

Já as armas de uso permitido são aquelas de repetição e semiautomáticas, e um dos principais pontos a considerar, para o seu uso, é a energia gerada pelo disparo. Sendo as armas de fogo permitidas, regidas, Decreto nº 10.627, de 12 de fevereiro de 2021 (planalto.gov.br)

Segundo o estatuto do desarmamento, lei 10.826/03, a posse de arma de fogo consiste em mantê-la no interior da residência (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

2.2 O estatuto do desarmamento

A lei n. 10.826/03, também conhecida como estatuto do desarmamento. Foi proposta pelo então senador Gerson Camata, foi a forma que o legislador encontrou para dificultar o acesso a posse e o comércio de armas de fogo, objetivando a lei como meio de frear o crescimento do índice de violência, sendo a lei foi promulgada em 22 de dezembro de 2003 (REIMER, 2019).

A lei utilizou os precedentes legais que já era existente no código anterior (lei 9.437/97) e impôs mais rigidez nas penas, e aumentando a tipicidade dos crimes com armas de fogo, que antes eram de menor potencial.

O artigo 2 da lei n. 10.826/03 define a competência do Sistema Nacional de Armas (SINARM) para:

Art. 2º Ao Sinarm compete: I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro; II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País; III –

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

A lei preocupou-se em limitar o acesso as armas de fogo com o intuito de diminuir o índice de criminalidade e os crimes cometidos com uso de armas de fogo, retirando-as da posse do cidadão, dificultando ainda mais a emissão do registro. Tornando limitado o direito do cidadão a adquirir e ter em sua posse ao qual define o art. 4:

Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei. § 1o O SINARM expedirá autorização de

compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização. § 2o A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008).

Sendo ainda vedado pelo art. 28 da lei, a compra de arma de fogo a menores de 25 (vinte e cinco) anos. Assim entende o legislador que considera a pessoa menor de vinte e cinco anos incapaz de possuir arma de fogo.

3 REQUISITOS PARA REGISTRO/POSSE DE ARMA DE FOGO

Questionam se é necessário a comprovação da necessidade de possuir a arma de fogo, visto que é um direito do cidadão, assim não sendo necessária a comprovação de necessidade (QUINTELA; BARBOSA, 2015).

O cidadão que tiver interesse em ter a posse de arma de fogo, devera cumprir alguns requisitos que são exigidos pelo artigo 4º da Lei 10.826 de 2003:

Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I - Comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; II – Apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei. (BRASIL, 2003)

No caso de atender aos requisitos, o SINARM (órgão responsável pelo controle de armas de fogo em poder da população) irá autorizar, a compra da arma no nome da requerente, sendo intransferível a autorização, não podendo trocar a arma que foi descrita no requerimento. Sendo que a cada três anos terá que renovar a comprovação dos requisitos, conforme consta no artigo 5º, II, da referida lei.

Em caso de mudança de residência ou se deslocar ao clube de tiro ou a qualquer outro local que não seja sua residência o possuidor de arma de fogo deverá solicitar uma guia de tráfego junto a polícia federal. A guia de tráfego terá validade de no máximo de

um dia. Vemos qual burocrático e as inacabáveis exigências que dificultam o acesso as armas ao cidadão.

3.1 A ineficiência do estatuto

No Brasil nos sete anos seguintes a criação do estatuto do desarmamento, foram registradas mais de 245.496 mortes por arma de fogo esse montante sendo 70,83% do total de pessoas mortas decorrente de crimes. Constando se assim, que após a vigência do estatuto, teve um aumento de mortes praticadas com armas de fogo, um aumento de 4,60 pontos percentuais (GLOBO, 2019).

Segundo o Gun Deaths by country 2023, em 2019, o Brasil foi o país com o maior número total de mortes por armas de fogo (todas as causas), com cerca de 49.436 mortes de 250.227 em todo o mundo, sendo que 71% das mortes por armas de fogo foram homicídios. Os números mostram que mesmo com tantas restrições o Brasil continua liderando o rank de países por morte com arma de fogo.

Sendo assim a lei dificultou o acesso as armas ao cidadão pelo alto custo, seja para aquisição, seja para manutenção, falhou em combater a proliferação de armas de fogo ilegais que estão em circulação em todo o país. Mostrando a ineficiência do Estado em garantir a segurança da população gerando o aumento da insegurança no país.

Nesse caso o governo não consegue garantir a segurança da população, uma vez que não tem nenhum controle sobre pelo menos metade das armas em circulação no país. Não sendo licito o governo impedir a população de exercer o direito a defesa.

O desarmamento é ineficiente porque ele somente restringe o acesso as armas a população e não a dos criminosos, deixando a maior parte da população indefesa, uma vez que não temos agentes de segurança pública suficiente para atender as demandas de violência.

3.2 Direito previsto na Constituição

Mesmo a constituição de 1998 não se referindo especificamente sobre a posse e o porte de armas de fogo como instrumento da legitima defesa, o artigo 5 prevê que:

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: [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem

consentimento do morador [...]; [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;

É obrigação do Estado garantir segurança da população, mas observamos que as políticas públicas que restringem o acesso as armas acabam gerando mais insegurança, e cada vez mais nossa população fica refém dos criminosos e do Estado por não garantir sua segurança e não permitir o direito a legítima defesa, direito constitucional, o estado não cumpre o seu papel e impede a população de o fazer.

Neste sentido, cabe destacar:

Uma Constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos da sua compreensão do estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural. Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado Constitucional constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional". (HÄBERLE apud NERY JUNIOR, 2014, pág. 187)

Conforme disposto no artigo 144 da CF é direito de todos a segurança pública:

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.

A garantia de uma segurança pública efetiva é um direito de todos e a constituição garante isso, mas em nenhum momento é vedado ao cidadão o seu direito de se defender por meios próprios, uma vez que o Estado não garante essa segurança mínimas, assim não deveria negar ao cidadão o direito a posse de arma de fogo, garantindo o direito da auto defesa.

3.3 Instrumentos de legítima defesa

Sem visível a ineficiência do Estado em garantir a segurança, cada individuo deve partir do exercício da prerrogativa inerente a cada individuo o da autodefesa. Visando garantir seu direito fundamental próprio ou de terceiros, sempre que o Estado falhar sobre o tema, (Cleber Masson, 2014) discorre:

“O instituto da legítima defesa é inerente à condição humana. Acompanha o homem desde o seu nascimento, subsistindo durante toda a sua vida, por lhe ser natural o comportamento de defesa quando injustamente agredido por outra pessoa. Em razão da sua compreensão como direito natural, a legítima defesa sempre foi aceita por praticamente todos os sistemas jurídicos, ainda que muitas vezes não prevista expressamente em lei, constituindo-se, dentre todas, na causa de exclusão da ilicitude mais remota ao longo da história das civilizações. De fato, o Estado avocou para si a função jurisdicional, proibindo as pessoas de exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos. Seus agentes não podem, contudo, estar presentes simultaneamente em todos os lugares, razão pela qual o Estado autoriza os indivíduos a defenderem direitos em sua ausência, pois não seria correto deles exigir a instantânea submissão a um ato injusto para, somente depois, buscar a reparação do dano perante o Poder Judiciário” (MASSON, 2014).

Sobre a legítima defesa e seus aspectos, também discorre de forma clara e objetiva, Fernando Capez:

A legítima defesa é causa de exclusão de ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa (CAPEZ, 2019).

Para repelir uma injusta agressão o indivíduo deve usar de métodos e meios moderados. Assim o uso de armas de fogo somente deverá ser usado em casos de extrema necessidade, quanto todos os métodos e meios tiverem se esgotados. Sendo a arma de fogo é um artefato potente e eficaz para conter ou repelir uma ameaça.

Segundo a constituição, o cidadão tem total direito de defender a sua vida e seu patrimônio, bem como seus familiares, desde que seja de modo proporcional aos meios empregados (MELLO, 2005).

A autodefesa é um dos pilares fundamentais de países democráticos. Sendo o Brasil um dos países onde os criminosos continuam ter acesso as armas enquanto a população fica refém deles. O estado não é onisciente para estar em todos os lugares ao mesmo

tempo, para proteger a sociedade, sendo assim deveria pelo menos garantir que o cidadão possa se defender e garantir seu direito, Guilherme de Souza Nucci ao abordar a legítima defesa:

“Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir as agressões a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico” (NUCCI, 2005).

conclusão

Uma breve análise do estatuto do desarmamento, um tema de grande complexidade, uma vez que o tema é muito controverso, mas que trata sobre o direito de cada cidadão ao acesso as armas de fogo e a sua garantia de autodefesa.

Uma vez que o Estado não garante essa segurança mínimas, assim não deveria negar ao cidadão o direito a posse de arma de fogo, garantindo o direito da autodefesa.

Deixo ao leitor, tirar suas conclusões e formar sua opinião, expondo um ponto de vista que contrapõe posições e dados que defendem o desarmamento como forma de reduzir o índice de violência com armas de fogo no país.

Se o estado brasileiro garantisse o que está previsto na constituição e nas leis do país, não precisaríamos discutir esse tema, mas o que vemos e um cenário de total falta de segurança, por parte do estado nada e feito. Nesse caso leva a população a tomar medidas para garantir sua liberdade, direito a vida e o direito ao patrimônio, nesse caso a sua autodefesa.

REFERÊNCIAS

ABREU, Abel Fernando Marques. **Armas de fogo**. São Paulo: Iglu, 1999.

Barbosa, Benê, Publicado em 6 novembro 2015, Atualizado em 31 julho 2020, Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/cacador-de-mitos/o-porte-de-armas-aumenta-ou-diminui-a-violencia>. Acesso em: 16/05/2023

Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em: 16/04/2023.

Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16/04/2023.

Decreto-Lei nº 3.668 de 1941. Brasília, DF. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 16/04/2023.

Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 16/04/2023.

Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Brasília, DF. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665impressao.htm. Acesso em: 16/04/2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manuel Pinho de. Menos Armas, 34 Menos Crimes. IPEA. Texto para Discussão nº 1721, 2012. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf. Acesso em: 16/04/2023

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva. 2016.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo. 5 ed.** Curitiba: Juruá, 2010.

FRANCO, Paulo Alves. **Porte de Armas: Aquisição, Posse e Porte; Obtenção, Posse e Porte Ilegais; Estatuto do Desarmamento**. Campinas: Servanda, 2012.

GLOBO. Jornal O Globo - **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas. Disponível em: [Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas | Acervo \(globo.com\)](#)**. Acesso em: 16/04/2023.

Gun Deaths by Country, 2023 Disponível em: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/gun-deaths-by-country>. Acesso em: 22/05/2023

Ipea Atlas da violência, 31/12/2019, Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/31>. Acesso em: 16/05/2023.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal do desarmamento: anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOYOLA FILHO, César Laboissiere. **Estatuto do desarmamento: novas possibilidades de flexibilização na concessão da posse de arma de fogo a civis para garantia ao direito de defesa**. 2018. 62 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de ciências jurídicas e sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12468>. Acesso em: 10 nov. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 197.

Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PUPIN, Aloisio A. C. Barros; PAGLIUCA, José Carlos G. **Armas: aspectos jurídicos e técnicos**. 1ª edição. São Paulo, Ed. Juarez, 2002. QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

REIMER, Jorge Felipe. **Estatuto do Desarmamento, controle da circulação e utilização de armas de fogo e seus efeitos na ocorrência de Crimes Violentos**. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo: 2009. Disponível em: [MONOGRAFIA DE JORGE FELIPE REIMER – GRADUAÇÃO EM DIREITO – PUC CAMPINAS | Blog do Jorge Reimer \(wordpress.com\)](#) . Acesso em: 16/04/2023.

DIREITO CIVIL: LIMITES DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR

DAIANY CHIUMARELLI DE SOUZA GUIMARAES:

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis-SP¹³

DEBORA JAQUELINE GIMENEZ FERNANDES FORTUNATO¹⁴

(orientadora)

Resumo: Como visa o Código Civil em seu livro IV (quatro), subtítulo III (três): Dos Alimentos; podem qualquer parente, cônjuge, ou companheiro fornecer alimentos aos seus dependentes, desde que esse prove a necessidade do mesmo para sua subsistência. . Portanto, o objetivo deste estudo é esclarecer a questão dos limites das obrigações alimentares por meio de uma revisão de literatura. Para tanto, utilizamos estudos bibliográficos de livros doutrinários, artigos científicos eruditos na internet, além de monografias que atendam às necessidades do assunto em discussão. Como resultado, estudos apontam que o direito para pagar e receber alimentos é igual entre pais e filhos, indo até os ascendentes tendo em vista sempre o de grau mais próximo, não sendo possível passar para os colaterais de segundo grau, o parentesco por afinidade não tem dever de dar alimentos. Conclui-se que o instituto dos alimentos, demonstra isso é evidenciado por sua indiscutível importância para garantir o desenvolvimento saudável e significativo de uma nação esta obrigação deve encontrar limites jurídicos para que não perca seu objetivo principal da perpetuação da vida.

Palavras-chave: Direito Civil. Alimentos. Obrigação. Transmissão. Inadimplência.

Abstract: As the Civil Code is aimed at in its book IV (four), subtitle III (three): Of Food; any relative, spouse, or partner may provide maintenance to their dependents, provided that they prove the need for their subsistence. Therefore, the aim of this research is to describe through a literature review the issue of civil imprisonment in the face of non-payment of food. For this, bibliographic research was used from doctrine books, in academic scientific articles of the Internet, in addition to monographs that met the requirements of the theme addressed. As a result, studies indicate that the right to pay and receive food is equal between parents and children, going to the ascendants always in view of the nearest degree, not being possible to move to the second-degree collateral, the kinship by affinity has no duty to give food. It is concluded that the food institute demonstrates the indisputable importance of this to ensure the healthy and essential

¹³ E-mail: daianychiumarelli@gmail.com

¹⁴ Professora especialista do Curso de Direito da Universidade Brasil - UB/ campus Fernandópolis- SP

development of citizens, demonstrating that this obligation must meet legal limits so that it does not lose its main objective of perpetuation of life.

Keywords: Civil Law. Food. Obligation. Transmission. Default.

Resumem: Como se refiere el Código Civil en su libro IV (cuatro), subtítulo III (tres): De la alimentación; Cualquier pariente, cónyuge o pareja puede proporcionar alimentos a sus dependientes, siempre que demuestren la necesidad de su subsistencia. Por lo tanto, el objetivo de esta investigación es describir a través de una revisión de la literatura el tema del encarcelamiento civil frente al impago de alimentos. Para ello, se utilizó investigación bibliográfica a partir de libros de doctrina, en artículos científicos académicos de Internet, además de monografías que cumplieran con los requisitos del tema abordado. Como resultado, los estudios indican que el derecho a pagar y recibir alimentos y la igualdad entre padres e hijos, yendo a los ascendientes siempre en vista del grado más cercano, no siendo posible pasar al segundo grado colateral, el parentesco por afinidad no tiene el deber de dar alimentos. Se concluye que el instituto de alimentación demuestra la indiscutible importancia de esto para garantizar el desarrollo saludable e imprescindible de los ciudadanos, demostrando que esta obligación debe cumplir con los límites legales para que no pierda su objetivo principal de perpetuación de la vida.

Palabras clave: Derecho Civil. Víveres. Obligación. Transmisión. Valor predeterminado.

1 INTRODUÇÃO

A alimentação como instituto do direito de família e como fonte essencial para todo o desenvolvimento físico saudável do ser humano, encontra seu principal fundamento na constituição Federal. Tem como fundamento o princípio do pundonor, que em seu significado trás aquilo que a pessoa não pode abrir mão, inscrito a priori no art. 1, III, Estatuto Social. E isso ganha força e amparo quando se insere no objetivo constitucional fundamental isso é evidenciado por sua indiscutível importância para garantir o desenvolvimento saudável e significativo de uma nação. unificada.

Sendo a vida humana os maiores bens jurídicos, há uma avaliação hierárquica dos bens protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, a relevância do tema está em seu vínculo ligado com o direito à vida uma vez que o instituto da alimentação existe para garantir a sobrevivência do homem.

A alimentação abrange todas as necessidades do ser humano, e não apenas a subsistência em si. A alimentação civiliza: moradia, vestuário, remédios, transporte e lazer. A alimentação tem base no princípio da solidariedade familiar, existência de companheirismo, laços de parentesco ou conjugal entre alimentar e alimentado.

Dessa forma, sendo a sobrevivência um dos direitos humanos fundamentais, o crédito alimentar é o meio pelo qual se pode obter os recursos necessários à sobrevivência daqueles que não podem prover por conta própria a sua manutenção pessoal, devido à idade, doença, invalidez, incapacidade, ou ausência de trabalho.

Como a vida e a dignidade da pessoa humana são os valores jurídicos mais altos sem quaisquer outros direitos importantes, há uma avaliação hierárquica dos bens protegidos no ordenamento jurídico brasileiro que se sobrepõe a outras.

A simplicidade dos alimentos tem por princípio o fundamento do apoio familiar, do companheirismo, vínculo de parente entre alimentando e alimentante. A oportunidade do alimentando, na situação os pais, está entre as necessidades dos pais e os meios socioeconômicos dos filhos.

Portanto, a obrigação alimentar dos filhos para com os pais quando este estiver em uma idade avançada, sendo um conjunto com a solidariedade familiar a necessidade e possibilidade, já que Ações judiciais exigindo aumento de alimentos, polêmica irrompe sobre pais exigindo alimentos de crianças e dividido opiniões quanto à eficácia real.

Os requisitos para garantir o recebimento dos alimentos, que além de necessitar da existência de um vínculo de parentesco, precisa-se que seja demonstrada a necessidade de quem os pleiteia, e a possibilidade de quem está sendo obrigado a fazer. E isso ocorre devido às normas impostas pelo nosso ordenamento jurídico, que garante ao indivíduo, necessitado de alimentos, que seja amparado pela sua família, em uma ordem sucessiva e no grau mais próximo, a prestar alimentos para sua subsistência.

As modificações Código Civil de 2002 e no O atual Código de Processo Civil é projetado para garantir que as necessidades individuais sejam atendidas. Como muitas ações de pensão alimentícia foram movidas na Justiça, trocaram-se opiniões sobre a real eficácia, como filhos pedindo ajuda aos pais e pais idosos pedindo comida aos filhos.

No âmbito jurídico a teor do artigo 1.694 do Código Civil “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Segundo Gonçalves, afirma que:

Alimentos – Integra este instituto, no sentido jurídico, tudo o que for necessário ao sustento de uma pessoa, o alimentando (q.v.), não só a alimentação, mas também moradia, vestuário, instrução, educação,

tratamentos médico e odontológico; conforme a Jurisprudência, incluem-se ainda neste título as diversões públicas.

Bem como, se diz na precisão de alimentar e no direito de ser alimentado, consiste na grande importância, e expressa juridicamente na maioria da sociedade. Entende-se, assim, que um necessita ter o respeito ao outro, e na dificuldade, um auxiliar o outro conforme a necessidade e a possibilidade, e, por tanto, pode ser garantido o direito moral da personalidade do alimentando.

Logo, se entende como alimentos, um acontecimento fundamental, uma solução simples, responsável de oferecer a sustentação da vida, onde, esta última, estimada um bem de maior grandeza, a ciência através da qual se possa fazer sua abordagem.

Ademais, o objetivo da pesquisa é descrever através da revisão de literatura a questão da obrigatoriedade de alimentos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Alimentação No decorrer de sua História e Vieses Característicos Comuns.

2.1.1 Conceito: natureza jurídica

De acordo com Venosa (2011, p. 357) o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário sua subsistência do ser humano. Nesse aspecto, para a sobrevivência do homem realça-se a necessidade de alimentos Venosa (2011, p. 357)

Para Tartuce (2017, p.126), “o ser humano sempre necessitou ser alimentado para que pudesse exercer suas funções vitais. A propósito, a palavra alimento vem do latim *alimentum*, que significa sustento, [...]”.

São os alimentos as devidas pagelas devidas, dadas para que quem recebe possa prover suas próprias necessidades, tanto fisicamente quanto intelectualmente.

Porém, é comum que seja feita uma interpretação da *expressão* alimentos com alimentação no sentido de comida, contudo, no ramo do direito, alimentos tem uma conotação bem mais ampla que isso, Venosa (2011, p. 358, grifo do autor):

Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em

prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.

Portanto, a precisão alimentar em meio a pais e filhos vem da capacidade da família, tarefa essa que encontra auxílio na solidariedade familiar, em que nesse caso o dever de alimentos decorre da união estável ou do casamento, tendo efeito mútuo entre as partes.

A natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. A Constituição Federal reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e educar os filhos menores (CF 229). A Constituição também afirma que os maiores devem auxiliar a amparar os pais na velhice, carência e enfermidade. É obrigação alimentar que repousa na solidariedade familiar entre os parentes em linha reta, e que se estende infinitamente(...).O encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no dever de mútua assistência, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompida a união. (DIAS, 2013, p. 543).

Observa-se que os alimentos são abordados pelos arts. 1.694 ao 1.710 do Código Civil de 2002 e, embora em nenhum deles haja uma definição do instituto, pode-se emprestar a redação do:

art. 1.920 do mesmo Código para tal intento: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”. É certo que não se pode confundir a palavra alimentos em seu sentido mais primitivo com o seu conceito jurídico, pois este, como visto, possui uma função conceitual mais ampla.

Referindo-se a natureza jurídica dos alimentos, existem três correntes doutrinárias sendo:

A primeira delas consiste em direito pessoal e extrapatrimoniais, onde consiste no sustento de suprir suas necessidades pessoais vitalícias e não no aumento de seu patrimônio. Já a segunda corrente defende o oposto das ideias anteriores, os alimentos possuem caráter patrimonial, uma vez que os pagamentos sendo pagos em dinheiro caracterizam-se como parte do patrimônio antecipado, onde o de acordo com esta posição. A terceira concepção doutrinária na natureza jurídica dos alimentos, explica que possuem caráter

misto nas duas concepções anteriores, visto que os alimentos possuem caráter patrimonial com finalidade pessoal. (GOMES, 1999, p. 128).

A categoria econômica de cuidados razoáveis não pode ser recusada, pois se envolve pagamentos regulares de uma certa quantia ou fornecimento de alimentos, cuidados ou roupas.

Diante do exposto, fica evidente a importância dos alimentos no nosso ordenamento jurídico tendo em vista que tem por finalidade garantir o direito à vida de quem não tem meios de arcar por si só sua própria subsistência. A própria Constituição Federal Brasileira de 1988, entende que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos já que se constitui em pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos. (BRASIL, 1988).

2.1.2 Seus Princípios Constitucionais da alimentação

A combinação de novos princípios constitucionais obrigou muitos institutos a adequar o direito de família no processo de criação de novas normas. A consideração de tais alterações e a aplicabilidade de novos princípios nesta área do direito estendem-se também as relações de alimentos. A tarefa dos novos princípios do direito de família é informar os novos valores constitucionais do ordenamento jurídico e possibilitar seu uso criterioso.

Além disso, o:

art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prescreve que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

Quando a deterioração do relacionamento do casal é de responsabilidade de ambos os cônjuges, configura-se a culpa recíproca. Para evitar interpretações diversas acerca da matéria atinente à fixação de pensão alimentícia entre ex-cônjuges, assegura, expressamente, alimentos ao cônjuge necessitado, ainda que declarado culpado pela separação, quando não tiver parentes em condição de prestá-los, nem aptidão para o trabalho (RODRIGO, 2010)

Assim, o Código Civil, em seu art. 1.704, parágrafo único,

SUBTÍTULO III - Dos Alimentos

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante

penção a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência. (RODRIGO, 2010, p. 151)

A manutenção do cônjuge demonstra, assim, a aplicabilidade de muitos novos princípios do direito da família, como a igualdade conjugal e as múltiplas unidades familiares. Eliminar a culpa, aderir ao princípio da solidariedade e facilitar a dissolução do casamento assegurava a sobrevivência e a dignidade dos cônjuges e companheiros de vida.

2.1.3 As Principais Características do Direito e Obrigação de Alimentos

As obrigações alimentares podem surgir de várias fontes e podem surgir da vontade das partes. Também pode resultar de parentesco. Pode resultar do casamento ou de um relacionamento sério.

Pode surgir como resultado de atividade ilegal. Trata-se da obrigação hereditária que decorre das relações entre famílias e, neste sentido, a principal diferença entre as obrigações e as relações familiares reside essencialmente no facto de as obrigações se destinarem a exercer uma forte influência no ordenamento jurídico um sistema social.

No mesmo artigo, a obrigação de alimentos também decorre de lei, mas com base no parentesco, com base no princípio da solidariedade familiar, limita-se aos ascendentes recíprocos, descendentes e contribuintes até o segundo grau de parentesco.

Originalmente, os autores queriam mostrar que as obrigações de alimentos são baseadas na relação entre os pais que devem sustentar os filhos na infância e que os filhos podem sustentar seus pais na velhice, se necessário.

No entanto, deve-se notar que, em tais circunstâncias, o beneficiário deve receber a taxa de juros acima mencionada, tendo em vista o potencial do beneficiário.

Isso significa que deve haver sempre proporcionalidade nessas situações. Nosso sistema legal é baseado nos princípios do direito natural e o principal aspecto disso é que é um direito muito pessoal e não pode ser transferido para outros.

De acordo com Gonçalves (2014, p. 511) quanto a ocasião em que se reclamam os direitos aos alimentos são:

- Pretéritos quando o pedido da prestação alimentícia retroage a período anterior ao do ajuizamento da ação alimentícia.
- Atuais são determinados a partir do ajuizamento da ação.
- Futuros, aqueles que são devidos somente com a prolação de uma sentença (GONÇALVES, 2014, p. 511).

Entretanto, o autor faz:

apreciações aos alimentos pretéritos, ao ver que o direito brasileiro só aceita os alimentos atuais e os futuros, onde, os pretéritos, indicados a momentos anteriores à propositura da atuação, não são devidos. Se o alimentando, bem ou mal, conseguiu sobreviver sem o auxílio do alimentante, não pode pretender o pagamento de alimentos relativos ao passado [...] (GONÇALVES, 2014, p. 514).

Além disso, devem ser satisfeitas determinadas condições para que a obrigação alimentar seja concedida. Tais requisitos são chamados de premissas e são:

I - A existência de relações familiares: na forma do art. de acordo com o artigo 1.694 do Código Civil, a pensão alimentícia baseia-se no parentesco ou na formação familiar, sendo os ascendentes, descendentes, irmãos e irmãs obrigados (nos dois sentidos) ou unilateralmente a prestar a pensão alimentícia. Em conclusão, deve-se enfatizar que a lei não permite a extensão da responsabilidade a tios, sobrinhos e primos.

II - Exatidão dos demandantes: O artigo 1.694, n.º 1, do Código Civil estabelece que, nesta hipótese, o beneficiário da pensão alimentícia deverá poder provar que receberia pensão alimentícia caso não a recebesse. que deve ser ameaçaria sua vida.

III - A capacidade econômica e financeira do devedor não pode ser compelida ao pagamento de taxas de manutenção. Os devedores têm apenas o que é absolutamente necessário para suas vidas. Quando surge uma disputa de alimentos, as necessidades do autor não devem ser ignoradas, nem as capacidades financeiras do réu.

IV – Proporcionalidade: O artigo 1.694 do Código Civil dispõe que os alimentos que os alimentos devem ser avaliados proporcionalmente as necessidades dos beneficiários e as possibilidades do devedor.

Durante a fase de decisão alimentar do processo, o juiz tomará decisões com base no julgamento e na prudência. Por outras palavras, é importante ater-se aos factos e provas que recolhe para que o juiz não imponha obrigações desproporcionadas também ao arguido.

Os pais são, portanto, basicamente responsáveis por criar e cuidar de seus filhos. Mas na sua ausência, antepassados, descendentes e até parentes de segundo grau podem fornecer alimentos para os membros necessitados da família.

2.3 Os Limites da Obrigação de Fornecer Alimentos Entre Pais e Filhos, Avós e Netos e Ex-Cônjuges/Companheiros

Conforme mencionado acima, os artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil de 2002 tratam de alimentos. A esse respeito, o artigo 1.696 do referido diploma legal dispõe:

Art. 1.696: O direito à alimentação é recíproco entre pais e filhos e estende-se a todos os ascendentes, mas o dever impõe-se aos mais próximos em grau, e uns em mora com outros.

Isso confirma que o Código Civil garante obrigações de apoio mútuo entre pais e filhos. Na falta deste, os deveres passam para os ascendentes, isto é, parentes, Avós, bisavós etc. No entanto, de acordo com a lei civil atual, é principalmente responsabilidade dos pais garantir a sobrevivência da criança.

O artigo 1.698 do Código Civil, aduz que:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. (BRASIL, 2002).

Isto é feito através de garantias estabelecidas pelos legisladores destinadas a garantir a satisfação dos beneficiários com o fornecimento de alimentos pelos fornecedores de alimentos, e outros procedimentos destinados a assegurar o crédito alimentar.

Quanto à extensão da relação de obrigação de alimentos, deve-se notar que os acordos de alimentos devem ser altamente pessoais e recíprocos. A comida não é apenas altamente pessoal, mas também inviolável e sem receita. No entanto, no caso de atraso, será de dois anos.

Portanto, as arguições dos vínculos de sangue não mais serão satisfatórias para que se possa fazer um parentesco a prestar alimentos ao outro. Necessitam ser feitas várias advertências sobre a precisão de quem concorre os alimentos, sobre a possibilidade de quem é impetrado e, principalmente, o modo de proceder de cada um em relação à outra parte.

Embora a pensão alimentícia seja um direito personalíssimo devido às formas não penhoráveis, é certo que existe um prazo para pagamento das parcelas vencidas de, no máximo, dois anos. No que diz respeito à reciprocidade, o artigo 1.694 do Código Civil estabelece as disposições entre cônjuges e companheiros.

Mostra que esse dever existe na relação pais-filhos e se estende aos demais membros do grupo familiar. No entanto, em relação aos direitos extremamente pessoais, o autor explica que a pensão alimentícia não pode ser reclamada se a criança não pertencer ao círculo familiar ou não for consanguínea. Além disso, as obrigações alimentares são de natureza altamente pessoal e não são transmitidas aos herdeiros do credor.

No que se menciona ao artifício indigno do alimentando, é interrompida a obrigação alimentar, onde, no parágrafo único, do art. 1.708, do Código Civil, constitui que "com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor".

Assim,

O devedor de alimentos [...] deixará de ter tal obrigação com relação ao credor se este [...] tiver procedimento indigno [...] em relação ao devedor, por ofendê-lo em sua integridade corporal ou mental, por expô-lo a situações humilhantes ou vexatórias, por injuriá-lo, caluniá-lo ou difamá-lo, atingindo-o em sua honra e boa fama [...]. (DINIZ, 2012, p. 671)

Para elencar todas essas proposições, o art. 557 da Lei Civil expõe:

Conseguem ser abolidas por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

Logo, o dispositivo trata-se sobre doações, e que a norma é sobreposta analogicamente ao instituto dos alimentos. Deste modo, se acontecer uma dessas

suposições, o alimentando perder seu direito a prestação mantenedora de seu sustento. Dessa forma prescreve o art. 1.814 do Código Civil:

Ficam excluídos do circuito os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro. (CAHALI, 2019).

Porém, a de se falar no caso de morte do alimentando, e acontecendo esse fato jurídico, dá-se por extinta a obrigação alimentar. Basta que se recorde de uns dos atributos do direito a alimentos, qual seja, a natureza de direito muito pessoal (LOBO, 2013). Logo, não seria de bom incido aprovar que pessoa que não possua de tal direito se faça trocar em caso de morte do verdadeiro credor.

Proposição desigual é no caso da morte do alimentante, pois, segundo disposições legais, previstas nos artigos 1.700, do Código Civil, a obrigação de conceder alimentos estende-se aos herdeiros do devedor, até as forças da herança. Destarte, a morte do devedor não ilide, de forma automática, a obrigação alimentícia.

Portanto, entende-se que todas essas suposições em que se terá a cessação da obrigação alimentar divulgadas, estão assinaladas e aceitas em nosso ordenamento, pois, são de fácil compreensão e de uma logicidade cristalina.

2.4 Prisão Civil Diante do não Pagamento de Alimentos

O dever de alimentos inclui a proteção e a necessidade de assistência moral, sem prejuízo das medidas impostas com o objetivo de assegurar rigorosa e escrupulosamente a ação de obrigação legais de alimentos. Um poder estatal para garantir a correta e plena observância dos princípios básicos nos quais o estado se baseia.

Estão assim disponíveis várias opções de restrição para o cumprimento das obrigações alimentares destinadas a evitar pagamentos em atraso para garantir a integridade do credor.

Assim, o alimentando desfruta do cumprimento de repressão pessoal, isto é, a prisão civil do executado caso não pague integral do débito ou revele a impossibilidade de fazê-lo dentro de três dias, contados da juntada do mandado de citação/intimação nos autos (art. 528, CPC). O juiz, em motivo da inércia deste, decretará garantir a decisão nos

termos do art. 517 e, decretar-lhe-á prisão cível por prazo de um a três meses (art. 528 §3º, CPC).

“Se você não pagar a pensão alimentícia, poderá ser excluído da retaliação por custos adicionais, custos processuais, honorários advocatícios e outros valores concedidos pelo não cumprimento de algumas ou de todas as suas obrigações de pensão alimentícia” Farias; Rosenvald (2015).

Assim, mesmo que o terceiro pague a dívida, o mandado de prisão é imediatamente revogado quando a dívida for paga integralmente (CPC §6º34, artigo 528). Portanto, um devedor vinculado por dívida passada não pode ser resgatado pela mesma dívida novamente, e os credores devem buscar outros meios executáveis para satisfazer sua reivindicação por esse valor.

Assim, a prisão civil por dívida alimentar não é uma punição, mas um instrumento de execução que obriga o devedor a pagar a poupança alimentar. A própria prisão existe apenas para punir o devedor, então pagar a dívida abole a prisão. Assim, a detenção é um ato de empoderamento físico em que um preso restringe sua liberdade e se torna subordinado a alguém. A aplicação desta lei está agora sujeita à autoridade estatutária.

Se o montante da dívida não for pago mesmo após o levantamento da pensão alimentícia no prazo fixado pelo tribunal, mantém-se e deve ser cobrado por outros meios, incluindo protesto, bloqueio de contas bancárias e de bens, bloqueio de carteira de motorista estadual, bloqueio de passaporte etc. Portanto, mesmo que seja feito um pedido de revisão do valor da pensão alimentícia, a pessoa que pagou pensão alimentícia não está exonerada da obrigação de pagar a pensão alimentícia, nem é privado de liberdade por descumprimento de pensão alimentícia.

Mas, apesar do debate sobre a natureza da prisão, os regulamentos recentes afirmam que a obrigação é secundária e complementar, existem outras maneiras razoáveis de saldar essa dívida de pensão alimentícia.

Por seu caráter coercitivo, o encarceramento é visto como um aspecto extremo da manipulação psicológica que visa provocar a resistência do carrasco ao pagamento da dívida alimentícia. Defesas adequadas e conflitantes são garantidas, e você pode concordar em saldar dívidas ou mesmo parcelar saldos devedores.

CONCLUSÃO

Conclui-se que este levantamento bibliográfico desvelou o problema da prisão civil por falta de pagamento de alimentos e que os objetivos do estudo foram alcançados.

Embora se fale muito em alimentação, tem-se sublinhado objetivamente que ela é essencial para quem dela necessita, relação está ligada ao parentesco emanada principalmente pelos pais em prol dos filhos onde têm obrigações alimentares.

Descreveu-se na noção de alimento de natureza jurídica, que só tem conotação no limite do essencial à manutenção da pessoa pois seu conteúdo implica não só o necessário à subsistência, mas também o necessário manter a vida social e moral da pessoa alimentada, como vestuário, moradia, educação, assistência médica, entre outros. A obrigação de pagar pensão alimentícia é pessoal, ou seja, é imputada apenas à pensão alimentícia em conexão com a família casamento ou relação comum que o vincule à pensão alimentícia.

Os princípios constitucionais da alimentação também foram discutidos, tendo o direito de família sido adaptado em muitas de suas instituições à medida que novas regras foram criadas; este ramo do direito também se estende à relação de nutrição.

Em seguida, explanaram-se as principais características do direito e da obrigação alimentícia decorrente da relação de parentesco, ou obrigação alimentícia. Todos os parentes diretos (parentes superiores e descendentes) e colaterais até 2º grau (irmãos) podem reclamar alimentos entre si, se necessário.

Os limites da obrigação de alimentos entre pais e filhos, avós e netos e ex-cônjuges/companheiros em que a relação não é mais aceitável, para que um parente preste alimentos a outro, devem ser observados a seguir da exatidão do que compete pela nutrição, da oportunidade do que perseguir e, sobretudo, da maneira como cada um se comporta em relação ao outro.

A prisão civil por falta de pagamento de dívida alimentícia também tem sido discutida porque a prisão é vista como um meio essencialmente psicológico destinado a fazer o executor resistir ao pagamento da dívida alimentícia.

Garantimos o direito à proteção abundante e ao conflito, além da capacidade de saldar a dívida ou mesmo chegar a um acordo para pagar o saldo remanescente.

Por fim, pode-se concluir que a pensão alimentícia é tão importante que é a única possibilidade de prisão por dívida no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa retenção não tem caráter punitivo, mas se torna um mecanismo de pressão, segundo o qual o devedor é obrigado a pagar as prestações devidas mesmo durante a retenção.

REFERENCIAS

ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro: manual da execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 4. p. 965.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 471.

BEZERRA, Denílson Ribeiro. O dever de prestar alimentos entre pais e filhos e as hipóteses que relativizam o Princípio da Reciprocidade. Ed. Saraiva. Jus Brasil: 2018.

BRASIL, Leis e Decretos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar 2023.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 6. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito da Família. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol.5. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, C. C. N.; ROSENVALD, N. Curso de direito civil: famílias. V. 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015

FERLIN, Danielly. Os alimentos. À luz do Código Civil Brasileiro de 2002. 2014. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5301 >. Acesso em 20 fev. 2023.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. Pamplona. Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional, São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. Pamplona. Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família. – 9. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família. 8 ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, C. R. Esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curdo de Direito Processual Civil. vol. III, 50ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5.

LOBO, Paulo Luíz Neto. A personalização das relações de família. In: Bittar, Carlos Alberto (coord.) O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo, Saraiva, 2013.

OKANOBO, Cristiane. Transmissão causa mortis da obrigação alimentar. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6292/transmissao-causa-mortis-da-obrigacao-alimentar>>. Acesso em 13 mar 2023.

PEREIRA, C. M. S. Instituições de direito civil. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGO, da Cunha. Código Civil da família Anotado, 3ª Edição. Curitiba, Juruá. 2010, p.151.

SANTOS, Sérgio Nunes dos. Alimentos: obrigação alimentícia e dever de sustento face à súmula 358 do STJ. 2012. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-105/alimentos-obrigacao-alimenticia-e-dever-de-sustento-face-a-sumula-358-do-stj/>>. Acesso em 01 mar 2023.

TARTUCE, F. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Ed. Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de família. Vol. 6. Coleção direito civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FEMINICÍDIO: DISCRIMINAÇÃO À CONDIÇÃO DE MULHER

KAREN ALINE DE FREITAS DA SILVA:

Graduanda em Direito pela Universidade
Brasil, Campus Fernandópolis- SP

ALEXANDRE YURI KIATAQUI

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a Lei nº 13.104 de 2015 que alterou o Código Penal brasileiro instituindo um novo agravante específico de homicídio: o feminicídio, que é o homicídio ocorrido contra uma mulher em decorrência de discriminação de gênero, ou seja, por sua condição social de mulher, podendo também ser motivado ou concomitante com violência doméstica. Esta Lei traz um aumento significativo da pena, o que a torna maior ao homicídio simples que pode acarretar penas de 6 a 20 anos de reclusão, enquanto os homicídios qualificados podem levar o condenado a cumprir de 12 a 30 anos de reclusão, além de ser também um crime hediondo, admitindo apenas a tentativa de violência ou homicídio. Para o desenvolvimento deste artigo foi utilizado como metodologia recursos bibliográficos, abordando de início o conceito do termo violência, o conceito e a origem do feminicídio, finalizando com um breve estudo da Lei.

Palavras-chave: Feminicídio; Crime; Violência Doméstica; Mulher.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze Law nº 13.104 of 2015, which amended the Brazilian Penal Code, establishing a new specific aggravating factor for homicide: femicide, which is the homicide committed against a woman as a result of gender discrimination, that is, due to her social condition of a woman, and may also be motivated by or concomitant with domestic violence. This Law brings a significant increase in the penalty, which makes it greater for simple homicide that can carry sentences of 6 to 20 years of imprisonment, while qualified homicides can lead the convict to serve from 12 to 30 years of imprisonment, in addition to being also a heinous crime, admitting only the attempt of violence or homicide. For the development of this article, bibliographic resources were used as a methodology, initially addressing the concept of the term violence, the concept and origin of femicide, ending with a brief study of the Law.*

Keywords: Femicide; Crime; Domestic violence; Woman

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como ideia principal analisar e discutir os impactos trazidos do ponto de vista jurídico com a implementação da qualificadora do feminicídio ao delito de

homicídio, bem como, verificar os benefícios trazidos pela Lei no 13.104 de 2015 de forma a proteger de maneira mais específica as mulheres da violência pautada no gênero, pois a violência se configura como uso intencional da força física ou do poder real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha qualquer possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.

Um grande passo para a criação da Lei de Feminicídio foi o reconhecimento de um vácuo significativo a proteção da vida das mulheres da famosa Lei 11.340/06 mais conhecida como Lei Maria da Penha que prevê medidas protetivas de urgência em favor da vítima para interromper o ciclo de violência vivenciado, bem como cria medidas integradas de prevenção e repressão à violência que envolve vários setores da sociedade civil e as três esferas administrativas e de poder.

A Lei de Feminicídio introduz uma nova categoria de homicídio no Código Penal brasileiro a chamada seção qualificadora do homicídio simples, o que torna a pena maior, bem como, também faz alterações a Lei nº 8.072/90 dos Crimes Hediondos, colocando o feminicídio como um crime hediondo, o que faz com que o ritual do julgamento seja dado especialmente por um Tribunal do Júri mais conhecido como júri popular.

2. FORMAS DE VIOLÊNCIA

A violência contra a mulher não se inicia com a agressão física, na maioria dos casos ela começa com a violência verbal ou moral fragilizando e debilitando a vítima para que ela não oponha resistência quando for praticada a violência física, que pode ser praticada tanto pelo companheiro quanto por familiares, e em situação da condição de ser mulher pode ser praticada até mesmo por um desconhecido.

A Lei Maria da Penha traz em seu rol exemplificativo diversas maneiras de violência dispostas no art. 7º que: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à

prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Além dos componentes definidos pela Lei Maria da Penha que descreve o que é a violência contra a mulher, a autora Marilene Chauí define violência como aquele que age se utilizando da força para ir contra a natureza de alguém, aquilo que força a liberdade, a vontade e espontaneidade de um ser, que viola coisas que são positivadas numa sociedade, tudo o que transgrede ações ou coisas que são definidas pela sociedade como justas, a violência se opõe a ética, pois os seres racionais não são coisas e são dotados de liberdade.

3. CONCEITUAÇÃO DO TERMO VIOLÊNCIA

O conceito de violência é ambíguo, complexo, contém vários elementos, várias posições teóricas e diferentes soluções. Existem tantas formas de violência que é difícil enumerá-las, principalmente quando a mídia fala sobre isso, eles oferecem soluções alternativas; mas, a violência sempre aparece na sociedade de forma nova e ninguém pode evitá-la. Neste contexto, cabe a filosofia, especialmente a ética, para considerar sua origem, natureza, consequências morais e materiais. Antes de falarmos sobre violência de gênero e violência contra a mulher, ou seja, a necessidade de explicar o que significa gênero, suas diferenças em relação ao sexo e como esses institutos são utilizados neste artigo, de início, apresenta que a categoria gênero não deve ser entendida como sinônimo sobre mulheres. (CHAUÍ, 2000)

Gênero deve ser entendido como cultura de diferenças biológicas, a mistura de relações do poder social e simbólico. De acordo com o gênero, as diferenças biológicas relacionadas aos detalhes físicos de homens e mulheres devem ser compreendidas. Compreender o gênero como uma construção cultural requer transcender os binarismos com base no gênero, ou seja, as diferenças físicas e biológicas entre homens e mulheres que são opostos de feminino para masculino, geralmente não no mesmo nível, mas sim em ordem hierarquia (HABITZREUTER, 2019)

O Dicionário Aurélio traz o conceito de violência como um adjetivo, um constrangimento físico ou moral pelo uso da força ou pela coação. Já o Dicionário Michalis, define violência como um ato de crueldade, que emprega meios violentos por meio de uma fúria repentina e coage uma pessoa a sujeição de alguém. Nota-se que os conceitos

dados pelos dois dicionários citados não conseguem dimensionar a densidade do termo. (HABITZREUTER, 2019)

É fundamental para compreender o conceito de violência a coisificação do outro, que transforma a pessoa em objeto, coisa, quando violenta o ser humano que é sujeito de direitos. Considerando que a humanidade dos humanos reside no fato de serem racionais, dotados de vontade livre, de capacidade para a comunicação e para a vida em sociedade, de capacidade para interagir com a Natureza e com o tempo, nossa cultura e sociedade nos definem como sujeitos do conhecimento e da ação, localizando a violência em tudo aquilo que reduz um sujeito à condição de objeto. Do ponto de vista ético, somos pessoas e não podemos ser tratados como coisas. Os valores éticos se oferecem, portanto, como expressão e garantia de nossa condição de sujeitos, proibindo moralmente o que nos transforme em coisa usada e manipulada por outros. (CHAUÍ, 2000)

A violência pode ser natural ou artificial. No primeiro caso, ninguém está livre da violência, ela é própria de todos os seres humanos. No segundo caso, a violência é geralmente um excesso de força de uns sobre outros. A origem do termo violência, do latim, *violentia*, expressa o ato de violar outrem ou de se violar. Além disso, o termo parece indicar algo fora do estado natural, algo ligado à força, ao ímpeto, ao comportamento deliberado que produz danos físicos tais como: ferimentos, tortura, morte ou danos psíquicos, que produz humilhações, ameaças, ofensas. Dito de modo mais filosófico, a prática da violência expressa atos contrários à liberdade e à vontade de alguém e reside nisso sua dimensão moral e ética. (CHAUÍ, 2000)

A violência é uma situação em que de forma intencional e utilizando-se da sua superioridade, de uma relação de poder, ocasiona um dano a outrem, transformando-o em coisa e negando sua condição de ser humano sujeito de direitos. Embora seja verdade que posso ver aí um dos traços obsessivos de nossa época, a violência, não se pode deixar de reconhecer que uma das condições básicas da sobrevivência do homem, num mundo natural hostil, foi exatamente sua capacidade de produzir violência numa escala desconhecida pelos outros animais (ODÁLIA, 2004)

4. CONCEITO E ORIGEM DE FEMINICÍDIO

As mortes de mulheres por questões de gênero, chamadas de feminicídio, estão presentes nos diferentes contextos sociais e são oriundas de uma cultura de dominação e desequilíbrio de poder existente entre os gêneros masculino e o feminino, que, por sua vez, produz a inferiorização da condição feminina, resultando em violência extremada com a qual se ceifa a vida de muitas mulheres (OLIVEIRA et al, 2015).

O assassinato de mulheres é habitual no regime patriarcal, no qual elas estão submetidas ao controle dos homens, quer sejam maridos, familiares ou desconhecidos. As causas destes crimes não se devem a condições patológicas dos ofensores, mas ao desejo de posse das mulheres, em muitas situações culpabilizadas por não cumprirem os papéis de gênero designados pela cultura. As violências contra as mulheres compreendem um amplo leque de agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial que ocorrem em um *continuum* que pode culminar com a morte por homicídio, fato que tem sido denominado de femicídio ou feminicídio. No seminário internacional realizado em 2005, Femicídio, Política e Direito, Diana Russel considerou adequada a tradução do inglês "femicide" para o espanhol "femicídio", para evitar a feminização da palavra homicídio. (LAGARDE, 2004)

Para a compreensão do feminicídio é pertinente o entendimento do conceito de gênero, que é uma construção social que transcende o aspecto biológico. As relações existentes sobre o gênero sofrem influências dos fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que contribuem para a formação da identidade (TOLOSA, 2017).

Sua origem é remota, imensurável no tempo e se projeta nas mais variadas estruturas sociais, desde as atividades produtivas, baseadas na divisão sexual do trabalho, até nas atividades reprodutivas, correspondentes aos papéis do homem e da mulher na reprodução humana. Ser masculino e/ou ser feminino não é uma condição meramente natural, tão pouco aleatória, mas uma construção sociocultural que impõe a superioridade de um (masculino) sobre o outro (feminino) (OLIVEIRA et al, 2015).

A diferença entre os conceitos de "sexo" e "gênero" se dá pelo fato do primeiro conceito estar relacionado às diferenças biológicas entre o homem e a mulher e "gênero" diz respeito às construções sociais de identidades, funções e atributos do homem e da mulher. É importante esclarecer que as diferenças na categoria gênero não estão na esfera genética entre homem-mulher, e sim em distinções que foram construídas socialmente para se caracterizar o masculino e o feminino, possibilitando a melhor compreensão destas representações sociais criadas historicamente, seja nos âmbitos cultural, religioso, racial, étnico, regional, econômico e político. Logo, o gênero é uma construção social atribuída ao sexo, tendo múltiplas identidades, podendo ser dinâmicas e contraditórias. (TOLOSA, 2017).

O conceito de femicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel em 1976, perante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres, definindo-o como uma forma de terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. O conceito descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade. Russel ancora-se na perspectiva da desigualdade de poder entre homens e mulheres, que confere aos primeiros o senso de *entitlement* – a crença de que lhes é

assegurado o direito de dominação nas relações com as mulheres tanto no âmbito da intimidade quanto na vida pública social – que, por sua vez, autoriza o uso da violência, inclusive a letal, para fazer valer sua vontade sobre elas. (RUSSEL, 1992)

O femicídio, assim, é parte dos mecanismos de perpetuação da dominação masculina, estando profundamente enraizado na sociedade e na cultura. São expressões deste enraizamento a identificação dos homens com as motivações dos assassinos, a forma seletiva com que a imprensa cobre os crimes e com que os sistemas de justiça e segurança lidam com os casos. O fato de as mulheres, muitas vezes, negarem a existência do problema é atribuído à repressão ou negação produzida pela experiência traumática do próprio terrorismo sexista, além da socialização de gênero, em que a ideologia de gênero (ideologia considerada aqui no seu aspecto negativo) é utilizada para naturalizar as diferenças entre os sexos e impor estes padrões e papéis como se fossem naturais ou constituintes da natureza humana. (RUSSEL, 1992)

O feminicídio é caracterizado por todo e qualquer ato de agressão derivado da dominação de gênero, cometido contra um indivíduo de sexo feminino, ocasionando sua morte. Nessa perspectiva, o assassinato de mulheres pode ser realizado por pessoas próximas das vítimas, como namorados, maridos e/ou companheiros, outros membros da família ou por desconhecidos. A morte de mulheres decorrente pela condição de gênero tem aumentado e a maneira de como ele é perpetrado chama atenção devido a crueldade (WAISELFISZ, 2015 Apud TOLOSA, 2017).

Há uma relação entre a violência estrutural de uma sociedade e o tipo de feminicídio mais frequente. Os perpetrados por parceiro íntimo atingem maiores proporções quando a taxa total de homicídios é pequena, ou seja, quando a violência estrutural tem baixa prevalência. Em locais com altas taxas de mortalidade masculina por agressão predominam os crimes cometidos por desconhecidos e, em contextos de criminalidade, onde a violência estrutural é maior, as mulheres são assassinadas na esfera pública por gangues e grupos armados, havendo uma alta prevalência de mortes perpetradas por desconhecidos, com violações sexuais e execuções. (ALVAZZI, 2011)

O aumento da violência letal entre homens pode ocasionar crescimento dos homicídios entre mulheres, uma vez que sociedades violentas para com os homens possuem configurações socioculturais que produzem também altas taxas de violência contra mulheres, como o machismo, o culto à virilidade e o padrão de resolução de conflitos violento e privado. Estudos que investigaram a associação entre estrutura social e homicídios evidenciaram que onde a desorganização social, a privação socioeconômica, a instabilidade social e a criminalidade são maiores há mais homicídios de ambos os sexos (MENEGHEL; HIRAKATA, 2011)

Mulheres assassinadas encontram-se predominantemente entre adolescentes e adultas jovens. O assassinato representa uma das primeiras causas de morte em mulheres jovens e adolescentes nos Estados Unidos. Em grande parte dos países, as vítimas são jovens, não brancas, pobres e vivem em espaços urbanos onde a segurança é mínima ou inexistente. A maioria destas mortes não é investigada pelas instituições policiais, havendo arquivamento de grande parte dos processos. Estes dados reforçam a ideia de que o feminicídio é um tipo de crime de poder e dominação, atingindo os grupos mais fragilizados na sociedade e que é mais frequente nos locais onde o Estado é tolerante com a violência, havendo impunidade para com os agressores. Portanto, os homicídios – tanto de homens quanto de mulheres – concentram-se em áreas onde são precárias as condições sociais de existência coletiva e onde a qualidade de vida é degradada. O diferencial de risco para as negras e as pobres evidencia que há para os homens, mas também para as mulheres, a “distribuição desigual do direito à vida”. (ADORNO, 2002)

A violência contra as mulheres, nessa perspectiva, teria como objetivo a preservação da supremacia masculina no âmbito das relações interpessoais e no nível macrossocial. O estupro, por exemplo, seria uma expressão direta do que ela denomina política sexual, uma afirmação das normas machistas e uma forma de terrorismo que preserva o *status quo*, enquanto o assassinato de mulheres seria tão somente a forma mais extrema de terrorismo sexista. Essa interpretação representa uma nova compreensão política do problema da violência contra as mulheres e, por isso, foi preciso construir um novo conceito, capaz de refletir a nova abordagem, esse conceito é o femicídio. (MENEGHEL; HIRAKATA, 2011)

5. LEI Nº 13.104/2015 (FEMINICÍDIO)

A proposta de lei foi criada a partir de uma recomendação pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI – VCM), a qual inicialmente definia o feminicídio como a forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher, indicando possíveis circunstâncias como a existência da relação íntima de afeto ou parentesco entre o autor do crime e a vítima; a mutilação ou desfiguração física, antes ou após a morte; e a prática de qualquer violência sexual contra a vítima, antes ou após a morte. Porém, o texto acabou sofrendo alterações e no momento da aprovação pelo Congresso Nacional, a palavra “gênero” foi retirada, inserindo “razões da condição do sexo feminino”, cuja compreensão aparece em duas hipóteses: quando cometido em situação de violência doméstica e familiar; e quando houver discriminação contra a mulher, esta expressão foi trocada em decurso de influências políticas da bancada mais “conservadora”, com o objetivo de suprimir os direitos das mulheres transexuais e outras pessoas que se identificam com o gênero feminino da tutela do feminicídio (MASSON, 2018)

Em termos jurídicos, feminicídio é o homicídio praticado contra a mulher por razões de gênero ou em decorrência da violência doméstica e familiar. O advento do crime de

Feminicídio foi integrado ao Código Penal, no art. 121, § 2º, inciso VI, pela Lei nº 13.104/2015, na qual é possível ser determinado como circunstância qualificadora do crime de homicídio, sendo de competência do Tribunal do Júri e categoricamente designado crime hediondo, conforme conteúdo de regra abarcado pelo art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/1990. (SANTOS, SILVA, 2022)

A Lei categoriza as mortes de mulheres por razões de gênero como Feminicídio, sendo considerado um tipo de homicídio qualificado, incluso no rol dos crimes hediondos, sendo inafiançável e sem redução da pena, variando de 12 a 30 anos, tendo aumento de pena caso o assassinato tenha sido cometido contra gestante ou nos três meses posteriores ao parto; contra menores de 14 anos, maior de 60 anos ou pessoa portadora de deficiência; e ainda em caso de homicídio na presença de descendente ou ascendente da vítima (BRASIL, 2015 Apud TOLOSA, 2017).

Ela se dispôs no Código Penal da seguinte forma:

“Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. [...]

Feminicídio [...]

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A – Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).”

A previsão da Lei do Feminicídio em seu parágrafo 2º-A tem um caráter autoexplicativo, tendo em vista, um rol taxativo para a definição do crime, dando continuidade em relação a essa acepção evidenciada a circunstância de violência doméstica e familiar, integrada em seu inciso I, tais situações inseridas também na Lei Maria da Penha, será essencial o crime ser realizado pelo fator de gênero. Também não tendo uma

obrigatoriedade que o praticante do crime, seja um homem, abrangendo também a relação dos casais homoafetivos femininos (CAPEZ, 2018).

Os desafios que as mulheres enfrentaram se intensificaram com o passar de cada período histórico, pois a sociedade sempre impôs a forma de como a mulher deveria se portar e que além disso, ela deveria entender essa violência sistematizada contra sua vivência. A situação de hipossuficiência em relação ao homem tem grandes laços históricos que perduram até hoje, no que tange ao feminicídio, na maioria das vezes, o agressor procura depreciar a vítima na atitude de explicar e criar argumentos do porquê da prática da violência para conseguir apoio da nossa sociedade machista estrutural (BARP; BRITO; SOUZA, 2009).

O feminicídio pode ser denominado pelas seguintes tipologias. **Femicídio íntimo:** quando o autor do crime é o atual ou ex companheiro da mulher com o qual a ela manteve algum tipo de relacionamento ou convivência conjugal, extraconjugal ou familiar, não se limitando às relações com vínculo matrimonial, mas estendendo-se aos conviventes, noivos, namorados e parceiros, além daqueles praticados por um membro da família, como o pai, padrasto, irmão ou primo.

Femicídio não íntimo: quando o autor do crime e a vítima mulher não possuíam qualquer ligação familiar, de convivência ou de relacionamentos. Incluem-se nessa categoria a morte provocada por clientes – em se tratando de trabalhadoras sexuais –, por amigos, vizinhos ou desconhecidos, assim como a morte ocorrida no contexto do tráfico de pessoas, sempre tendo o motivo sexual como fundamental para sua qualificação como feminicídio.

Femicídio por conexão: ocorre quando o homem tem por objetivo assassinar outra mulher, no entanto, a vítima que não era alvo, vem a ser assassinada por estar na hora errada e no lugar errado. (GEBRIM & BORGES, 2014).

Fatores que podem aumentar a vulnerabilidade das mulheres de serem mortas pelos parceiros íntimos incluem a disparidade de idade entre os cônjuges, a situação marital não formalizada, as tentativas prévias da mulher em obter a separação (especialmente nos três meses que antecederam o assassinato) e histórias repetidas de violência e agressões. Grande parte dos homens que assassinam as esposas não difere de seus pares na sociedade e são considerados “comuns e convencionais”, o que é ainda mais perigoso porque há uma tendência de atribuir o delito a uma explosão de cólera, ou um motivo “passional” impossível de ser previsto e prevenido. Por esse motivo, considerar o feminicídio como uma explosão passional ou atribuí-lo à doença do agressor, significa retirar a conotação social e de gênero do crime, reduzindo-o à esfera individual. (DOBASCH, CAVANAGH, 2009)

Outra situação que pode levar ao feminicídio é a agressão sexual, que ocorre em todas as classes sociais, no âmbito público e no privado. A violência sexual representa situação em que as mulheres estão na posição de meros objetos descartáveis, tornando esse ato extremamente perigoso pela necessidade do agressor de eliminar testemunhas e vestígios, matando a vítima após uma violação sexual. (CARCEDO, 2006)

A utilização do sistema jurídico para prover um instrumento de proteção a todas às mulheres é válido, o feminicídio já acontecia há muito tempo, porém não tinha uma base legal para jurisdicionar. O conceito de feminicídio surgiu logo após a aplicabilidade da Lei nº 13.104/2015, a legislação funcionou como mecanismo de tutela e proteção, em figura de resolução a dados expressivos, datado no dia 9 de março de 2015, um dia após o icônico dia internacional da mulher, que é marcado por lutas sociais do sexo feminino, foi aprovada a supramencionada lei assinada pela primeira presidente eleita mulher no Brasil, Dilma Rousseff. (LOPES, 2015).

A violência sistematizada é sobre um ciclo de opressões sofridas pela mulher, o que inclui a violência psicológica, a ciência da psicologia tem bastante importância para o entendimento e compreensão dessa série de agressões, os ciúmes para com os relacionamentos, a sexualização da figura da mulher pela sociedade que por consequência acaba rebaixando sua imagem e objetificação a feminilidade, faz parte de um processo de pertencimento de posse do agressor contra a mulher, que seguem um padrão normativo da classe majoritária de homens, trazendo conceitos patriarcais incentivados pela nossa cultura e sociedade. (NETO, FIGUEREDO, MALATO, FERNANDO, 2018).

O sentimento também influencia diretamente no psicológico do homem ciumento, que expressa o sentimento de modo aferrado e muito violento, ele tende explicar sua conduta de querer só proteger a vítima, porém, ele está impondo o seu sentimento de posse. O ciúme masculino é um retrato da figura que a sociedade patriarcal apoia, a fim de impor a figura do homem sobre a mulher, o que explicaria o fato dos agressores terem esse tipo de comportamento. Isso tudo resulta em uma sexualização da figura da mulher sob a ótica do agressor por achar ser legítimo cometer esse crime, a violência praticada contra a mulher vem continuamente antecedida de atitudes discriminatórias do homem em relação à inferiorização da mulher, as quais são realizadas sob uma fundamentação em atitudes preconceituosas, que, todavia, são elaborados nas mentalidades das 16 pessoas em razão do convívio da nossa sociedade majoritariamente machista. (NETO, FIGUEREDO, MALATO, FERNANDO, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo averiguar a luz da legislação vigente a qualificadora do feminicídio dentro dos trâmites do Código Penal, destacando as

mudanças sofridas com a Lei nº 13.104/2015. Foram apresentados como surgiu todo este contexto em torno do tema citado e os reais motivos históricos de cunho verdadeiro e bem aludido pela sociedade. As agressões contra o gênero feminino se fazem presente por tempos é um fenômeno social se encontra presente em todas as sociedades, atingindo proporções significativas da população feminina em todo o mundo. Não é aceitável é punido, sendo o primeiro passo para o enfrentamento, o questionamento sobre tal violência, é expor, comentar, discursar, examinar, analisar, tratar e divulgar os ideais sobre este assunto tão predominante com uma força muito grande em todo o mundo.

A Lei do Feminicídio estabeleceu uma real conquista e é uma ferramenta importantíssima para dar visibilidade ao fenômeno social que é o assassinato de mulheres por circunstâncias de gênero. Todo ser humano tem direito à vida, sendo sua proteção um imperativo Jurídico de Ordem Constitucional, taxativo no Artigo 5º, Caput, da Constituição Federal CFRB/88.

A autonomia e a soberania do homem significaram concomitantemente a subjugação do gênero feminino, e seus direitos uniformemente de igualdade se alteraram em retórica, a liberdade civil não é para todos, é condição do gênero masculino e mero do Direito. A mudança desta realidade requer que o Poder Público englobe a luta pela erradicação da violência e do feminicídio como uma política de Estado, uma vez que o extermínio de mulheres, em virtude da violência de gênero e da discriminação, ultraja a consolidação dos direitos humanos.

Assim sendo o direito de viver não é um direito sobre a vida, mas à vida, no sentido de correlativo da obrigação de que os outros homens respeitem a nossa vida.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S. F. **Exclusão Socioeconômica e Violência Urbana**. *Sociologias* 2002; 4(8):84-135.

ALVAZZI D. F. A. **When the victim is a women**. Geneva Declaration Secretariat. 2011. Disponível em: <<http://www.genervadeclaration.org/fileadmin/docs/GBAV2/GBAV201>> Acesso em 20 abr. 2023

BARP, W; BRITO D; SOUZA, J. **Violência doméstica: reflexos das ordenações Filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil**. Teoria e Pesquisa: Revista de ciência política, UFSCAR, v.18, n. 1, p.61-82, 2009.

BRASIL, 2015. **Lei Nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Planalto. Brasília-DF, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm> Acesso em: 30 abr. 2023.

OLIVEIRA, P. P. de et al. **Mulheres Vítimas de Violência Doméstica: Uma Abordagem Fenomenológica.** Texto contexto - enferm.[online]. 2015, vol.24, n.1, pp.196-203. ISSN 0104-0707. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/0104-07072015002900013>>. Acesso em 30 abr. 2023.

RUSSEL D, CAPUTTI J. **Femicide: The Politics Of Women Killing** New York: Twayne Publisher; 1992.

TOLOSA, T. da S. R. **Violência de Gênero: Caracterização do Femicídio no Município de Belém.** Belém-PA. 2017. Disponível em: < http://ppgsp.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/dissertacoes/2015/02/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Tatiane-%20vers%C3%A3o%20final-27_06_17.pdf> Acesso em: 02 maio 2023.

ODALIA, N. **O que é Violência?** São Paulo: Brasiliense, 2004

WAILSELFISZ JJ. **O mapa da violência 2015. Homicídios de mulheres no Brasil.** Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; 2015.

A INTERNET E SEUS MEIOS COMUNICACIONAIS COMO FONTE RESSOCIALIZADORA DO PRESO

FELIPE AUGUSTO DA CRUZ:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN) e especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).¹⁵

Resumo: A evolução do sistema carcerário e a utilização de tecnologias comunicacionais presentes na internet como fonte ressocializadora. O sistema carcerário atual está em crise, tendo em vista que a tão almejada ressocialização daqueles que foram privados de sua liberdade não é alcançada. A calamidade que prevalece nas penitenciárias é tão grande, que não permite a existência de um ambiente em que a dignidade da pessoa humana, alicerce da Constituição Federal, possa reinar. Mesmo toda a história da pena demonstrando uma evolução, ainda não é o bastante. É necessário, portanto, novas formas de melhorar a busca pelo objetivo maior do cárcere, isto é, a ressocialização. Assim, as tecnologias comunicacionais existentes na internet podem ser uma forma de auxiliar na construção de um sistema penitenciário com maiores resultados, desde que sejam bem aplicadas.

Palavras-chave: Sistema carcerário, ressocialização, internet.

Abstract: The evolution of the prison system and the use of communication technologies present on the Internet as reintegration source. The current prison system is in crisis, given the much needed rehabilitation of those who were deprived of their freedom is not achieved. The calamity that prevails in prison is so great, that does not allow the existence of an environment in which the dignity of the human person, foundation of the Constitution, may reign. Even the history of pen demonstrating an evolution, it is still not enough. It is therefore necessary, new ways to improve the search for the greater purpose of prison, that is, the reintegration. Thus, the existing communication technologies on the Internet can be a way to help build a prison system with greater results, provided they are well applied.

Keywords: Penitentiary System; reintegration; internet.

¹⁵ E-mail: felipeaugustocruz@gmail.com

Introdução

Desde os tempos primitivos, o conglomerado social busca formas de punir aqueles que desobedecem às regras de conduta estabelecidas. As penas, que no início tinham caráter apenas punitivo, eram aplicadas diretamente ao infrator, isto é, o criminoso pagava pelo seu erro com o seu próprio corpo.

Outrossim, a forma de reprimir os delinquentes foram evoluindo conforme a sociedade se desenvolvia. Logo a pena passou a ter objetivos, sendo que, a punição pelo crime passou a ter a finalidade de punir o infrator, bem como adentrar aspecto sociológico da recuperação daquele que praticou a infração.

Nessa trilha, o presente trabalho busca explorar o desenvolvimento das reprimendas aplicadas ao longo dos anos ao infrator, trazendo a tona os direitos conquistados, e buscando uma solução para a reincidência.

Seguindo esse raciocínio, a pesquisa faz um paralelo de como as penas eram em sua origem, e como ela vem se reestruturando a cada mudança social, juntamente com as conquistas dos direitos ao encarcerado. E finalmente, buscando uma forma de ressocialização.

E como forma de ressocialização, é oferecida uma solução contemporânea, que se utilizada de forma adequada e com a devida segurança, pode funcionar. É o caso da internet, e as suas fontes comunicacionais.

Assim, no primeiro capítulo é feito uma pesquisa sobre a evolução das penas, desde os seus primórdios, até os dias atuais. Busca demonstrar que, embora as reprimendas hoje sejam desumanas, em um passado elas já foram piores, e que o sistema carcerário, tanto nacional, quanto internacional, obteve uma evolução.

No mais, demonstrando tais evoluções do cárcere, o segundo capítulo traz os direitos e garantias assegurados aos presos, sendo tratado tanto os direitos constitucionais, como os infraconstitucionais.

No terceiro capítulo é abordado o tema internet propriamente dito, juntamente com as redes sociais – fontes comunicacionais do meio. É trabalhado a evolução histórica, bem como as características de cada página de relacionamento.

Finalmente, o quarto e último capítulo aborda os meios comunicacionais existentes na internet como fonte ressocializadora de um preso, impondo a este, através da internet, um maior contato com pessoas fora do sistema carcerário.

A sociedade mundial está em constante evolução em todos os aspectos possíveis. A cada dia várias tecnologias são criadas e/ou aperfeiçoadas a fim de melhorar a vida das pessoas. Não é a toa que é possível se comunicar, em tempo real, com qualquer pessoa, não importando horário e local.

Cabe ressaltar, além disso, que o ordenamento jurídico tem buscado, cada vez mais, melhorar as normas que regem a vida da população. A nova forma de pensar, embasada nos ensinamentos relacionados aos direitos humanos tem modificado, hora para melhor, às vezes para pior, as decisões de todos os tribunais no mundo, e no Brasil não é diferente.

Todavia, o sistema carcerário, embora tivesse algumas evoluções, manteve-se com resultados poucos satisfatórios, sendo que as condições atuais das penitenciárias brasileiras são de extremo risco para a vida de quem lá se encontra, bem como daqueles que estão em regularidade com o ordenamento jurídico. Isso ocorre, tendo em vista que, o principal objetivo da prisão, diga-se de passagem: ressocializar, não tem efetivo cumprimento, o que aumenta em muito o índice de reincidência.

1. Sistemas Penitenciários e Seus Avanços.

Primeiramente, urge salientar que, as reprimendas, *a priori*, tinham caráter excruciante, isto é, o corpo do infrator era penalizado diretamente com agressões, açoitamentos, esquitejamento, entre outros.¹⁶

A fim de construir um discurso adequado a respeito do tema, impõem-se identificar que de acordo com Pimentel¹⁷, a pena de prisão teve rudimento na Idade Média, mais precisamente nos Mosteiros. O renomado autor assevera que os monges e clérigos, quando cometiam escasseias, eram-lhes impostos o dever de ser recolherem a seus quartos, buscando, através de meditação e orações, reconciliar-se com a Santidade.

Auspicioso indicar, ademais, que “os sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos, embora não se possa afirmar, como faz Morris, que a prisão constitui um invento norte-americano”.¹⁸

¹⁶, GRECO, R. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011. v. 1, p. 471.

¹⁷ Idem.

¹⁸BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 18. ed. São Paulo:Saraiva, 2012. v. 1, p. 161.

Nesse sentido, imperioso se faz analisar os sistemas penitenciários que surgiram ao longo dos anos.

1.1 Sistema pensilvânico ou celular

Esse sistema consistiu no recolhimento do delinquente a uma cela, sendo ele afastado dos demais presos, não tendo a oportunidade de receber visitas, e, ainda, não era permitida a execução de trabalhos pelo infrator. Em outras palavras, o preso era posto em uma solitária, excluído do mundo.¹⁹

Não obstante, é importante ressaltar que, a metodologia pensilvânica não foi exorbitantemente aplicada, pois o isolamento era imposto apenas aos presos com características, segundo julgavam na época, mais perigosas. Outrossim, a separação dos infratores tinha como objetivo fazer com que aquele preso afastado dos demais pudesse, através do silêncio e, conseqüentemente, reflexão, ainda, acompanhado de leituras bíblicas, arrepender-se.²⁰

Cabe reproduzir uma sucinta passagem da obra de Bitencourt²¹, cujo teor retrata perfeitamente a evolução (não tão bem sucedida) do sistema pensilvânico:

A experiência iniciada em Walnut Street, onde já começaram a aparecer claramente as características do regime celular, sofreu em poucos anos graves estragos e converteu-se em um grande fracasso. A causa fundamental do fracasso foi o extraordinário crescimento da população penal que se encontrava recolhida na prisão de Walnut Street. Ao enfrentarem esses fracassos e retrocessos, a Sociedade Pensilvânica e a Sociedade Filadélfia, para o alívio das míseras prisões públicas, ambas inspiradas nos quacres, solicitaram uma nova oportunidade a um sistema fundado na separação. As pressões foram aceitas e construídas duas novas prisões, nas quais os prisioneiros foram encarcerados separadamente, a penitenciária Ocidental – Western Penitentiary – em Pittsburgh, em 1818, seguindo o desenho panótico de J. Bentham, e a penitenciária Oriental – Eastern Penitentiary –, que foi concluída em 1829, seguindo o desenho de John Haviland. Na prisão ocidental (Western) foi utilizado um regime de isolamento absoluto, onde não se permitia sequer o trabalho nas celas. Em 1829, conclui-se que esse regime era impraticável, e, por essa razão, ao inaugurar a prisão oriental

¹⁹ GRECO, R. Op. cit. v. 1. p. 478.

²⁰ BITENCOURT, C. R. Op. cit. v. 1, p. 161.

²¹ Ibidem. p. 162.

(Eastern), no mesmo ano, decidiu-se aliviar o isolamento individual, permitindo algum trabalho na própria cela. Por isso é que Von Henting afirma que o verdadeiro sistema filadélfico inicia-se realmente em 1829, com a conclusão da penitenciária Oriental (Eastern Penitentiary), na qual se aplica um rigoroso isolamento. A permissão de algum trabalho na cela não diminui o problema do isolamento, uma vez que se tratava de trabalhos tediosos e frequentemente sem sentido. Por outro lado, nem sempre esse trabalho na cela pôde ser realizado.

À guisa de conclusão, esse sistema foi demasiadamente reprovado, tendo em vista a exorbitante severidade, não permitindo, portanto, a ressocialização do preso, uma vez que o afastamento, bem como a regra do silêncio²².

1.2 Sistema auburniano

Com a desaprovação do Sistema Pensilvânico, a fim de estabelecer uma nova metodologia e, por conseguinte, tentar evoluir, foi criado o Sistema Auburniano.

Cumprido, em termos de importância evidenciar-se que este sistema teve como principais características a regra do silêncio integral, bem como a permissão grupos. Dessarte, tal metodologia penitenciária era menos severo que o anterior.²³

Em que pese à nova tentativa de implantação de um novo sistema penitenciário, assim com a anterior, ela apresentou falhas, e, por conta disso, não conseguiu emplacar. Apesar do tema, Pimentel²⁴, novamente, é extremamente lúcido em suas palavras, ressaltando os erros do método auburniano: de trabalhos pelos presos, a princípio dentro das próprias celas, em seguida, em

O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos d'água ou, ainda, modernamente, esvaziavam a bacia dos sanitários e falando no que chama de boca

²² GRECO, R. Op. cit. v. 1. p. 478.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

do boi. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com a abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos.

Esse sistema ficou caracterizado pela disciplina em excesso. Todavia, os presos conseguiam de formas criativas burlar as regras e mantinham comunicação, mesmo que mais restritiva. Talvez seja por esse fator que essa metodologia de cárcere não emplacou.

1.3 Sistema progressivo

O sistema progressista é considerado, sem sombras de dúvidas, uma enorme evolução, tanto no aspecto ressocializador, quanto no ventre punitivo. Além disso, essa metodologia restringiu de modo expressivo, a violência, física e/ou moral, existente nos regimes anteriores.²⁵

Cabe acrescentar, ainda, que o sistema progressista, a princípio, foi adotado na Inglaterra, por intermédio do capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie, na qual dividiu o período em que o preso cumpria sua pena em fases. Isto posto, o primeiro período, conhecido como "período de prova", consistia justamente nas ideias adotadas pelos sistemas penitenciários anteriores, ou seja, o isolamento, bem como o silêncio absoluto

Ato contínuo, no segundo estágio o encarcerado ganhava o direito de trabalhar em grupo, todavia, o silêncio integral era uma regra que ainda persistia nessa escala. Ademais, o terceiro, e na Inglaterra, o último, tratava-se de um livramento condicional. Dessa forma, o preso era posto em liberdade, mas ainda deveria cumprir algumas restrições.²⁶

De outro giro, o sistema progressista também foi "adotado na Irlanda, por Crofton, que lhe introduziu mais um estágio: o trabalho em colônia agrícola. Antes da liberdade condicional, o sentenciado trabalhava ao ar livre, em colônia penal".²⁷

Dessarte, depreende-se que a metodologia penitenciária adotada tanto na Inglaterra, como na Irlanda, cujo nome recebido foi progressista, influenciou diretamente no sistema carcerário brasileiro, tendo em vista que a legislação de

²⁵ BITENCOURT, C. R. Op. cit. v. 1. p. 169.

²⁶ Idem.

²⁷ NORONHA, E. M. Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1. p. 268.

execução penal do País adotada três regimes, quais sejam: fechado, semiaberto e fechado; e, ainda, o livramento condicional.

1.4 Sistema Penitenciário Brasileiro Atual e Sua Crise

O sistema carcerário teve várias mudanças no decorrer da história mundial. As normas que regem o assunto foram se adaptando de acordo com a época, até chegarem aos dias atuais. Nesse sentido, hoje, mesmo aquele que está em conflito com o ordenamento jurídico e, por conseguinte, cumpre pena, tem seus direitos e garantias fundamentais assegurados. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, saúde, educação, entre outros, devem estar presentes no ambiente carcerário.²⁸

A *contrario sensu*, o sistema penitenciário brasileiro vive uma crise gigantesca. De um lado, uma comunidade carcerária sendo “amontoada”; de outro, um conglomerado social que clama por justiça e melhorias na segurança nacional, tendo em vista o aumento dos índices de criminalidade.²⁹

A falta de investimentos do Estado para com o sistema carcerário demonstra o tamanho descaso ao combate da violência no país. Boa parte do problema da não ressocialização dos infratores poderia ser resolvido com apenas maiores aplicações de capitais nas cadeias.

Nesse ventre, soa repetitivo, porém de extrema conveniência ressaltar, a fim de embasar os fatos supramencionados, os ensinamentos de Arruda³⁰:

Vários fatores culminaram para que chegássemos a um precário sistema prisional. Entretanto, o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público ao longo dos anos vieram por agravar ainda mais o caos chamado sistema prisional brasileiro. Sendo assim, a prisão que outrora surgiu como um instrumento substitutivo da pena de morte, das torturas públicas e cruéis, atualmente não consegue efetivar o fim correccional da pena, passando a ser apenas

²⁸ DULLIUS, A. A.; HARTMANN, J. A. M. Análise do sistema prisional brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 23 fev. 2014.

²⁹ ARRUDA, S. N. Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. *In: Revista visão jurídica*. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

³⁰ Idem.

uma escola de aperfeiçoamento do crime, além de ter como característica um ambiente degradante e pernicioso, acometido dos mais degenerados vícios, sendo impossível a ressocialização de qualquer ser humano.

Interpretando-se as lições de Arruda, percebe-se o atual sistema carcerário brasileiro apenas máscara as admoestações existentes em outrora. Isto é, as reprimendas atuais, por conta da precariedade das penitenciárias, equiparam-se (ou quase chegam lá) aos castigos aplicados nos tempos primitivos, tais como: morte, tortura, entre outros.

Cabe ressaltar, ademais, a falta de estrutura existente nos presídios, cuja capacidade não comporta o crescimento da criminalidade. Destarte, a população carcerária está extremamente lotada, o que dificulta o principal objetivo da pena, qual seja: a ressocialização do infrator.

De tal sorte, urge salientar os dados acentuados por Fabretti³¹:

Segundo estatísticas do ICPS (Centro Internacional para Estudos Prisionais) referentes ao ano de 2013, a população carcerária brasileira é de 548 mil presos, num universo de 190 milhões de pessoas, números que chegam ao resultado de 274 presos para cada 100 mil habitantes, o que é absolutamente alto se levarmos em conta que a Argentina tem 147 presos para cada 100 mil habitantes, a Bolívia 140, a França 98, a Alemanha 79, a Espanha 147 e Portugal 136. É claro que existem países com números muito mais altos que os brasileiros, como, por exemplo, os EUA com 716, Cuba com 510, Rússia com 475 e Ruanda com 492.

No que diz respeito à capacidade das cadeias, cabe mencionar que a Lei de Execuções Penais, mais precisamente no artigo 85, assevera que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”. Todavia, o que se vê na realidade é um “amontoado” de pessoas em um local sem as mínimas condições de viver com dignidade.

Desta feita, fica evidente que a situação atual do sistema carcerário brasileiro afronta todos os direitos e garantias assegurados ao preso. Aqueles que estão

³¹ FRABETTI, H. B. A situação delicada do sistema carcerário brasileiro. In: **Jornal do Brasil**. 2 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2014/02/02/a-situacao-delicada-do-sistema-carcerario-brasileiro/>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

cumprindo suas reprimendas tem sua dignidade completamente destruída, tendo em vista a superlotação existente nos cárceres.

Outrossim, por conta do grande número de detentos, outras garantias indispensáveis ao ser humano são deixadas de lado, uma vez que o ambiente penitenciário, devido a sua precariedade, facilita a proliferação de doenças.³²

Por conta de todas essas circunstâncias “o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes, funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo estado e pela sociedade”³³.

2. A Evolução do Sistema Carcerário em Comunhão com a Evolução Tecnológica da Internet.

O índice de reincidência no Brasil, em dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é extremamente alto. Deveras, “pesquisa inédita realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revela que a cada quatro ex-condenados, uma volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4%” (CNJ, 2015).

Nesse sentido, em dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é de aproximadamente 70% o índice de reincidência entre os encarcerados do país³⁴. Número extremamente assustador, levando-se em conta que as cadeias nacionais estão superlotadas, com numerários que praticamente dobram as vagas disponíveis nas penitenciárias. Debrum argumentativo, cita-se os esclarecimentos de Arruda:

Enfim, a superlotação e suas nefastas consequências encontram-se visíveis a todos da sociedade, não sendo preciso ser um expert em sistema prisional para concluir o evidente déficit de vagas existentes nos estabelecimentos penais. A título de exemplo podemos destacar os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, que indicam um déficit de mais de 180.000 vagas em todo o País. São

³² ASSIS, R. D. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

³³ DULLIUS, A. A; HARTMANN, J. A. M. Op. cit.

³⁴ R7. **Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros**. 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>. Acesso em: 2 mar. 2014.

quase 500 mil presos no país, em um sistema prisional que só tem capacidade para 260 mil detentos.

Dessa forma, fica evidente a necessidade de se buscar alternativas para melhorar as condições disponíveis no sistema carcerário e, por conseguinte, diminuir o número de reincidentes que retornam para as cadeias.

Nesse sentido, deve-se trazer a baila a importância da família nesse processo de reestruturação do infrator.

Tendo em vista que durante a privação de sua liberdade, o encarcerado, ficará em contato permanente com vários outros sujeitos de distintas personalidades, isso poderá ocasionar o efeito inverso da finalidade da prisão, isto é, o detento se aperfeiçoar na “arte” do crime.

Dessarte, a presença da família no ambiente carcerário é um meio de estimular o preso a seguir caminhos diferentes daqueles que o levaram até lá. O grupo familiar, por meio de seus laços sentimentais, é capaz de estimular a restauração de uma pessoa aparentemente “perdida” na criminalidade.

Complementando o pensamento, Santos assevera que “a afetividade constitui um dos elementos importantes entre pai e filho, ajudando este último a assimilar técnicas disciplinares, facilitando a conscientização de normas sociais”³⁵.

Levando-se em consideração que o contato com familiares é benéfico para a ressocialização do preso, é importante ressaltar que, é necessário utilizar de meios que tornem esse acesso mais fácil.

Nessa derradeira, acrescenta-se que o sentenciado tem o direito de contato com o mundo exterior. Adotando essa linha de raciocínio, Mirabete³⁶ assevera:

Destinada a execução penal ao processo de reinserção social do condenado, não deve ficar este excluído das relações com o mundo exterior ao presídio, para onde voltará quando for posto em liberdade. O preso tem direito à liberdade de informação e expressão, ou seja, de estar informado dos acontecimentos familiares, sociais,

³⁵ SANTOS, F. G. V. **Família:** peça fundamental na ressocialização de adolescentes em conflito com a lei? 2007. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco., Recife, 2007. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2007-06-19T083950Z-97/Publico/Fernanda%20Santos_confrontado.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2014.

³⁶ MIRABETE, J. F. **Execução Penal:** comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 128.

políticos e de outra índole, pois sua estadia na prisão não deve significar marginalização da sociedade. Os contatos que pode manter com o mundo exterior, por meio de correspondência, imprensa escrita e outros meios de comunicação, como rádio, o cinema, a televisão etc., contribuem para mantê-lo informado e tem como fim que não se sinta excluído da sociedade.

Ademais, é essencial enaltecer que as Regras Mínimas da ONU, em seu Artigo nº 39 proclamam que, aos presos é assegurado o direito de informação, seja ela por meio de jornais, rádio, ou qualquer outro meio, desde que autorizado e devidamente fiscalizado pela administração.

Nesse diapasão, a fim de aproximar o encarcerado com sua família e, conseqüentemente, estabelecer uma nova forma de buscar a ressocialização, a utilização de novas tecnologias comunicacionais, existentes na internet, pode utilizada como ferramenta.

Assim, a utilização de redes sociais, com um sistema próprio e completamente fiscalizado pelos órgãos executores da pena, é uma alternativa para aproximar o preso com o mundo exterior e, por conseguinte, facilitar seu reestabelecimento com a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento das reprimendas está diretamente vinculado com o nascer da vida em comunidade. O homem, em tempos primitivos, tinha a concepção de que todo ato merecia uma reação com tamanha força. Dessa forma, se alguém matasse outrem, aquele deveria ser morto. Daí surgiu à famosa frase: "*olho por olho, dente por dente*", prelecionada num dos primeiros códigos a tratar do Direito Penal, o de Hamurabi.

Com o passar dos anos, o conglomerado social percebeu que era necessário mudar as formas de castigar os infratores, tendo em vista a redução considerável dos grupos. Destarte, as penas aos poucos foram perdendo sua essência de propriamente castigar o corpo do criminoso, e passou a adotar métodos menos drásticos, conseqüente, foi assim que se alçou o surgimento dos sistemas carcerários.

Com relação ao sistema penitenciário, ao longo do desenvolvimento da sociedade, ele passou por várias transformações. Em alguns tipos de estabelecimentos penais eram adotados desde o isolamento completo, até o trabalho como meio de recuperar o transgressor do ordenamento jurídico, chegando ao estágio que hoje se encontra.

Cabe ressaltar, nesse ventre, que o sistema carcerário brasileiro da atualidade não está atingido seus objetivos, tendo em vista que uma grande parcela da população carcerária quando retorna ao convívio social volta ao mundo do crime. Dessarte, fica evidente a necessidade da adoção de novos meios a fim de concretizar a ressocialização do preso.

Desponta, dessa forma, a utilização dos meios comunicacionais existentes na internet, pois desde que devidamente fiscalizados e controlados pelo poder público, poderá ser tornar uma ferramenta de grande valia para alcançar os objetivos das reprimendas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRECO, R. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. Niterói: Impetus, 2011. v. 1

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

NORONHA, E. M. Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1

DULLIUS, A. A.; HARTMANN, J. A. M. Análise do sistema prisional brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 23/08

ARRUDA v. 2014, S. N. Sistema carcerário brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. In: **Revista visão jurídica**. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>>. Acesso em: 23/08

FRABETTI, H. B. A situação delicada do sistema carcerário brasileiro. In: **Jornal do Brasil**. 2 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2014/02/02/a-situacao-delicada-do-sistema-carcerario-brasileiro/>>. Acesso em: 23/08

ASSIS, R. D. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

R7. **Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros**. 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>. Acesso em: 22/08

SANTOS, F. G. V. **Família:** peça fundamental na ressocialização de adolescentes em conflito com a lei? 2007. Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco., Recife, 2007. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2007-06-19T083950Z-97/Publico/Fernanda%20Santos_confrontado.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2014.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal:** comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 128

DA IMPUTABILIDADE PENAL

KEFFILYN KAUANI BARROSO MONTINI:

Graduanda em Direito pela Universidade Brasil,
Campus Fernandópolis- SP³⁷

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Para ser configurada a prática de crime é necessário que o fato seja considerado como típico, antijurídico e culpável. Dentro deste último elemento culpa, a culpa criminal está incluída a imputabilidade penal, é considerada capacidade como o agente no momento da ação ou omissão entende a natureza de seu ato. Aos agentes considerados como inimputáveis, são implementadas medidas de segurança, segundo as quais o objetivo da doutrina é ajustar a pessoa para uma convivência harmoniosa e pacífica sem duração nos termos do Código Penal para o cumprimento das penas. Aquilo que determina o tempo de duração e o tipo de cumprimento dessas medidas não é a natureza do crime, mas as características do sujeito autor desse crime, o que individualiza a forma dessas medidas, constituindo um estado de exceção. Até que ponto o Estado tem o poder de intervir para atender aos padrões obrigatórios da vida privada. Até que ponto pode se impor o cumprimento de uma medida ad eternum.

Palavras-chave: Imputabilidade; Capacidade; Segurança; Cumprimento; Penas.

ABSTRACT: In order for the practice of a crime to be configured, the fact must be considered typical, unlawful and culpable. Within this last element guilt, criminal guilt is included criminal imputability, it is considered capacity as the agent at the time of the action or omission understands the nature of his act. For agents considered to be unimputable, security measures are implemented, according to which the objective of the doctrine is to adjust the person to a harmonious and peaceful coexistence without duration under the terms of the Penal Code for the fulfillment of sentences. What determines the duration and type of compliance with these measures is not the nature of the crime, but the characteristics of the subject who committed this crime, which individualizes the form of these measures, constituting a state of exception. The extent to which the state has the power to intervene to meet mandatory standards of private life. To what extent can compliance with an ad eternum measure be imposed. Accountability; Capacity; Security; Greeting; Feathers.

Keywords: Accountability; Capacity; Security; Greeting; Feathers.

³⁷ E-mail: Keffilyn@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

A imputabilidade penal é intrínseca à culpabilidade e apenas será considerada imputável a pessoa que possuir plena consciência do ato ilícito que

praticou e, mesmo assim, quis se portar daquela maneira. Sobre a definição de Legibilidade Cleber Rogério Masson (2013, p. 183) diz que, o conceito de imputabilidade: é a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento

Portanto, para encontrar uma pessoa considerada imputável, é necessário analisar os dois elementos que devem estar presentes simultaneamente, uma vez que a imputabilidade depende deles. O primeiro é o elemento intelectual, que está relacionado com a saúde mental da pessoa. Só o inimputável não responde criminalmente pelo que faz, pelo que não tem sua vontade consciente. Por isso a imputabilidade se confunde culpabilidade e responsabilidade. O artigo 26, caput, do Código Penal Brasileiro trata da inocência criminal devido a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou atrasado. Indiscutível é o agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou atrasado, não terá oportunidade de entender seu caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De acordo com art. 27, menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. A menor idade penal fornece razões para ter a causa de exclusão da imputabilidade, incluindo a expressão "desenvolvimento metal incompleto".

É compreensível que a capacidade intelectual e vontade e consciência da ilicitude. Isso garante que é no momento da ação que deve existir a imputabilidade, visto que só na ocorrência de causa de exclusão pela qual uma pessoa é classificada como inimputável, temos como meios de exclusão: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriaguez incompleta. A doença mental, por definição, muda a personalidade de uma pessoa, quanto mais avançada a doença, maior a alteração da personalidade dentre os métodos utilizados no diagnóstico, doenças mentais, é uma análise da linguagem do paciente, sua atenção, atenção sua inteligência e pensamento crítico.

A imputabilidade penal e esboça os motivos que levam à exclusão dela, por se tratar de um instituto importantíssimo da justiça penal. Ao longo da história, houve importantes mudanças nesta área do direito, e enquanto a sociedade e os valores mudam, a lei (embora não frequentemente) acompanha essas mudanças, ou seja, como um juiz em um processo criminal decide se o agente cometeu a ação com plena capacidade física e mental.

2 IMPUTABILIDADE NO PROCESSO PENAL

Com a análise da imputabilidade penal, onde o agente é isento de pena ao cometer fato típico e ilícito, sabe-se que é possível adquirir doença mental após a ação criminosa, como no curso do processo penal, ou até mesmo no cumprimento da pena.

Conforme o critério psicológico, a imputabilidade só ocorre quando o agente, ao tempo do crime, encontra-se privado de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento. Neste sistema, não há necessidade que a incapacidade de entender ou querer derive de uma causa mental preexistente.

Finalmente para o critério biopsicológico, ou misto, adotado pelo Código Penal, a imputabilidade decorre da junção dos dois critérios anteriores, sendo inimputável o sujeito que ao tempo do crime, apresenta uma causa mental deficiente. Poderá, ainda, o exame ser ordenado na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente, segundo o disposto no art.149, § 1º, do CPP.

Nota-se que em todos os casos é o juiz quem determina a instauração do incidente. Se for determinada de ofício, o juiz despachará, nos autos principais, nomeando curador (que pode ser o próprio defensor) ao réu ou indiciado e, em seguida, baixará portaria, determinando o exame e nomeando dois peritos de sua confiança. Para ser averiguada a inimputabilidade, dentro do processo penal, é necessária a abertura de incidente, consistente no exame médico legal do acusado pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado

Reconhecida a inimputabilidade penal do acusado, o juiz deverá proferir sentença absolutória, na forma do artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal. Para parte da doutrina a sentença absolutória, aplicada ao inimputável por doença mental, é considerada como absolutória imprópria, pois lhe será aplicada a medida de segurança, nesse sentido é de suma importância destacar as palavras de Tourinho Filho (2013, p. 207) sobre o tema:

Imponiendole por ello uma pena a uma medida de seguridad (cf. Derecho mexicano, p. 458). Entretanto, no nosso Código, ela se insere entre as absolutórias, mas a doutrina, sem perdoar o legislador, prefere denominá-la sentença absolutória imprópria, para distingui-la da genuína absolutória, pela qual se desacolhe a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória, sem que possa o juiz, sequer, aplicar medida de segurança.

Desta forma, caracterizada está, pelo próprio sistema penal e processual penal, a similitude entre as penas propriamente ditas e as medidas de segurança, na medida em que ambas são aplicadas por intermédio da sentença.

2.1 Inimputabilidade Penal e suas Causas

Embora algumas pessoas não saibam, o direito penal opera com base no princípio da "última ratio". Em outras palavras, é o último recurso que o Estado utiliza como critério de condenação para um crime específico. Ressalta-se que o princípio se aplica apenas quando a legislação brasileira é ineficaz ou faltam outras partes. Independentemente da prerrogativa estatal de "jus puniendi", a parte considerada culpada é garantido o direito constitucional ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. De acordo com o artigo 5º (LIV) da Constituição Federal de 1988:

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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A partir da compreensão do que é a acusação de um crime, e que se necessita do devido processo legal para a efetividade da condenação, podemos dar um exemplo de isenção de pena

Art. 26 do Código Penal - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O mesmo artigo trata da redução da pena quando há existência da perturbação a saúde mental do acusado:

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O dispositivo prevê uma base biológica, que utiliza da expressão “perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. De acordo com o Código, a expressão “doença mental”, utilizada no art. 26, “caput”, refere-se à incapacidade total, sendo que a “perturbação da saúde mental”, prevista no parágrafo único do referido art. 26, significa apenas uma incapacidade parcial. Se toda doença é uma perturbação da saúde mental, a recíproca não é verdadeira, nem toda perturbação mental constitui doença mental.

O Código também usa o sistema biopsicológico, exigindo, para o reconhecimento da semi-imputabilidade, a presença de dois requisitos: a) Base biológica: perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto ou então embriaguez completa ou acidental; b) Base psicológica: diminuição da capacidade de entender ou de querer.

Pode-se verificar que na inimizabilidade e semi-imimizabilidade é comum a existência de um transtorno mental. Ambas afetam a capacidade de autodeterminação, porém, suas diferenças são básicas: na inimizabilidade o agente se considera inteiramente privado da capacidade de autodeterminação; enquanto, que na semi-imimizabilidade, a capacidade de autodeterminação encontra-se diminuída.

Na inimizabilidade a única sanção cabível é a medida de segurança, ao passo que na semi-imimizabilidade o magistrado pode aplicar pena reduzida ou medida de segurança, conforme a necessidade do agente. A expressão “imizabilidade diminuída” não indica ausência de responsabilidade, uma vez que o semi-imizável é penalmente responsável, sendo submetido às consequências penais da prática do crime.

O agente que é capaz, ou seja, que tenha o discernimento psíquico necessário para entender a antijuridicidade do fato praticado ou, ainda, como se denota do art. 26 e 27, do Código Penal brasileiro, que o agente possua, ao tempo da ação ou omissão, a rigidez biopsíquica necessária para a compreensão do injusto e para orientar-se de acordo com isso e, também, que tenha completado 18 anos. Com efeito, segundo a lei os menores de 18 anos são imizáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial. Logo, a questão não é de imizabilidade (capacidade de culpa), pois os menores estão fora do Direito Penal e não podem, tecnicamente, ser autores de fatos puníveis. Contudo, mesmo considerando imizáveis os menores de 18 anos, a legislação Pátria não permite que estes fiquem impunes quando cometam atos infracionais.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente imizáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Também os que cometem crime em estado de emoção ou paixão como dia o inciso I ou de embriaguez completa perdendo a capacidade total do entendimento, motivado por caso fortuito ou de força maior. Mesmo nestes casos, a isenção de pena ocorre apenas se o agente estiver privado completamente sua capacidade de entender o que está fazendo.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II : a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Depois de analisar a perseguição e a punição criminal, entender e valorizar essas duas instituições é sempre crucial para entender a aplicabilidade do direito penal, a compreensão da criminologia e da política na sociedade. A competência e finalidade do Estado não é punir uma sociedade que viola a Constituição, mas assegurar o controle social e um julgamento justo dos acusados e inocentes.

E são três os critérios para identificar a inimputabilidade do agente. O critério biológico basta somente à presença de um problema mental representado por uma doença, ou pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Critério psicológico é se mostrar incapacitado para entender o caráter ilícito do fato ou determinar de acordo com esse entendimento. Cabe ao magistrado verificar tal fator. Critério biopsicológico resulta da fusão dos dois anteriores.

Diante da presunção de imputabilidade, conjuga os trabalhos do perito e do magistrado, analisa, ao tempo da conduta, se o agente era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento.

2.2 As Decisões em Relação a Imputabilidade

No que se refere imputabilidade, em consulta ao site do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente a jurisprudência brasileira, para a realização desse estudo, constatou mais de 10000 resultados. Dessa forma, apresentam-se algumas decisões e acórdãos que se encontram expostas na jurisprudência em relação aos casos que se julgaram ser imputabilidade penal.

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. COMPANHEIRA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. **IMPUTABILIDADE**. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA DA PENA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Estando, pelo conjunto probatório, configuradas a materialidade e a autoria do crime de lesão corporal contra a então companheira, em contexto de violência doméstica, tudo confirmado pelo laudo de exame de corpo de delito, a condenação é medida que se impõe. 2. Demonstrada a **imputabilidade** do acusado por meio de incidente de insanidade mental, conclui-se que ele possuía a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento no momento do crime. 3. Não há falar em novo incidente de insanidade mental ou nova perícia se o laudo oficial não deixa qualquer margem para dúvida acerca da ausência doença mental no periciando. 4. O fato de o acusado submeter-se a tratamento por dependência química e possuir histórico de internação em clínicas especializadas não acarreta a presunção de que seja inimputável, tampouco infirma a conclusão do perito acerca da **imputabilidade** atestada no incidente de insanidade mental. 5. O pedido de gratuidade de justiça deve ser decidido pelo Juízo da Execução Penal, a quem cabe avaliar a situação econômica do réu. 6. Recurso conhecido e não provido.

Nesta ementa acima o fato de o acusado submeter-se a tratamento por dependência química e possuir histórico de internação em clínicas especializadas não acarreta a presunção de que seja inimputável, tampouco infirma a conclusão do perito acerca da imputabilidade atestada no incidente de insanidade mental, o autor sabia do que estava fazendo.

Para aferição da inimputabilidade não é importante observar se o agente tinha capacidade para entender sua atitude ilícita ou de se comportar de acordo com esta vontade, esta inimputabilidade é absoluta por presunção, de modo que o menor de idade é considerado incapaz. Trata-se de uma presunção absoluta de inimputabilidade que faz com que o menor seja considerado como tendo desenvolvimento mental incompleto em decorrência de um critério de política criminal. Implicitamente, a lei estabelece que o menor de 18 anos não é capaz de entender as normas da vida social e de agir conforme esse entendimento.

Em relação ao dia em que a pessoa atinge a maioridade penal, cabe analisar as jurisprudências dominantes abaixo:

RECURSO ESPECIAL. CRIME COMETIDO NO DIA EM QUE O AGENTE COMPLETOU 18 ANOS. IMPUTABILIDADE. 1. É imputável o agente que cometeu o delito no dia em que completou 18 anos, a despeito

de ter nascido em fração de hora inferior ao exato momento do crime. 2. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp: 133579 SP 1997/0036461-5, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 29/03/2000, T6 -SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/06/2000 p. 217 JBC vol. 46 p. 198 LEXSTJ vol. 133 p. 378 RT vol. 782 p. 551) PENAL - CRIME COMETIDO NO DIA EM QUE O AGENTE COMPLETOU DEZOITO ANOS - IMPUTABILIDADE PENAL RECONHECIDA - MENORIDADE - DEFINIÇÃO. - CONSIDERA-SE PENALMENTE RESPONSÁVEL, O AGENTE QUE COMPLETOU DEZOITO ANOS NO DIA DA PRÁTICA DO CRIME. - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ - REsp: 90105 GO 1996/0015086-9, Relator: Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 02/09/1997, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.10.1997 p. 50025 JBC vol. 46 p. 196 RDJTJDF vol. 53 p. 143 RMP vol. 8 p. 471 RSTJ vol. 104 p. 450)

Sendo assim, no dia em que o agente completa dezoito anos, já se torna considerado imputável, não importa a hora que o indivíduo tenha nascido. Conforme dispõe o art. 10, do Código Penal, inclui-se no cômputo do prazo o dia do começo, sendo aplicado ao nascimento da criança, de modo que no dia em que ela completa dezoito anos, esta é considerada imputável, sendo que o art. 27 abrange apenas os menores de dezoito anos.

Segundo o art. 4º, do Código Penal, considerar-se-á o crime praticado no momento da ação ou da omissão típica. Deste modo, mesmo que o resultado do crime ocorra após o agente completar dezoito anos, não poderá ser responsabilizado, pois à época da data do fato típico, o indivíduo era inimputável. No que tange aos crimes permanentes, embora no dia do início de sua conduta o agente seja inimputável, se a consumação do delito se prolongar após o agente completar dezoito anos, poderá ser responsabilizado. Para que o agente comprove que é menor de idade, é necessário apresentar a certidão do termo de registro civil.

Caso haja dúvidas a respeito da menoridade do réu, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro reu*, absolvendo o acusado. Por derradeiro, a parte final do art. 27, do Código Penal ressalta que os menores de idade devem ser submetidos à legislação especial, sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), conhecido como "ECA"

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os inimputáveis são pessoas que não tem completamente capacidade de entender o certo errado, o lícito e o ilícito e para os que cometem crimes tem punição pelos seus

atos, há também algumas leis para essas pessoas, e divisões para as responsabilidades como civis, penais entre outras.

O próprio Código Penal apresenta as causas que, estando presentes, excluem a imputabilidade penal, e por consequência a culpabilidade, descaracterizando o crime, sendo elas: o desenvolvimento incompleto ou retardado, a doença mental, a emoção ou paixão, a embriaguez fortuita completa e a menoridade.

Se o agente for parcialmente culpado de acordo com o artigo 98 do Código Penal, a depender da perícia do perito e do entendimento do juiz, a pena poderá ser substituída por medida de segurança garantida pelo parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, porque, embora pareça dotado de sã faculdade mental, carece de plena capacidade para compreender a ilicitude do fato.

Diante de todas as pesquisas ainda há muito o que melhorar em termos de tratamento e ressocialização para que sejam tratados e supervisionados de forma mais humana e assim reintegrarem à sociedade sem riscos.

O estudo da culpabilidade torna-se importante, uma vez que é através do conceito de crime, que ao analisar a conduta do agente, poderá esclarecer se seu comportamento foi típico, antijurídico e culpável, de modo que caso não estejam presentes um desses elementos, a conduta do agente não será considerada crime e este não será responsabilizado pelo ato que praticou.

REFERÊNCIAS

CÓDIGO PENAL, 1940. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm#:~:text=Circunst%C3%A2ncias%20incomunic%C3%A1veis,Art.,salvo%20quando%20elementares%20do%20crime.> Acesso em 20 maio 2023

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 22 maio 2023

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed, ver., atual. e ampl. São Paulo: 2013, p. 207.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO MICROSSISTEMA DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

FERNANDO PELEGRINA ROSSETO:
Mestrando em Direito no Núcleo de Pesquisa em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 38

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação nas relações consumeristas, apresentando as teorias maior e menor acerca do tema, a maneira como a jurisprudência acompanha o tema e a importância da criação de microssistemas normativos que disciplinem a matéria de maneira mais adequada a determinadas relações jurídicas

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica; Consumidor; Código de Defesa do Consumidor; Microssistemas Normativos.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que, em suma, dá a oportunidade do patrimônio privado do sócio de determinada pessoa jurídica ser utilizado para o pagamento de dívidas da pessoa jurídica. Ou seja, estende a responsabilidade para as pessoas físicas que constituem a pessoa jurídica atacada, preenchidos determinados requisitos.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é tema tão presente no cotidiano jurídico que, ao fazer uma pesquisa de jurisprudência no site do Superior Tribunal de Justiça com o termo “desconsideração da personalidade jurídica” citado na Ementa, é possível encontrar 1.053 acórdãos e 20.191 decisões monocráticas que pelo menos citam o tema.

Diante do capitalismo selvagem moderno que vivemos e do consumo exacerbado provindas de uma sociedade de consumo, os fornecedores abusam da posição de hipossuficiência do consumidor, visando um lucro cada dia maior, prejudicando os consumidores. O Código de Defesa do Consumidor busca alterar essa desigualdade ao disciplinar a desconsideração da personalidade jurídica.

38 E-mail: fernando@rggadv.com.br

Primeiramente o presente estudo abordará os conceitos de ônus probatório e da desconsideração da personalidade jurídica a partir dos estudos de Rubens Requião e da doutrina do "disregard"; utilizando, ainda, do conceito da distribuição dinâmica do probatório feito pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano.

Serão abordadas a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica presente no artigo 50 do Código Civil, que exige o abuso da personalidade jurídica, seja por confusão patrimonial ou desvio de finalidade, utilizando os estudos de Fabio Konder Comparato, e a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, presente no artigo 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor, que permite a desconsideração da pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Ainda teremos a análise jurisprudencial do caso da explosão do Shopping Center de Osasco em 1996 ocorrida por um vazamento de gás que deixou 46 mortos, observando a aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, analisaremos as possibilidades de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no CDC e a relação entre o CDC e o Código Civil de 2002, em relação ao tema, e a importância da criação de microsistemas normativos que disciplinem a matéria de maneira mais adequada a determinadas relações jurídicas

Logo, o presente artigo de longe não objetiva esgotar ou exaurir a questão diante da doutrina e jurisprudência que a desconsideração guarda em si mesma, mas sim, busca a discussão de temas importantes e relevantes para a área das relações de consumo.

2. O ÔNUS DA PROVA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A produção do conjunto fático-probatório é um dos assuntos mais polêmicos e de extrema relevância quando se pensa em uma relação processual, dado que através desses elementos levados ao juiz, para a busca da verdade real das alegações apresentadas pelas partes, se proferirá uma decisão justa e fundamentada.

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica, no Brasil, o tema foi introduzido por Rubens Requião, o qual publicou, na Revista dos Tribunais, uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, confira-se:

"Com efeito, o que se pretende com a doutrina do "disregard" não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para

prejudicar credores ou violar a lei (fraude). “Se se abusa de uma sociedade para fins alheios a sua razão de ser, escreve o mesmo jurista, a “disregard doctrine”, evita que o direito tenha que sancionar tão temerária empresa. Com isto no fundo não se nega a existência da pessoa, senão que se a preserva na forma com que o ordenamento jurídico a tem concebido”. E assim formula Serick o axioma de quem nega a personalidade é quem dela abusa, pois quem luta contra semelhante desvirtuamento é quem a afirma. (REQUIÃO, 1969, p. 17)

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma a legislar acerca do tema no Brasil em 1990³⁹, aplicando-se a teoria menor que seria posteriormente descrita e definida por Fabio Ulhoa, em 2003. Ressalte-se que, em 2002, o enunciado n.º 51 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, deixou claro e determinou que a implementação da desconsideração no Código Civil de 2002 não iria modificar o que já havia sido tratado em legislações micro como o Código de Defesa do Consumidor, e nem a jurisprudência sobre o tema, visto que apresentaria uma teoria diferente daquela anteriormente apresentada:

“Enunciado 51 do CJF – Art. 50: a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.”

O anteprojeto do Código Civil previa em seu artigo 49 a dissolução da pessoa jurídica nos casos em que se verificasse vício ou fraude cometida pelos sócios em nome da pessoa jurídica, o que foi considerado um radicalismo e não prosperou para o Código Civil de 2002, tendo como a redação atual a seguinte:

Art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

³⁹ § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Logo, podemos definir o instituto da desconsideração da personalidade jurídica como uma suspensão episódica da eficácia da personalidade jurídica causada por fraudes ou vícios dos sócios, utilizando a pessoa jurídica para obter tais vantagens.

Ademais, diante da definição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é necessário definir e relacionar com o ônus probatório. O histórico do ônus probatório no direito brasileiro se inicia com a teoria estática, segundo a qual cabe ao autor provar os fatos constitutivos do direito pleiteado na petição inicial; e ao réu, os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do aludido direito.

O Código de Processo Civil de 1973 determinava em seu artigo 33340 e incisos a aplicação da teoria estática do ônus probatório, limitando qualquer convenção que aplicasse de maneira diversa o ônus probatório. No entanto o Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 37341 adotou regras estáticas para a generalidade dos casos e abriu exceção para situações particulares em que admitiu a flexibilização.

Entretanto, a teoria dinâmica adotada no código processual de 2015 deriva das pesquisas realizadas pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano, o qual contestou a teoria

40 Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

41 Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

majoritária, contrapondo-a com a convicção de que o ônus da prova não deve recair exclusivamente sobre quem alega, mas sim ao contrário, o autor sustentava que a responsabilidade de comprovar os fatos deveria ser atribuída àquele que pudesse produzir a prova de maneira mais fácil e sem maiores contratempos.

Peyrano compreendia que não é imprescindível estabelecer uma regra estrita para a distribuição dos encargos probatórios, mas sim permitir, em caráter excepcional, a divisão desse ônus nas circunstâncias em que as normas tradicionais são insuficientes ou inaplicáveis de forma satisfatória.

Logo, a teoria de Peyrano aplicada ao direito brasileiro fundamenta-se em três princípios basilares, (i) cooperação, (ii) igualdade formal das partes, (iii) poderes instrutórios do magistrado. Assim, compreende-se que com advento da teoria de Peyrano, e o legislador brasileiro ao elaborar artigo normativo levou consideração três hipóteses de aplicação da carga dinâmica da prova: (a) nos casos previstos em lei; (b) as peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo; c) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.⁴²

Nas palavras de Peyrano:

“A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do onus probandi, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, verbi gratia, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos” (PEYRANO, 2004, pp. 19-20)

Assim, o termo ‘inversão do ônus da prova’ é utilizado de maneira errônea, mesmo sendo consagrado na doutrina e na jurisprudência, visto que, caso invertêssemos o ônus probatório, imputaríamos ao réu provar os fatos constitutivos do direito pleiteado pelo autor e ao autor os fatos extintivos, modificativos e impeditivos alegados pelo réu.

42 THAMAY, Renan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. RJLB, ano 2, n. 4, 2016. p. 1461-1462.

No que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica, as relações de consumo são a exceção, já que há o caráter protetivo e de vulnerabilidade do consumidor, o ônus da prova será invertido. Isso ocorre dado as compreensíveis dificuldades do consumidor para encontrar provas acerca da pessoa jurídica, ora fornecedor, tendo o juiz uma posição menos rígida possibilitando efetividade ao direito introduzido pelo Código, garantindo-se, por meio da inversão do ônus da prova logo, no momento da decisão saneadora, a desconsideração da personalidade jurídica para fazer cumprir o ressarcimento do dano sofrido pelo consumidor.

Consequentemente, quando se discute a responsabilidade pela prova em situações de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude perpetrada pelo devedor ou pelos sócios da pessoa jurídica devedora é um elemento constitutivo do direito do credor, que busca o pagamento, em situações excepcionais, por meio do patrimônio pessoal dos sócios.

Portanto, a grande relação entre o ônus probatório e a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica aplicada, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, que qualquer obstáculo que impeça o ressarcimento dos prejuízos requeridos pode ser alterado, podendo, então, alterar o ônus probatório que naturalmente seria do autor, para o réu, no caso o fornecedor, conforme versa o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor⁴³.

Como será descrito nos capítulos a seguir, a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica é utilizada no Código de Defesa do Consumidor, em suma, para suprir a hipossuficiência existente nas relações consumeristas entre o consumidor e o fornecedor.

3. A TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica está presente no artigo 50 do Código Civil, supracitado. Tal teoria é a regra geral do sistema jurídico brasileiro, que determina que este instituto não pode ser aplicado apenas com a mera demonstração da insolvência da pessoa jurídica para que haja o cumprimento de determinada obrigação. Deverá o credor também provar que houve o desvio de finalidade da sociedade ou a confusão patrimonial dos bens da empresa e os do sócio que deverá ser responsabilizado, convergindo com o Código de Defesa do Consumidor, visto que há

43 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

a possibilidade de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em caso de abuso, como determinado no artigo 28 do CDC que será destrinchado adiante.

A teoria maior ainda se divide em objetiva e subjetiva. Para a teoria objetiva, a confusão patrimonial é pressuposto necessário e suficiente para a desconsideração, sendo apenas necessária a constatação da existência de bens do sócio registrados pela sociedade e vice-versa, teoria defendida por Fabio Konder Comparato. A teoria subjetiva não prescinde, todavia, do elemento anímico presente nas hipóteses de desvio de finalidade e de fraude, sendo pressuposto inafastável para a desconsideração da personalidade jurídica o abuso desta. (GONÇALVES, 2016. P.216).

Ainda é possível observar a aplicação da teoria defendida por Fabio Konder Comparato (teoria objetivista), nos casos que envolvem a desconsideração da personalidade jurídica, utilizando a teoria maior, conforme determina Fabio Ulhoa Coelho, em sua obra:

O pressuposto da desconsideração, já se viu, é a ocorrência de fraude perpetrada com o uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Esta, que é a formulação mais corrente da teoria, dá, pois, relevo à presença de elemento subjetivo. Fábio Konder Comparato propôs uma formulação diversa, em que os pressupostos da desconsideração da autonomia da sociedade são objetivos, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social. Por essa razão, é possível chamar a primeira de concepção subjetivista e esta última de concepção objetivista da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. (COELHO, 2020. P.80)

O Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a aplicação doutrinária da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, vem decidindo que para a utilização do artigo 50 do Código Civil, é necessária a comprovação do abuso, sendo que apenas a dissolução irregular da empresa, sem a devida baixa na junta comercial, por si só, não gera a desconsideração da personalidade jurídica, devendo haver intenção ilícita e fraudulenta, confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DOS AGRAVANTES.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "para aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica

(art. 50 do CC/2002), exige-se a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem mesmo em casos de dissolução irregular ou de insolvência da sociedade empresária." (Resp 1572655/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018).

2. Alterar a conclusão da Corte de origem no sentido de que não ficou demonstrada a presença dos requisitos autorizadores da desconsideração exigiria a reapreciação do conjunto probatório dos autos, o que é inviável e sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 2.120.681/MS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 29/9/2022.)

(GRIFOS NOSSOS)

Logo, é possível observar que há uma dificuldade aplicada para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, visando proteger o patrimônio do sócio e apenas desconsiderando sua empresa e utilizando seu patrimônio apenas em casos específicos e definidos pela legislação.

De acordo com o art. 50 do Código Civil (CC), para haver a desconsideração da personalidade jurídica, é preciso que seja preenchido o seguinte requisito: "abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial". Juntamente com o artigo 134 do CPC é possível requerer que seja instaurado o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em qualquer momento do processo de execução ou conhecimento, logo apenas é necessário que sejam respeitados os requisitos do artigo 50 do CC.

4. A TEORIA MENOR E SUA APLICAÇÃO NO MICROCOSMO CONSUMERISTA

Para entendermos a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica é necessário considerar que o consumidor é o polo hipossuficiente da relação de consumo, e a legislação consumerista busca compreender e proteger a parte hipossuficiente. Diante disso, e sabendo que as normas presentes no microcosmo consumerista são de ordem pública e de interesse social, aplica-se a teoria menor que é definida por Carlos Roberto Gonçalves:

“a teoria menor, que considera o simples prejuízo do credor motivo suficiente para a desconsideração. Esta última não se preocupa em verificar se houve ou não utilização fraudulenta do princípio da autonomia patrimonial, nem se houve ou não abuso de personalidade. Se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela” (GONÇALVES, 2016. P. 216)

O legislador, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, adotou uma técnica em contraponto aos códigos do século XIX, que normatizaram as grandes áreas do direito, que deixavam de atender determinadas relações jurídicas que necessitavam de tutela jurisdicional mais eficaz. No início do século XX, os microssistemas que tratavam de especificidades não presentes nos grandes códigos começaram a ser normatizados, sendo que um dos microssistemas que alcançou maior destaque normativo foi o Código de Defesa do Consumidor, por ser aplicável às relações jurídicas de consumo, que representam importante modalidade de atividade econômica.

Fernando Borges da Silva leciona acerca do microssistema normativo, confira-se:

“O que faz do CDC um microssistema normativo eficiente são os princípios em que se funda. Tais princípios se irradiam diretamente da Constituição Federal e dão ao consumidor um tratamento diferenciado em razão da natureza das relações jurídicas que envolvem os atores desse tipo de relação em uma economia de mercado. Essas peculiaridades do CDC são, em regra, inaplicáveis a relações jurídicas subordinadas às normas gerais (Código Civil, Comercial, Código de Processo Civil etc.)” (DA SILVA, 2005)

O legislador consumerista busca tratar de maneira diferente consumidor e fornecedor na tentativa de estabelecer uma igualdade entre as partes, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em seu artigo 4º, I, do CDC⁴⁴. O reconhecimento do consumidor como parte vulnerável da relação de consumo não deve ser entendido como um privilégio ou um status, mas sim como uma preocupação com a redução das desigualdades nas relações consumeristas.

⁴⁴ **Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

Diante disso, o legislador do microssistema consumerista na tentativa de estabelecer igualdade entre as partes da relação e, naturalmente, o equilíbrio processual, admite a inversão do ônus probatório em favor do consumidor, para que haja a facilitação de defesa de seus direitos quando a alegação for verossímil ou dada a sua hipossuficiência em seu artigo 6º, IV, do CDC⁴⁵. Tal preocupação também pode ser extraída do Artigo 47 do CDC, que estabelece que a interpretação das cláusulas contratuais deverá ser sempre feita em favor do consumidor⁴⁶.

A Constituição Federal do Brasil defende o consumidor devido a sua posição de vulnerabilidade no seu artigo 5º, XXXII, dizendo que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Neste sentido, a doutrina consumerista leciona acerca da norma protetiva ao consumidor:

No Brasil, pois, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (Wertsystem) e é um direito subjetivo fundamental (art. 5º, XXXII), guiando – e impondo – a aplicação ex officio da norma protetiva dos consumidores, a qual realize o direito humano (efeito útil e pro homine do status constitucional); esteja esta norma no CDC ou em fonte outra (art. 7º do CDC). (MARQUES, 2010, p.70)

Ainda, sabendo da vulnerabilidade do consumidor, a desconsideração da personalidade jurídica, nos casos em que se tratar de relações de consumo, poderá ser iniciada e deferida ex officio, visto que os princípios e normas presentes no CDC são de ordem pública e de interesse social, criados, portanto, com o intuito de se preservarem pilares essenciais da sociedade.

O ressarcimento ao consumidor é de interesse social na medida em que a atuação do magistrado serve para mitigar a vulnerabilidade existente, promovendo o equilíbrio entre as partes, efetivando o instituído no artigo 5º, XXXII da CF (GARCIA, 2017).

Logo, ao observarmos que há a tentativa de tornar as relações de consumo pelo legislador e por conseguinte há a aplicação da teoria menor da desconsideração da

45 **Art. 6º** São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

46 **Art. 47.** As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

personalidade jurídica, o legislador determina por texto normativo tal aplicação que difere da regra geral aplicada nas demais relações privadas, confira-se:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Um dos casos mais emblemáticos da utilização da teoria menor por insolvência da pessoa jurídica, foi o da explosão do Shopping Center de Osasco, que teve por relatoria a Ministra Nancy Rodrigues. Conforme ementa da decisão do Recurso Especial n.º 279.273-SP:

“Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. **Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor.** Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - **Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.** - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - **A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso**

ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos. (Grifos nossos)

No caso da explosão do Shopping de Osasco, a desconsideração da personalidade jurídica ocorreu não por abuso de direito ou ato ilícito, mas sim por ser a personalidade jurídica um obstáculo aos consumidores para o ressarcimento dos danos causados, utilizando do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, como descrito adiante.

No caso em tela, houve a discussão se os transeuntes que estavam frequentando as dependências do shopping no momento da explosão poderiam ser considerados consumidores perante o Código de Defesa de Consumidor. A Ministra Relatora Nancy Andrighi, entendeu que sim, há relação de consumo entre o shopping e os frequentadores, visto que esses são considerados potenciais consumidores.

Ainda, é possível observar a utilização da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica em matéria ambiental, podendo ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente, conforme o artigo 4º da Lei 9605/98. Tal opção legislativa tem como objetivos a preservação ambiental e a efetiva recuperação da área degradada pela pessoa jurídica objeto da desconsideração.

5. POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CDC E A RELAÇÃO ENTRE O CDC E O CÓDIGO CÍVEL DE 2002

O caput do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor menciona as possibilidades para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. O primeiro seria o abuso de direito, que segundo Pedro Martins Batista, todas as vezes em que um titular de um direito escolhe o que é mais danoso a outrem, não sendo mais útil para si ou adequado ao espírito da instituição, está cometendo um ato abusivo (BATISTA, 2006).

Adiante, o caput do artigo 28 do CDC ainda demonstra que quando houver a infração da lei, que se caracteriza de um ato que literalmente viole o dispositivo legal, segundo a Professora Maria Helena Diniz, “o ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão”.

Flavia Maria Clápis, leciona sobre a matéria:

A violação do estatuto ou do contrato social acontecerá quando houver prática de atos que ultrapassem o objeto social disposto em contrato. Na verdade, infração à lei, fato ou ato ilícito, e violação dos estatutos ou contrato social também tratam de responsabilidade pessoal e direta do administrador e não de casos de desconsideração, sendo erroneamente inseridos como pressupostos para aplicação da desconsideração (CLÁPIS, 2006, p 128)

Ainda, é possível observar o excesso de poder que é usado para indicar todo ato que é praticado por uma pessoa, em virtude de mandato ou função, fora dos limites da outorga ou da autoridade que lhe é conferida⁴⁷.

No entanto, ao continuarmos analisando o caput do artigo 28 é possível observar a citação de “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade por má administração”, sendo que tais pontos não seriam possibilidades da desconsideração da personalidade jurídica, mas sim responsabilização direta e pessoal do administrador.

Por fim, o §5º do referido artigo dispõe: “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, tendo o único pressuposto de imputar responsabilização aos sócios e administradores sempre que o consumidor, hipossuficiente, se sinta lesado junto ao fornecedor.

⁴⁷ Definição concedida pelo glossário do Conselho Nacional do Ministério Público.

No momento em que o parágrafo 5º foi adicionado à lei, houve muita divergência doutrinária acerca dele, pois, a princípio, ele contraria o que o caput do referido dispositivo determina, retirando todo e qualquer limite os pressupostos presentes no caput do artigo, o tornando sem sentido, para alguns. Portanto, a jurisprudência limita os excessos da legislação e utiliza uma interpretação compatível com a proteção do consumidor.

Claudia Lima Marques, em conjunto com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, em sua obra Comentários ao Código de Defesa do Consumidor comenta, acerca do §5º do artigo 28 do CDC, demonstra que tal entendimento já é consolidado no Brasil, confira-se:

Personalidade jurídica como obstáculo à satisfação do consumidor: A previsão ampla, englobando todas as hipóteses detectadas no direito comparado e na experiência jurisprudencial brasileira sobre o tema, deixa bem clara a opção legislativa pela proteção do consumidor através da desconsideração sempre que a "personalidade" atribuída à sociedade for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor. (BENJAMIN, MARQUES; 2013; p. 740)

O Superior Tribunal de Justiça no AgRg no Ag 1342443/PR demonstra tais limites, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - SÚMULA 283/STJ - REQUISITOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR - PRECEDENTE - RECURSO IMPROVIDO.

(AgRg no Ag n. 1.342.443/PR, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/5/2012, DJe de 24/5/2012.)

(CONSIDERAÇÕES DO MINISTRO) (MIN. MASSAMI UYEDA)

É possível a desconsideração da personalidade jurídica com base no artigo 28, §5º, do CDC, na hipótese em que comprovada a insolvência da empresa, pois tal providência dispensa a presença dos requisitos contidos no caput do artigo 28, isto é, abuso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos

estatutos ou contrato social, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, sendo aplicável a teoria menor da desconsideração, subordinada apenas à prova de que a mera existência da pessoa jurídica pode causar, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (grifos nossos)

Logo, a desconsideração da personalidade jurídica foi adaptada no Código de Defesa do Consumidor para garantir a reparação dos danos causados a estes, visto que, anteriormente à aplicação de tal teoria, os fornecedores usavam a figura da pessoa jurídica para acobertar as práticas abusivas e ilícitas. Como anteriormente descrito, foi a primeira vez que o Direito legislado acolheu a teoria da desconsideração sem levar em conta a fraude ou o abuso de direito.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil têm uma relação importante acerca do tema da desconsideração da personalidade jurídica. Ambos os códigos abordam a possibilidade de desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus sócios ou administradores em certas situações

O Código Civil utiliza da teoria maior em seu artigo 50, exigindo a comprovação do abuso que fora caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial para fins de desconsideração da personalidade jurídica, já o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, especificamente no §5º, não exige qualquer prova de fraude ou abuso de direito e confusão patrimonial, visto que, basta apenas o consumidor demonstrar o estado de insolvência do fornecedor ou de que a personalidade jurídica deste seja um empecilho para o ressarcimento dos prejuízos causados.

Assim, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Código Civil preveem a desconsideração da personalidade jurídica como forma de proteger os consumidores e terceiros lesados por práticas abusivas ou fraudulentas realizadas por meio de uma pessoa jurídica. Essa medida permite que os sócios ou administradores sejam responsabilizados pelos danos causados, evitando que utilizem a pessoa jurídica como uma barreira para atingir seus bens.

CONCLUSÃO

Conclui-se, diante dos argumentos apresentados neste artigo, que a proteção ao consumidor é uma preocupação da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional importante para diminuir as desigualdades nas relações consumeristas do direito privado.

A questão da distribuição dinâmica do ônus probatório fora incluída nesse estudo pelo simples fato da necessidade de demonstrar que há conexão significativa entre o ônus probatório e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em particular quando aplicada no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, caso haja algum obstáculo que dificulte a reparação dos danos solicitados, é possível alterar a distribuição do ônus probatório que normalmente seria do autor para o réu, ou seja, deverá o fornecedor provar dada a hipossuficiência do consumidor, conforme estabelecido pelo artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Diante disso, teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica no contexto consumerista é aplicada devido à dificuldade do consumidor em provar a gestão irresponsável da pessoa jurídica. É essencial ressaltar que a teoria maior, presente no Código Civil, é a regra nas relações do direito privado, mas a teoria menor, presente no Código de Defesa do Consumidor, auxilia a parte hipossuficiente nas relações consumeristas.

Assim sendo, a partir do momento que o consumidor se sentir lesado ou prejudicado pelo fornecedor, este poderá demandar judicialmente contra aquele que o prejudicou. Considerando que o fornecedor seja pessoa jurídica, e que por isso surgem dificuldades para a reparação de danos, deve o juiz aplicar a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, estendendo a responsabilidade para seus sócios e também estendendo a tutela efetiva do consumidor.

A normatização geral e abrangente apresentada por grandes códigos, como o Código Civil, nem sempre é suficiente para tratar de relações jurídicas específicas, e os microsistemas normativos, como o Código de Defesa do Consumidor, são necessários devido à sua especificidade e peculiaridade. Portanto, é necessário entender que a proteção ao consumidor é crucial para garantir a justiça e a igualdade nas relações jurídicas consumeristas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Hayna. A Desconsideração da Personalidade Jurídica – Modalidade e Possibilidade. 2013

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002

CARPES, Artur Thompsen. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2010.

CLÁPIS, Flávia Maria de Moraes Geraigire. Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo, 2006

COELHO, Fábio Ulhoa. Novo Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa / Fábio Ulhoa Coelho. -- 31. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva.

GARCIA, Leonardo de Medeiros - Desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-02/garantias-consumo-incidente-desconsideracao-personalidade-juridica-relacoes-consumo> Acesso em: 19/06/2023

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil I – Esquematizado; parte geral; obrigações e contratos. Coordenado Pedro Lenza. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2016

LOPES, João Batista. Ônus da prova. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/461/edicao-2/onus-da-prova>

LOURENÇO, Haroldo Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS. Pedro Batista. Abuso do direito e o ato ilícito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

PEYRANO, Jorge W. De la Carga Probatoria Dinámica Embozada a Su Consagración Legislativa. In Cargas Probatorias Dinámicas. Dir. Jorge W. Peyrano. Coord. Inés Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culzoni Editores, 2008

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. Cargas probatorias dinámicas. 1ª ed. Coordenação: Inés Lépori. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004

REQUIÃO, Rubens. ABUSO DE DIREITO E FRAUDE ATRAVÉS DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). Revista dos Tribunais RT 410/12 dez./1969

ROCHA, Gustavo Ribeiro. Os Limites da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Dom Helder Revista de Direito, v. 1, n. 1, Setembro/Dezembro de 2018

SILVA, Fernando Borges da. O Código de Defesa do Consumidor: um microsistema normativo eficiente? Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7564>. Acesso em: 23 out. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP n.º 279.273-SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/12/2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp n. 2.120.681/MS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/9/2022, DJe de 29/9/2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag n. 1.342.443/PR, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/5/2012, DJe de 24/5/2012

THAMAY, Renan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. RJLB, ano 2, n. 4, 2016. p. 1461-1462.

A ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

GLEISON CORNELIO NASCIMENTO DA SILVA:
Graduando em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis48.

GUSTAVO BALDAN

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI

(orientadores)

Resumo:O principal objetivo deste artigo é instigar uma reflexão a cerca de um tema de extrema importância no mundo jurídico - um confronto entre os veículos de comunicação e o Processo Penal como também a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, - discussão esta que nos leva ao tema. Espetacularização do processo penal, tendo como premissa uma visão geral de como a Mídias e os demais veículos de propagação de informação atua na veracidade das notícias.

Palavras-chave: Espetacularização – Processo Penal – Direito da Personalidade – Imprensa – Liberdade.

ABSTRACT: The main objective of this article is to instigate reflection on a topic of extreme importance in the legal world - a confrontation between the media and the Criminal Procedure, as well as freedom of the press and personality rights, - a discussion that leads us to the theme . Spectacularization of the criminal process, from an overview of how the media and other information control vehicles act on the veracity of the news

Keywords: Spectacularization – Criminal Procedure – Personality Rights – Press – Freedom.

1- INTRODUÇÃO

A espetacularização do processo penal nos ultimmos anos tem tomado grande escopo no brasil, em tempo de força tarefa e protagonismo no judiciario, a colisão entre direitos fundamentais e sempre de intrincida solução, exemplo esse e o conflito estabelecido entre a liberdade de impresa e os direitos de personalidade, tendo como premissa e uma abordagem incisiva a questão da imprensa como “quarto poder”.

O direito por sua vez se ocupa das teorias, normas e institutos e direitos fundamentais e os citados mecanismos legais, porém a mídia agrega principios que

48 E-mail: gleisonsilva131996@gmail.com

normalmente escapam de exames dos trabalhos jurídicos, como as notícias propagadas pelos mesmos, o qual deve ser apreciado com o princípio jurídico da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988; outro ponto muito importante é a linha limite até que ponto se admite uma crítica mais incisiva que informa por um veículo de comunicação, sem que haja ofensa à preciosa presunção que milita em favor da pessoa investigada ou processada.

2- METODOLOGIA

A metodologia do presente trabalho é pautada em dados e pesquisas, mas principalmente baseadas em obras bibliográficas do autor Thales Ferri Schoedl onde poderemos acompanhar os julgamentos e condenações que acabam sendo realizados pela opinião pública sendo que o caso ainda não foi apreciado pelo poder judiciário. A coleta de dados será realizada em intermédio de site de estatísticas.

A análise será feita em cima da bibliográfica do autor citado e dados disponíveis em sites de notória relevância.

3- Midia

Se olharmos para as origens latinas, media é uma variante do plural "medium" que significa "meio". No entanto, seu uso hoje vai além dessa ideia e inclui o uso generalizado. O conceito como o conhecemos hoje foi criado por Marshall McLuhan. O professor e intelectual chegou a definir a mídia como "uma extensão de nós" e defendeu que ela deveria ser uma ferramenta confiável e até mesmo utilizada como expressão de arte. A teoria de Marshall McLuhan sobre mídia expõe:

O teórico canadense Marshall McLuhan (1911-1980), em parceria com seu filho Eric McLuhan, postulou a teoria sobre as Leis da Mídia que serve como base científica para as suas extensas observações sobre os artefatos humanos. As discussões começaram em 1970, e em 1975 foi publicado o primeiro rascunho em um jornal acadêmico. Somente oito anos após a morte do pai, Eric publicou o livro *Laws of Media: The New Science*.¹¹

Nele estão descritos os quatro efeitos (ou tétrade) identificados por McLuhan e que traduzem os impactos e implicações de uma nova tecnologia sobre a sociedade, ocorrendo de maneira inevitável e simultânea. São eles: aperfeiçoar (*enhance*), reverter (*reverse*), recuperar (*retrieve*) e obsolescer (*obsolesce*).

Ele também disse que as mídias reforçam ou aceleram os processos existentes, mudam o escopo das conexões e vão muito além do conteúdo. Para ele, a mensagem é outra ditada pela mídia e não o contrário.

O professor foi além ao afirmar que as mídias podem ser vistas e estudadas como linguagens distintas.

Cada mídia tem sua própria maneira de falar com determinados sistemas e estruturas. Mais simplesmente, a mídia pode ser definida como o veículo, espaço ou canal através do qual uma mensagem é entregue. O conteúdo apresentado parte do remetente ao interlocutor e visa um determinado nível de comunicação.

3.2 Liberdade de Imprensa

A liberdade de imprensa é considerada um direito fundamental de todos os cidadãos garantido pelo artigo 5º, título IX da Constituição Federal. Sua garantia decorre do direito à informação, que é a capacidade do cidadão de criar ou acessar diversas fontes de informação sem a interferência do governo garantido pelo artigo 220 que expõe:

Art. 220 **§1º** Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV

O jornalismo percorreu um longo caminho desde a censura até a conquista da liberdade. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi assinada durante a Assembleia Geral das Nações Unidas, o que é um grande passo para garantir a liberdade humana, garantindo o direito de todos os indivíduos à liberdade de opinião e expressão. para pesquisar e transmitir informações. A declaração expõe que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto.

Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

A liberdade de expressão inclui o direito de cada pessoa de expressar seus pensamentos, comentários e opiniões. A liberdade de comunicação garante que todos possam receber, buscar e receber informações. A liberdade de informação jornalística, mais comumente conhecida como liberdade de imprensa, baseia-se na liberdade de pensamento, ideias e informação. As empresas jornalísticas têm o direito de publicar suas notícias nos meios de comunicação de massa sem interferência do Estado. O artigo 19º Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas de 1996 (e em vigor no Brasil em 1992), através do Decreto n. 592, explicita que:

Art. 19 Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.”

A censura não é aceita como um exercício de liberdade de imprensa. Se falamos de democracia, então deve-se permitir que a imprensa cumpra sua missão social, que é a informação e a qualidade e veracidade dos fatos publicados.

Para tanto, foi decidido que a imprensa não sofreria nenhuma censura. As notícias e informações assim veiculadas não dependem da aprovação de nenhum agente do Estado, mas a garantia da liberdade de imprensa não significa que ela não possa ser responsabilizada por danos causados a quem quer que seja. Para tanto, é garantido o direito à indenização, cujo objetivo é proteger a reputação e a honra de quem sofreu danos morais e materiais devido ao comportamento inadequado da imprensa.

4.0 Direitos da Personalidade e Imagem

Os direitos da personalidade são uma das garantias individuais do cidadão e têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana garantido no artigo 1º III da Constituição Federal e nos artigos 11 a 21 do Código Civil. Esses direitos da personalidade que são os mais muito importantes incluem vida, identidade, honra, nome, privacidade e reputação. O objetivo é proteger a integridade física, mental e moral de uma pessoa. O artigo 1º III da Constituição Federal impõe:

Princípio da dignidade da pessoa humana se refere à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, ou seja, um valor intrínseco como um todo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, III da Constituição Federal, sendo fundamento basilar da República.

Tais direitos são classificados como absolutos e não podem ser ignorados. Eles não podem ser transferidos ou dispensados, exceto nos casos previstos em lei. Eles também são caracterizados pela imprescritibilidade, vitalidade e inacessibilidade.

Uma imagem que contenha elementos físicos e morais da personalidade pode causar danos irreversíveis à pessoa, tanto moralmente quanto ao patrimônio, se for mal utilizada pela imprensa na divulgação de notícias.

Dessa forma, espera-se a indenização do dano caso a pessoa possua direitos moral ou materiais. O objetivo da reparação do dano mental é mitigar o dano causado, pois seria impossível repará-lo.

5.0- A Espetacularização do Processo Penal Liberdade de Imprensa e Direitos da Personalidade.

A espetacularização é uma fabricação social onde o ser humano exerce duas funções que é atuar e assistir, ou seja, dá show e é instigado pelo entretenimento.

A etimologia necessita de show e audiência para ter uma volta financeira, ou seja, necessita de algoritmos que consigam achar o interesse em que a cidade tem na atualidade. A anos a indústria de mídia é julgado por crimes e os telespectadores buscam pela justiça.

A maioria dos processos ocorrem de modo sigilosa para que não propague fakenews ou que atrapalhe o processo penal, ou seja, por isso a espetacularização do processo penal é uma manipulação social em que o meio de comunicação propaga. Um exemplo disso foi o julgamento norte- americanoem 1990 conhecido como o Trial of the Century (O julgamento do século), o julgamento ocorreu durante 134 dias e sendo assistido por 50 estados norte-americano.

O caso era julgado porque Juice teria assassinato sua ex-esposa Nicole e Ronald, o julgamento emblemático de O.J.Simson aconteceu porque ele era famoso por jogar de futebol americano, sua defesa teve sua tese baseada em inflamar a mídia causando comoção e alegando que tudo isso estava acontecendo por ele ser negro. Juice foi absolvido, porém até nos dias de hoje o julgamento foi totalmente influenciado pela mídia.

Segundo o professor Nilo Batista, a espetacularização do processo penal não é uma novidade. Expõe que:

" [...] A espetacularização do processo penal não é novidade. Na Inquisição, a colheita de provas e o julgamento eram sigilosos.

Falsas delações e torturas são eficientes na obscuridade; a festa era a execução da pena de morte. Com a adoção da pena de prisão, a execução numa cela tornou-se uma rotina sem apelo jornalístico. O espetáculo deslocou-se para a investigação e o julgamento.

Basta ligar a TV à tarde: deploráveis reality shows policiais, nos quais suspeitos são exibidos e achincalhados por âncoras "policiados". Diz a Constituição inutilmente que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", garantia repetida pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal. Mas é no noticiário "sério" sobre inquéritos e ações penais que reside um grave problema, opondo a liberdade de comunicação à presunção de inocência e ao direito ao julgamento justo. A liberdade de imprensa geralmente prevalece sobre o direito à privacidade. Contudo, quando o confronto se dá com a presunção de inocência e o direito ao julgamento justo, a solução é distinta, como se constata em países democráticos".(BATISTA, NILO Jornal GGN, Online: <https://jornalggm.com.br/justica/imprensa-espeticularizacao-do-processo-penal-por-nilo-batista/>)

No Brasil o cenário de espetacularização foi quando o Juiz Sergio Moro divulgou parte de um áudio entre a ex-presidente da República Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula Inacio da Silva. Onde nesta ligação a presidenta decidia anunciar o ex-presidente Lula Inacio como Ministro da Casa Civil para remeter um processo que ocorreu da 13ª Vara de Curitiba do Supremo Tribunal Federal, para a desembargadora **Simone Schreiber**, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Os exemplos da "lava jato" são sintomáticos, principalmente quanto à posição do Judiciário de buscar apoio da imprensa para as decisões. "Externar posições, colocar-se como um paladino do combate à corrupção, estabelecer uma cruzada e obter o apoio da imprensa e da opinião pública, e no caminho inverso das coisas levar isso para o processo", elencou entre as críticas.

Certos processos recebem um certo acompanhamento da mídia, e ela sobre ele lança diversos efeitos, como na obra do grande professor Rubens Casara que fala exatamente da espetacularização do processo penal ele traz um enfoque muito interessante pois o modo como devemos encarar essa "atenção" onde nos determina algumas reflexões.

O processo penal trata de um fato, onde o fato tem contorno jurídicos, o fato e sempre o fato com sua importância jurídica, o interprete e sempre aquele que faz a leitura jurídica dos fatos,

A partir desse ponto onde encaramos a espetacularização ou midiaticização do processo penal precisamos entender que entre o fato e o processo se interpõe uma construção mística que não mais é que uma narrativa desse fato. O processo por sua vez acaba sendo invadido por uma determinada narrativa que é feita por determinado órgão de imprensa tendo em vista que hoje não pode somente pensar nos jornais, televisão e rádio, hoje precisamos pensar também nas redes sociais como meio de comunicação, então a hoje um universo muito grande de elementos que compõe o que chamamos de mídia.

Porque hoje, nos dias de hoje uma pessoa que se dedique e acaba conquistando um determinado número de seguidores onde pelo meio de seu conteúdo abordando vários temas focas, informações, conflitos, intrigas ou entretenimento, sabemos que isso na internet rende uma quantidade considerável de muitos seguidores, onde essa pessoa se torna em um verdadeiro agente da mídia, ela passa a ser um veículo de comunicação.

Como dizíamos, entre o fato e o processo acaba interpondo certa narrativa, a grande questão é a narrativa interposta pelo Ministério Público o qual seria a denúncia art. 41 Código Processo Penal e por outro lado e o espectro midiático e como lida com essa narrativa, qual o interesse deles qual o elemento que move eles a criar narrativas, pois bem a notícia é tratada como um produto onde gera faturamento para a imprensa ou seja é um produto que é posto à venda, fazendo com que a capacidade que a empresa tenha de melhorar a aceitação ou criar a necessidade do consumo desse produto chamado notícia, traz para a empresa maior quantidade de dinheiro, o crime gera então um produto que vai ser colocado na prateleira e ser vendido por essa empresa, a questão é qual a diferença da narrativa interposta por um promotor de justiça e a narrativa criada pelo espectro midiáticos, o Ministério Público por sua vez tem a necessidade de exercer seu múnus de responsabilizar criminalmente o indivíduo que cometeu um crime, logo a imprensa tem como interesse valores monetários com a venda da informação do produto. Com destaque o professor Rubens Casara trás o elemento crucial, a midiaticização do processo penal, o que um processo recebe essa atenção especial da imprensa, a grande questão é, que para colocar essa notícia de crime, para colocar esse produto no mercado, a empresa precisa criar o melhor produto possível por tanto não satisfaz a esses órgãos ter uma narrativa dos fatos, mas sim uma construção dos fatos de acordo com a melhor aceitação dessa história pelo público, a criação de uma história, que coloca de um lado o bem, e de outro lado o mal, de um lado o Ministério Público e polícia, do outro lado os malfeitores réu e advogados, então para dar uma boa apimentada na história criada, e ter uma boa notícia, um bom produto a ser vendido, precisa ter esse elemento de uma guerra do bem contra o mal a construção dessa maneira atrai a atenção das pessoas, o tribunal do júri um dos exemplos mais concretos que por séculos atrai a atenção das pessoas por ser um verdadeiro espetáculo, fazer com que o réu tenha a verdadeira face do mal daquilo que tenha mais de ruim, para que essa sua atuação do bem possa ter vitória contra o mal, um

maniqueísmo que é aceito de uma maneira muito fácil é aceito pelas pessoas e atrai a atenção, pois bem, estamos diante de uma história criada onde o réu precisa ser mal porque ele vai ser combatido pelo bem, como resultado desse embate a justiça seja a vitória, do bem contra o mau. O artigo 41 do Código de Processo Penal diz:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

O ministério público está preocupado com a conduta o que foi praticado, logo a imprensa não, ela por sua vez procura no passado distante que fatos ocorridos pretérito tem essa ou aquela tendência, e esses elementos que a mídia busca pra dar força a formatação da característica de monstro que o réu precisa ter.

A imprensa por outro lado sendo um canhão de audiência, as notícias estão sendo cada vez mais banalizados e transformando-as não em informação mais sim em uma desinformação propagadas de desgraça e fakenews, do outro lado muitas das vez se encontra a pessoa processada ou investigada sem direito de resposta algum, pois as notícias de grande relevancia poderá muita das vezes ferir diretamente os direitos mais sensíveis previstos na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A mídia, em ambientes sensacionalistas, distorce a informação que está sendo veiculada ao público e induz as pessoas a pré-condenar suspeitos em certos casos, o que é contrário aos seus princípios estabelecidos por lei. Os princípios processuais são muito importantes para a avaliação do ofendido.

A presunção de inocência, a ampla defesa são os pilares de um julgamento criminal justo e oferecem privilégios especiais aos ofendidos que não devem ser considerados culpados antes da condenação definitiva.

Seja qual for a sua natureza, esses meios de comunicação devem transmitir informações úteis e necessárias à sociedade e, sobretudo, tomar cuidado para não punir os sujeitos da pesquisa. A liberdade de imprensa deve ser apresentada como um valor absoluto, mas as violações desses direitos fundamentais nas publicações jornalísticas não são um exercício de direito ou de justiça.

O caminho a seguir é responsabilizar a mídia. Uma sociedade impulsionada pela mídia pressiona os juízes (o público em geral) para dar sentenças mais duras aos réus. A mídia obstrui o bom funcionamento das leis e até intervém no esclarecimento dos fatos.

Segundo as notícias, a sociedade terá que decidir de que lado se apoiar, formar sua própria opinião e julgar os eventos em seus próprios termos.

Dessa forma, a mídia não limita o poder de decisão da sociedade com uma análise equilibrada. Leis especiais precisam ser feitas para bloquear e dar mais atenção a esses fatos que são relatados de forma inverídica ou sensacionalista. Esta informação representa um grande risco para os indivíduos a responsabilidade da mídia na formação da opinião pública é enorme.

A partir do momento em que algo ruim se espalha, a sociedade pode virar as costas para os responsáveis e destruir famílias. O judiciário é responsável por penalidades criminais e civis para esses questionáveis meios de comunicação.

Mas simplesmente processá-lo por danos não é suficiente para desfazer o dano na vida do indivíduo.

A presunção de inocência e um julgamento criminal justo são as garantias do ofendido. A imprensa e a mídia desempenham um papel fundamental em muitos casos criminais e sua influência prejudica a imparcialidade e o julgamento da opinião pública e dos juízes. Disso concluímos que a imprensa não deve ser repreendida ou censurada, e que toda liberdade exige responsabilidades e limites.

Referências

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 73.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo penal e mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Mídia e sistema penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 44.

CASARA, Rubens R. R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios. 2 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 12-13.

"Artigo 3º-A — O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". BRASIL. Pacote Anticrime. Diário Oficial [da] União, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 16 out. 2020.

MENDES, Caio Cesar Tamioto. A restauração da infâmia. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 117.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal — 7 ED. — Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO** CONSTITUCIONAL. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ASSI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. CRIMINOLOGIA **CULTURAL E MÍDIA: UM ESTUDO DA INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA QUESTÃO CRIMINAL EM TEMPOS DE CRISE**. RBCCRIM, v. 22, n. 108. 2014.

RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO: UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR.

EMILY JAMILI MAXIMINIANO BIGOTTO MARTELI:

Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul.⁴⁹

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA⁵⁰

(orientador)

RESUMO: O presente resumo é a conclusão de pesquisas feitas acerca da responsabilidade por erro médico. Acontece quando o médico causa prejuízo ao paciente. Isso significa que não basta provar o autor a substância do delito, mas a evidência dos elementos objetivos e subjetivos do crime, que se define pela negligência, imprudência ou imperícia. O objetivo é evidenciar o assunto em destaque, pois envolve a vida, o bem mais valioso, sendo gradativa atualmente a quantidade de denúncias a este respeito. Em busca de uma resolução, o presente trabalho foi realizado pelo método dedutivo, visando entender as formas com que o aumento ocorre e em quais casos devem ser penalizado. Analisou-se que apesar de ser um assunto importante, os processos e punições não são tão simples. Averiguou-se que a solução para estes conflitos se deve ao desenvolvimento da relação médico-paciente e no investimento de uma melhor condição de trabalho, conforme recomendação dos deveres gerais de cuidado, nas regras definidas pelo Código de Ética Médica e Código Civil.

Palavras- chave: Relação Médico-Paciente. Paciente. Legislação.

ABSTRACT: This summary is the conclusion of research done on liability for medical malpractice. It happens when the doctor causes harm to the patient. This means that it is not enough for the author to prove the substance of the crime, but the evidence of the objective and subjective elements of the crime, which is defined by negligence, imprudence or malpractice. The objective is to highlight the subject in focus, as it involves life, the most valuable asset, and the number of complaints in this regard is currently gradual. In search of a resolution, the present work was carried out by the deductive method, aiming to understand the ways in which the increase occurs and in which cases it should be penalized. It was analyzed that despite being an important issue, the processes and punishments are not so simple. It was found that the solution to these conflicts is due to the development of the doctor-patient relationship and the investment in better working conditions, as

49 Email: emillymarteli@gmail.com

50 Docente do Curso de direito, Centro Universitário de Santa Fé do sul/SP, UNIFUNEC. E-mail: guenaa@hotmail.com

recommended by the general duties of care, in the rules defined by the Code of Medical Ethics and the Civil Code.

Keywords: Doctor-Patient Relationship. Patient. Legislation.

1 INTRODUÇÃO

Com o tempo, a medicina se modificou, ficando cada vez mais cobiçada. A sociedade entendeu que o médico não possuía dons milagrosos, mas sim a capacidade de cuidar das pessoas, de forma que ao cometer algum erro, procura-se rigorosamente pela sua punição.

Vale destacar, ainda, que o médico assuma o dever de fazer o seu melhor, mas não é sempre que alcança sucesso nos diagnósticos e procedimentos aplicados no tratamento de seus pacientes. O desempenho de qualquer atividade pode estar sujeito a erros, mas, quando se trata de um dever médico, há uma maior valorização por envolver o bem mais valioso, a vida.

Portanto, o médico deve sempre zelar pelo seu trabalho e assumir a responsabilidade penal, civil e administrativa, de suas ações descuidadas geradas pela falta de negligência, imprudência ou imperícia.

É nessa ocasião que surge o direito civil com intenção de proteger os cidadãos vítimas de falhas médicas. Nessas situações, os profissionais que violarem o dever geral de cuidar, seja por negligência, imprudência ou imperícia, ou colocarem em risco os valores básicos da sociedade, deve ser punido para reprimir a continuação de novos atos ilícitos.

Dessa forma, procurando uma resolução para o caso, o estudo envolveu consultas em artigos jurídicos, jurisprudências, legislações e posicionamentos doutrinários, aplicando o método dedutivo, por apresentar maior exatidão em seus resultados. O trabalho será ostentado em duas partes: a história da responsabilidade de modo geral e os aspectos subjetivos e objetos do erro médico na esfera civil.

2 HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO

A historiografia da responsabilidade surgiu no século XX, surtindo um bom efeito na sociedade da época. Exemplos passaram a ser estudados, como documentos históricos, para melhor conhecer os métodos antigos utilizados para zelar os pacientes e as ideias que os profissionais colocavam em prática (SEGATO, 2019).

Algum tempo depois, já em meados da metade do século XX, ocorreu um avanço em favor das estruturas nas quais eram realizados os estudos e os atendimentos. Foram construídas catedrais e institutos para pesquisas e o melhor conforto dos pacientes.

A história da responsabilidade civil médica é uma abordagem para entender a própria medicina e evitar que se repitam erros passados, além de aperfeiçoar métodos importantes e descobrirem novos (SANTOS, 2012).

Com o passar do tempo e a repetição de falhas que por vezes acontecia, o erro médico passou a ser motivo de preocupação, no momento em que a sociedade tomava conhecimento dos riscos, da importância nos procedimentos e cuidados, que em algum momento talvez precisassem realizar.

Foi por meio da responsabilidade civil que se começou a almejar a conscientização dos indivíduos sobre seus direitos, em relação à amplitude dos cuidados e procedimentos médicos. Um dos mais importantes direitos é fazer com que exista um equilíbrio moral e patrimonial, através do cumprimento das normas legislativas (DINIZ, 2012).

Já os danos que por ventura ocorra decorrem da responsabilidade civil, podem ser reparados na esfera social, moral e jurídica, desde que sejam respeitados os princípios obrigacionais.

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil consiste na imposição de medidas que compõem um indivíduo a reparar o dano moral ou patrimonial ocasionado a terceiros. Tal obrigação decorre de ato praticado pelo próprio responsável, por pessoa pela qual ele é responsável ou por força de imposição legal (DINIZ, 2012).

A responsabilidade civil em síntese é a ideia de que uma pessoa cometeu dano ilícito a outrem, havendo assim a obrigação da reparação do dano causado. Caso inviável for, serão pontuadas outras maneiras de reparação.

3 DOS DEVERES DO MÉDICO

Há alguns deveres cobrados dos profissionais médicos. Esses deveres são consolidados no art. 34 do Código de Ética Médica.

O profissional tem o dever de aconselhar e informar o paciente, responsáveis legais e familiares a respeito do procedimento, das complicações e riscos que possam acontecer com o início do tratamento.

O artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, declara o seguinte:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

I – [...]

II – [...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade de preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...].

Nessa perspectiva, o art. 31 do mesmo diploma, dispõe:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia e prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (BRASIL, 1990,n.p.)

Melo (2008) demonstra que o importante é atualizar-se e qualificar-se para o exercício adequado da medicina, se informar sobre técnicas novas, equipamentos e medicamentos.

O artigo 15 do Código Civil e o Centro de Ética Médica descrevem o dever do profissional de respeitar o paciente, a decisão do procedimento a ser realizado e sobre a execução das práticas diagnósticas ou terapêuticas. Apenas havendo o risco de morte, obtendo o consentimento do paciente para executar o tratamento que julgar adequado(BRASIL, 2002).

São previstos no CEM os seguintes deveres:

1. Esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença (art. 13);
2. Cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado (art. 17);
3. Respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la (art. 26);
4. Respeitar o interesse e a integridade física e mental do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido (art. 27/28);

5. Usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente (art. 32);
6. Atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo (art. 33);
7. Não exceder o número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos, nem exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica (art. 35);
8. Esclarecer ao doador, ao receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos (art. 44);
9. Manter sigilo de fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente (art. 73);
10. Fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta (art. 86);
11. Dar acesso ao paciente de seu prontuário, lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros (art. 88) (BRASIL, 1934, n.p)

A prática médica é uma profissão a serviço da saúde da coletividade e da pessoa humana. O profissional precisa voltar toda a atenção à saúde do paciente, agindo com zelo e o melhor da sua capacidade.

4 MODALIDADES DE CULPA

A culpa é importante, uma vez que determina a responsabilidade aplicada. A culpa é um requisito que faz parte da responsabilidade subjetiva, porém, quando ela é mensurada ou avaliada de forma quantitativa, incide na relação da responsabilidade objetiva.

O erro médico enseja nas modalidades de culpa, quais são: imprudência, negligência e imperícia. Presente os elementos em questão, o médico tem a obrigação de reparar o dano.

A imprudência é a ação praticada sem cautela e de maneira precipitada, o autor pratica a ação de modo que não era o esperado, como quando um profissional realiza um procedimento sem a equipe necessária.

Em casos de negligência o agente possuiu a noção de como deveria ter feito, mas por distração realiza o procedimento de modo contrário ao que deveria ser praticado, quando o autor esquece dentro do corpo do paciente material usado no procedimento.

A imperícia acontece quando o agente não possui conhecimento técnico necessário para realizar aquela atividade, mas a prática independente da experiência. Acontece em casos em que o médico especializado em uma área atende um paciente sem o pleno conhecimento do tratamento necessário.

Nessas situações, a resolução do conflito é encontrada no artigo 951 do Código Civil (BRASIL, 2002, n.p), nestes termos:

O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Caso a conduta do profissional tenha sido regular e cumprida, não há fundamento para atribuir culpa ao profissional pelo resultado. É importante destacar que a responsabilidade civil por erro médico não se configura apenas com a demonstração ou presunção de culpa, sendo necessário evidenciar de forma clara a ocorrência de um dano.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil pode ser dividida: contratual e extracontratual.

A responsabilidade civil contratual consiste na obrigação de indenizar um dano causado devido ao descumprimento de uma obrigação por parte do devedor em relação ao credor. A isenção de responsabilidade ocorrerá somente nos contratos que foram devidamente cumpridos, levando em consideração as cláusulas de exclusão de responsabilidade.

O objeto da relação está disposto em um contrato, assim a responsabilidade civil extracontratual incide na obrigação de reparar o dano, mas não está registrado em um contrato.

Vale ressaltar que a responsabilidade civil extracontratual ocorre da inobservância das regras referentes aos direitos reais ou pessoais, em que o vínculo de uma relação, quando lesado por algum ato ilícito, resultará no dever de reparar (SEGATO, 2019).

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem entendimento, conforme consta na ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MÉDICO CORRÉU. ERRO MÉDICO NÃO EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA: O tema alusivo à ilegitimidade passiva ad causam pode ser suscitado em qualquer grau de jurisdição, podendo inclusive ser reconhecido de ofício, não estando sujeito à preclusão. O profissional que presta atendimento médico pelo SUS reveste-se na condição de agente público, não podendo ser demandado diretamente pela parte lesada (TEMA 940 do STF). Hipótese em que deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva de Sucessão de Roberto G. Viana. A responsabilidade civil dos hospitais públicos pelos danos causados aos pacientes através do serviço prestado no âmbito do Sistema Único de Saúde deve observar a norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Ainda assim, a obrigação de indenizar dos hospitais, no que diz com a atividade técnica dos médicos que neles atuam dependente da prova de culpa dos profissionais. Caso em que a prova dos autos converge no sentido de que não houve erro médico. O médico perito ortopedista foi categórico ao afirmar que a sequela se deve à gravidade das lesões e não dos procedimentos médicos que vieram a ser ministrados ao autor. Obrigação de indenizar não configurado. Improcedência mantida. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MÉDICO CORREU RECONHECIDA DE OFÍCIO. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível n.º 5000233-98.2009.8.21.077, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 01/10/2022).

A base, o elemento central da relação de consumo está disposto em um contrato, a especificação dos procedimentos, os tratamentos e medicamentos que vão precisar ser utilizados pelo profissional.

Não menos relevante, o dever de informar está inserido na responsabilidade civil extracontratual, percorrendo o vínculo existente na relação entre o médico e seu paciente. Em casos de emergência, o tempo é um fator importante para o paciente, nesse caso não existe tempo disponível para a realização de um contrato antes de ser feito os procedimentos necessários para especificar suas cláusulas e determinar o objeto por escrito, diferentemente das situações de cirurgias plásticas.

É fundamental compreender que a relação de urgência do paciente será fundamentada na responsabilidade civil extracontratual, estabelecendo um vínculo jurídico entre as partes, e, caso seja comprovado um dano, caberá ao agente à obrigação de reparar.

Para verificar a modalidade de responsabilidade civil é necessário analisar o caso na sua forma singular, não havendo uma regra fixa para predefinir.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA OU DE RESULTADO

A responsabilidade objetiva ou de resultado caracteriza-se com a demonstração de conduta, nexos de causalidade e dano, não sendo necessário ser demonstrada a culpa do profissional.

Existe a obrigação de resultado, pois depende do comprometimento do profissional em entregar o que foi pedido, caso contrário, não há cumprimento da obrigação, mesmo que tenha se utilizado as técnicas certas, tenha tido diligência, a perícia e as prudências necessário (SEGATO, 2019).

Na obrigação de resultado o agente só se torna isento quando o fim almejado acontece. Não ocorrendo o resultado desejado, esse se torna inadimplente.

Seguindo essa linha de raciocínio, de acordo com os ensinamentos de Aguiar Junior, quando se trata de uma obrigação de resultado, é suficiente para a parte lesada comprovar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido. Isso é o bastante para caracterizar o descumprimento do contrato, independentemente das suas razões. Cabe ao devedor à tarefa de provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior, para se exonerar da responsabilidade (AGUIAR JUNIOR, 1997).

Um exemplo comum de responsabilidade civil de obrigação são os casos de cirurgias plásticas estéticas. Caso o resultado da cirurgia seja diferente do esperado pelo

paciente, existe a possibilidade de reparação, pois, abre considerações sobre os princípios gerais da responsabilidade (SEGATO, 2019).

O profissional deve aconselhar e apontar os riscos da cirurgia ou do tratamento escolhido pelo paciente. Incluindo nessas informações as condições pessoais do próprio paciente, e dar a assistência necessária no antes e depois do procedimento escolhido (SIQUEIRA, 2022).

Nos casos da realização de cirurgia estética, o cirurgião deve mostrar qual o resultado esperado para a cirurgia, seja por computação gráfica ou fotografias. O resultado do procedimento deve ficar claro ao paciente antes da realização.

Portanto, a culpa na responsabilidade civil de resultado é considerada presumida, relativa ou absoluta. Fundamentada na teoria do risco, essa concepção estabelece que o médico, na condição de fornecedor ou prestador de serviços, deve assumir a responsabilidade pelas consequências de sua atividade, mesmo na ausência de culpa. Essa abordagem visa proteger a parte considerada mais vulnerável na relação.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA OU DE MEIO

A responsabilidade civil subjetiva, também conhecida como responsabilidade de meio, é estabelecida como a norma pelo Código Civil brasileiro e, durante muito tempo, foi a única forma de responsabilidade civil adotada, sendo considerada suficiente para solucionar os conflitos.

Observa-se que a responsabilidade civil subjetiva desempenhava um papel central na resolução dos conflitos. Essa forma de responsabilidade baseia-se na exigência de culpa, exigindo a comprovação.

De acordo com as considerações de Goelzer (2022), em relação a esse tema, a necessidade de proporcionar uma maior proteção à vítima resultou na criação da culpa presumida, a fim de inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade enfrentada pela pessoa que sofreu um dano ao demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável em casos expressamente previstos em lei, surgindo assim à responsabilidade objetiva, na qual não se questiona a culpa do ato em si.

No âmbito da responsabilidade de meio, não é suficiente apenas que a possível vítima alegue a existência dos requisitos da culpa. É necessária a discussão sobre realizar ou não a produção de provas, podendo ser apresentadas pelo médico ou pelo paciente.

Um exemplo são as cirurgias plásticas reparadoras, aquelas que corrigem deformidades congênitas, como o lábio leporino, ou em casos adquiridos durante a vida, decorrentes de algum trauma físico sofrido (RIBEIRO, 2014).

A prioridade nesses casos está ligada ao profissional realizar um trabalho que ao final não caracterize imprudência, negligência ou imperícia. Deve ser discutido o tratamento mais adequado ao paciente, com o intuito de deixá-lo como antes da lesão ou o mais próximo do normal, sem, contudo, a obrigação de chegar a esse resultado.

O profissional precisa atuar valendo-se de todos os meios adequados a situação. Devendo ser indenizado apenas o indivíduo que submetido a tratamento venha por meio deste e por culpa do profissional, que causar prejuízo ao paciente de ordem imaterial ou material (RIBEIRO, 2014).

8 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é tratada no art. 37, §6º, da Constituição Federal, se trata da responsabilidade subjetiva. É importante ressaltar que o Estado tem que responder pelos atos independentemente da culpa ser demonstrada, é necessário apenas estar evidente a conduta humana, nexos causal e dano.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998).

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988, n.p.).

Observa-se que dessa forma a responsabilidade objetiva nos assuntos que tratem de agentes públicos, recai o dever do Estado de reparar o dano causado à vítima, mas ao se tratar de erro médico, caso praticado por uma rede pública de saúde, a responsabilidade do Estado só valerá quando for comprovada a culpa. Ainda assim, nesse caso, a responsabilidade aplica-se ao agente público (MELO, 2008).

9 EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE

O termo "nexo causal" é frequentemente utilizado para descrever a relação entre um prejuízo e uma ação que o tenha causado. Em outras palavras, o nexos causal se refere

à ligação de causa e efeito entre dois eventos, onde o primeiro evento (a ação) é a causa direta do segundo evento (o prejuízo).

O nexu causal é uma questão importante em muitos contextos legais, pois é necessário estabelecer uma conexão clara entre a ação de um indivíduo e qualquer prejuízo resultante dessa ação para determinar a responsabilidade legal. No entanto, a análise do nexu causal pode ser complicada em certas situações, especialmente quando há múltiplas causas possíveis para um prejuízo ou quando o prejuízo é o resultado de uma série de eventos complexos (FRANÇA, 2015).

Entende-se que o termo "nexu causal" refere-se à ligação entre o prejuízo e a ação, de forma que o dano deve ser resultado direto da ação ou uma consequência previsível dela (DINIZ, 2012).

A ideia é de que ninguém deve responder por um dano que não tenha causado, mas caso haja essa ligação, é importante ter os parâmetros dos danos causados para futura indenização (FRANÇA, 2015).

Na teoria da causalidade adequada considera-se que em caso de dúvida diante de duas situações que concorrem, será utilizada a circunstância que, de forma hipotética, possuir o maior potencial de dano.

Segundo Talliton George Oliveira, a identificação do nexu causal desempenha um papel crucial, uma vez que somente quando a conduta efetivamente resultar no dano é que surge a obrigação de indenizar. No entanto, se esse vínculo causal não for estabelecido, a responsabilidade de indenização não será atribuída (OLIVEIRA, 2011).

Ao ser observado o nexu causal, o médico responderá por sua conduta e pelo dano causado. Existem situações que, mesmo nítida a conduta e o resultado, não têm a ausência do nexu causal, excluindo a responsabilidade civil do agente.

As excludentes são: caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima.

O caso fortuito ou de força maior encontra respaldo no artigo 393. Ver-se:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir (BRASIL, 2002, n.p.)

Caso fortuito é um evento imprevisível decorrente de um ato humano ou de um evento natural. A força maior é um evento previsível, mas irresistível.

O fato de terceiro, é sabido o dano e quem o praticou, não sendo a vítima e nem o profissional que a responsabilidade esteja se cogitando.

Caso as modalidades praticadas não sejam consideradas, com a evidência do nexo de causalidade, haverá a responsabilidade civil do agente e a obrigação de indenização à vítima ou a reparação.

10 INDENIZAÇÃO

Em síntese, a indenização é a obrigação de alguém satisfazer e executar um ato que se tenha contratado, ou que tenha decorrido da culpa de qualquer dos lados.

O ressarcimento pode se dar de forma moral ou patrimonial, é a compensação diante do dano que foi causado na pessoa lesada, frente à culpa de alguém. A indenização pode ser realizada em forma de pecúnia.

A indenização por dano moral é subjetiva, quanto à indenização por dano patrimonial, conforme a Constituição Federal (BRASIL, 1998, n.p.) é objetiva. Veja-se:

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

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

No âmbito patrimonial, o dano está relacionado àquilo que a vítima perdeu, sendo passível de mensuração econômica. Nesse sentido, podemos subdividir esse dano em dano emergente e/ou lucro cessante. Santos entende que:

Dano patrimonial, então, é aquele que pode ser avaliado pecuniariamente por critérios objetivos, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão, pelo menos indiretamente –

por meio de equivalente ou indenização pecuniária (SANTOS, 2012, p. 96-97).

A responsabilidade estará presente conforme determinação do artigo 949, 950 e 951, todos do Código Civil, que rezam o seguinte:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitasse, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização fosse arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos art. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002, n.p.)

A obrigação de indenizar está disposta no artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002, n.p.), Veja-se:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em relação erro médico, tem-se que o consumidor não possui conhecimento da área, e assim, é válida a inversão do ônus da prova. Lembrando que a obrigação é referente aos procedimentos e termos técnicos, desconhecidos pela parte contrária.

De modo a trazer um tratamento equilibrado entre as partes, a inversão do ônus da prova poderá ser pedida pelo autor, em ações que ele acreditar na sua hipossuficiência, sendo aceita ou não pelo julgador.

Quando se tratar da obrigação de meio, cabe à parte que alega o direito provar o ônus, uma vez que o médico buscou o melhor resultado sem, contudo, a obrigação de chegar ao resultado esperado pelo paciente (TRILHANTE, 2022).

Contudo, ao tocante da responsabilidade objetiva ou obrigação de resultado, compete ao médico a provar o ônus, apresentar os fundamentos sob a qual realizou o possível para que se chegasse ao resultado.

É necessário provar a culpa do profissional responsável. A partir do momento que ele se dispõe a realizar o tratamento de um indivíduo, seja ele qual for, é sua obrigação fazê-lo com cuidado, diligência e atenção.

11 PENALIZAÇÃO

Sendo a incumbência civil quando cometida dada como crime e tendo em vista que crime em sua concepção doutrinária é toda ação (ou omissão), típica, antijurídica e culpável. Típica porque se manifesta em forma de lei, antijurídica por ser oposta a lei e culpável por ser executada por agente imputável. Não haverá crime se o procedimento realizado pelo agente não atender todo o tipo descrito na legislação, ou ainda, que não se comprove a sua ilicitude (BERNARDES, 2015).

Vale salientar que a responsabilidade civil médica tem sua base na culpa, além da conduta humana, do resultado, da relação de causalidade e da tipicidade, é necessário ter o descumprimento de um dever, a consequência lesiva involuntária e a previsibilidade.

A falha médica, na maioria das vezes por culpa, se dá pela conduta inapropriada do profissional, que pelo descumprimento do método ocasiona dano à vida ou a saúde do paciente. Esse dano pode ser definido como imperícia, negligência ou imprudência do profissional, no desempenho de seu compromisso.

Ainda no mesmo contexto, para que se tenha a consumação da responsabilidade civil são fundamentais os seguintes componentes: a profissional precisa não ter agido com imprudência, negligência ou imperícia, ou não orientar e prestar os cuidados necessários ao paciente, além de também violar o contrato firmado com o mesmo.

Existem ainda determinadas categorias de erro médico, como o erro de diagnóstico, o erro para prevenção do mau maior, o erro escusável ou profissional e o erro grotesco. Assim sendo, o médico tem compromisso de apresentar recursos cabíveis, agir

com zelo e utilizar seus conhecimentos a procura de uma conclusão positiva para com o paciente.

Sabendo-se que o clínico lida com aquilo que há de mais valioso, a vida, a responsabilidade civil pela falha médica tem como finalidade garantir ao paciente a condenação dos profissionais irresponsáveis e imprudentes.

Os fatores que colaboraram para o aumento das ações judiciais por erro médico podem ser apontados como o desgaste da relação médico-paciente e a falta de condições de trabalho, que podem ser o motivo da insatisfação do paciente com o resultado.

Todavia, nota-se pelas jurisprudências, que os processos sofridos pelo erro médico não são bem sucedidos, dado a grande dificuldade de provas.

A resolução para estes conflitos deve ser discutidas com base no desenvolvimento da relação médico-paciente, e no investimento de uma melhor condição de trabalho desses profissionais.

Portanto, para impedir que o médico caísse em erro, procurando acabar ou reduzir as situações de crime, aconselha-se que o profissional obedeça aos deveres de cautela médica e siga as regras determinadas no Código de Ética Médica, no Código Civil e nas demais legislações.

12 CONCLUSÃO

Em conclusão, a responsabilidade por erro médico é um tema complexo que envolve diversos aspectos legais e éticos. É importante que os profissionais de saúde estejam conscientes de suas responsabilidades e deveres em relação aos pacientes, e que tomem medidas para minimizar o risco de erros médicos. Da mesma forma, os pacientes devem estar cientes de seus direitos e opções de recurso em caso de negligência médica.

É uma área em constante evolução, com mudanças nas leis e regulamentações, bem como desenvolvimentos em tecnologia médica e práticas clínicas. Portanto, é fundamental que os profissionais de saúde estejam atualizados conforme as normas e padrões relevantes para sua especialidade.

Um erro médico pode causar sérios danos ao paciente, incluindo lesões permanentes, incapacidade ou até mesmo morte. É importante que os pacientes recebidos recebam a devida compensação por esses danos.

Por outro lado, é importante que os profissionais de saúde sejam protegidos contra ações legais infundadas ou injustas. A análise cuidadosa dos fatos e circunstâncias

envolvidas em cada caso é essencial para determinar se um erro médico ocorreu e quem é responsável por ele.

Os profissionais de saúde também devem ser incentivados a aprender com os erros e programar medidas para evitar que tenham novamente no futuro. Isso inclui a melhoria da comunicação entre profissionais de saúde e pacientes, a incorporação de melhores práticas e a adoção de tecnologias médicas avançadas.

Em última análise, a prevenção de erros médicos é o melhor caminho para proteger os pacientes e evitar questões de responsabilidade civil. Isso requer um compromisso contínuo com a melhoria da qualidade do atendimento médico e de medidas para garantir a segurança do paciente em todas as fases do tratamento.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de. **Responsabilidade civil do médico: Cirurgia plástica estética: obrigação de meios ou de resultado?**. Porto Alegre: Revista Jurídica, 1997.

BERNARDES, Amanda. **Responsabilidade civil médica: obrigação de meio x obrigação de resultado**. 2015. Disponível em: [HTTPS://jus.com.br/artigos/36518/responsabilidade-civil-medica-obrigacao-de-meio-x-obrigacao-de-resultado](https://jus.com.br/artigos/36518/responsabilidade-civil-medica-obrigacao-de-meio-x-obrigacao-de-resultado). Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. Código de Ética Médica nº 34, de 2019. **Código de Ética Médica: Ética médica – código**. 2. Códigos de ética. I. Título. II. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Brasília, Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõem sobre o Código Civil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade Civil Por Erro Médico nº 422. Relator: Relator Túlio de Oliveira Martins. **Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Alegação de Erro Médico. Ilegitimidade Passiva do Médico Corréu. Erro Médico Não Evidenciado. Obrigação de Indenizar Não Configurada. Improcedência Mantida**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1694972962>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 09 de janeiro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 24 de dez 2022.

TRILHANTE. **Deveres Médicos. 2022**. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/direito-medico/aula/deveres-medicos-ii-1>. acesso em: 1 jane 2023.

Deveres Médicos. **Trilhante**. 2022. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/direito-medico/aula/deveres-medicos-ii-1>.

FRANÇA, Genival Veloso. **Cirurgia plástica: obrigação de meio ou de resultado**. Disponível em: < <http://www.malthus.com.br/artigos.asp?id=106> >. Acesso em 23 de fev 2023.

GOELZER, Julia Rayane Amaral. **Responsabilidade Civil Médica: Cirurgia Plástica**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4197>. acesso em: 12 de maio 2023.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Talliton George Rodrigues de. **O nexo causal na responsabilidade civil**. Brasília. 2011. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/492/3/20715020.PDF>. Acesso em 18 de mar 2022.

RIBEIRO, Rafael Antonio Pinto. **Obrigação de meio e resultado**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31975/obrigacao-de-meio-e-resultado>. Acesso em 29 de nov de 2022.

SIQUEIRA, Pedro Junior Moreira de. **Erro Médico: Implicações Jurídicas na Esfera Cível**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4454/1/PEDRO%20JUNIO%20MOREIRA%20DE%20SIQUEIRA%20%28ERRO%20M%c3%89DICO%20-%20IMPLICA%c3%87%c3%95ES%20JUR%c3%8dDICAS%2c%20NA%20ESFERA%20C%c3%8dVEL%29.pdf>.

SEGATO, Maria Luiza Camilo. Direito Net. A responsabilidade médica no âmbito do Direito Civil. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10597/A-responsabilidade-medica-no-ambito-do-Direito>

SUCCESSÃO LEGÍTIMA: OS HERDEIROS NECESSÁRIOS E SUA ORDEM DE SUCESSÃO

GILSON APARECIDO TEIXEIRA DE JESUS:

graduando em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis⁵¹.

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(orientador)

RESUMO: A sucessão legítima se dá por decorrência da lei, ou seja, aqueles que são chamados a suceder que a lei indica como sendo os herdeiros. Não se faz necessário testamento para usufruir dos direitos das sucessões em relação dos bens do falecido. São herdeiros na sucessão legítima na seguinte ordem os descendentes, ascendentes, cônjuge e os colaterais. A sucessão legítima está estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Herdeiros. Necessários. Sucessão. Legítima

ABSTRACT: Legitimate succession occurs as a result of the law, that is, those who are called to succeed that the law indicates as the heirs. A will is not required to enjoy the rights of succession in relation to the assets of the deceased. Heirs in the legitimate succession in the following order are the descendants, ascendants, spouse and collaterals. Legitimate succession is established in Article 1,829 of the Civil Code of 2002.

Keywords: Heirs. Needed. Succession. Legitimate

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como principal tema analisar a Sucessão Legítima: Herdeiros necessário e sua ordem de sucessão. Sucessão legítima é a transferência causa mortis concedida a pessoa indicada pela legislação como herdeiro do autor do *cujus*. A sucessão deverá ser feita ordem de vocação ou pela forma em que o sucessor indicou, uns na falta dos outros ou em concorrência.

O artigo trás resumidamente os principais pontos do Direito das Sucessões, de que forma as regras do direito de vocação auxiliam durante a partilha dos bens mesmo sendo um conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio para o herdeiro.

⁵¹ E-mail: gilsonapteixeira@gmail.com

A partilha dos bens do falecido se não expressão em testamento suas vontades deverão ser preenchidas conforme expressa no Código Civil em seu artigo 1.829 que toda pessoa que tiver legitimidade para herdar os bens do falecido deverá ser notado conforme seu grau de hereditariedade.

Deve obedecer ao grau de parentesco estipulado pelo Código Civil, cumprindo a vontade do falecido ou o que estabelece o grau de parentesco exposto no Código Civil. A ordem para o chamamento se iniciará pelos descendentes, em seguida os ascendentes e posteriormente o cônjuge caso não houver os dois primeiros herdeiros mencionados e por fim se não houver nenhum dos três herdeiros mencionados acima chama-se o colateral.

2- METODOLOGIA

O artigo foi realizado com Código Civil, Normas, monografias, orientação do professor, além de outras matérias disponíveis na biblioteca da faculdade, materiais sucessões legítimas. O artigo tem como fundamento expor a sucessão legítima no âmbito do Direito e suas sanções civil.

3- DESENVOLVIMENTO

Para a realização desta pesquisa, foram encontrados artigos científicos publicados sobre o tema sucessão legítima, os encontrados na base de dados Google Acadêmico.

3.1 Das regras da sucessão legítima

Só convoca uma nova classe quando não há herdeiros na classe anterior, tendo como exemplo não se cita os ascendentes se há descendentes. No mesmo grau mais próximo exclui os mais remotos, ou seja, não se chama neto se há filho, salvo se houver direito de representação. Os artigos 1.836 e 1.838 expõe que

Art. 1.836: Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Art. 1.838: Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente

Pela precedência, o Código Civil impõe que os descendentes serão os primeiros a serem invocados para o apossamento da herança.

Em terceiro grau vem os primos, o tio-avô e o neto sobrinho, são colaterais de quarto grau. Salientando que no direito sucessório se considera somente parentesco até quarto grau, portanto os irmãos são parentes colaterais em segundo grau, tio e o sobrinho são parentes colaterais também.

A dois modos de sucessão legítima direito próprio ou direito por representação, o direito próprio é quando a herdeira da classe chamada, ou seja, filho herda por direito do pai. Já no direito de representação se toma o lugar de herdeiro pré-morto o "Art. 1851; Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse."

Ou no caso de ser indigno que será excluído do patrimônio daquele que o afastou da sua sucessão, "Art. 1.816 São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão."

3.2 Sucessão dos descendentes

Os descendentes tradicionais ocupam posicionamento excepcional na linhagem hereditária estipulada pelo Código Civil em vigor. O artigo 1.835 do Código Civil diz que na falta de filhos é chamado os netos, e faltando tais é chamado bisneto á exceção de direito de representação que expõe:

O artigo 1.835 do Código Civil:

Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

4. SUCESSÃO DOS ASCENDENTES

Na inexistência de descendentes do falecido, os ascendentes receberão a herança total. Não havendo limitação do grau mais próximo, sendo em linha reta infinita, podendo ser o sucessor da herança, seus pais, avós, bisavós e assim em diante. O patrimônio terá que ser dividido em partes (pai e mãe) descartando a possibilidade de concorrência sucessório do cônjuge a qual será severamente analisada.

Neste caso Descender o representante pelo representado é regulado pelo Artigo 1.852 do Código Civil, o qual define o **direito de representação**, o qual ocorre na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.1.852 do Código Civil"

Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente. (Código civil)

4.1 Sucessão do Cônjuge

O código civil atual dá ampla proteção ao cônjuge. O cônjuge continua na terceira ordem de vocação hereditária, passando a concorrer com os herdeiros que antecedem. Há uma ressalva no Código civil do artigo 1.830 Código Civil expõe:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

A Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, **possibilitou a realização de inventário e divórcio por Escritura Pública**, ou seja, por Tabelionato de Notas. Essa norma acarretou benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto para as partes, quanto para o Estado. Em resumo a lei 11.441/2007:

A **Lei 11.441**, de 04 de janeiro de 2007, possibilitou a realização de inventário e divórcio por Escritura Pública, ou seja, por Tabelionato de Notas. Essa norma acarretou benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto para as partes, quanto para o Estado

O artigo 1.723 do código civil ressalta união estável como entidade familiar, desde que seja pública, contínua e duradoura, e com o objetivo de constituir família. ela. O artigo do código civil dispõe :O artigo 1.723

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

5 SUCESSÃO COLATERAL

Quando inexistir descendentes e ascendentes a herança progredirá integralmente para o cônjuge ou companheiro sobrevivente não importa qual o regime de bens, porém quando não existir o cônjuge ou companheiro a herança encaminha-se para os colaterais até quarto grau.

Na linha colateral são herdeiros irmãos até segundo grau, sobrinhos até terceiro grau, tios até terceiro grau, primos até quarto grau. Lembrando que há direito de representação entre irmãos exposto no artigo 1.840 do Código Civil:

Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Quando ocorrer a concorrência entre tios e sobrinhos, herda o sobrinho de forma exclusiva. Já se a concorrência ocorre entre irmãos o código faz distinção entre irmão bilateral ou unilateral. Na sucessão o herdeiro unilateral receberá metade daquilo que cada herdeiro bilateral receber.

6 CONCEITO E HIPÓTESES DE CABIMENTO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Se dá sucessão legítima quando a transmissão causa mortis é concedida para os herdeiros indicados pela lei. Em via de regra quando falece o autor da herança ab intestato sem deixar suas vontades declaradas. A sucessão testamentaria e a legítima pode ser simultânea. Há principal pauta é o cabimento da sucessão legítima que conferem a herança sendo intitulados em lei. Ocorrerá sucessão legítima também em situação de caducidade, nulidade e anulabilidade do testamento.

A caducidade se dá por fatos alheios, ou seja, quando o testador e posterior impedem a realização com eficácia. Se o herdeiro premorrer o testador ou simultaneamente a ele, se não houver o implemento da condição quando instituída de herdeiro ou legatário, se falecer antes do implemento da qual dependia a herança ou legado, renúncia da herança por parte do herdeiro ou legatário ou incapaz ou excluído da herança. Em caso de pré-morto ou renúncia predomina a sucessão testamentária irá se transformar em legítima somente se não tiver nomeação substituto testamentário.

Acontecerá testamento nulo quando celebrado por incapaz, menor de idade ou por quem não está em seu equilíbrio mental quando celebrado o testamento, sendo ilícito e impossível, quando o caso de legado de coisa certa o testador não abrirá a sucessão ou materialidade.

CONCLUSÃO

O artigo mostra a importância do Código Civil para definir a sucessão em seus artigos 1.829 a 1.844 que mostra a sucessão legítima onde o falecido não deixa testamento havendo assim a necessidade preferencial de herdeiros, ou seja, são chamados para suceder o patrimônio do falecido.

Desta forma a ordem de vocação hereditária é demonstrada pelo Código como chamamento de sucessores onde a divisão será realizada por classes e graus. As classes são ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais até o quarto grau determinado pelo artigo 1.829 do Código Civil.

A sucessão ocorre por disposição de última vontade por sucessão testamentária, ou por sucessão legítima através da lei. Na sucessão legítima são chamados a suceder aqueles que a lei indica como sucessores do autor da herança.

Por fim a Sucessão se faz necessária para colocar ordem, vivemos em uma sociedade baseada em interesses o Estado interfere de modo sutil para que a herança seja partilhada de forma justa caso a vontade do falecido não foi expressa.

REFERÊNCIAS

MENIN, Márcia Maria. Direito civil: direito das sucessões. São Paulo: RT, 2008. DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENIN, Márcia Maria. A necessidade da equiparação entre união estável e casamento para fins de direito sucessório. In: HIRONAKA,

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil: parte especial. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira. Do direito das sucessões. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

Giselda Maria Fernandes Novaes (org.). A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. v.2. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 272-296.

Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Orientador. Email: stanley-marcus@hotmail.com PEREIRA, Tatiane. Sucessão entre irmãos unilaterais e bilaterais observando o art. 1841 do código civil e o princípio da igualdade. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/435/1/Tatiane%20Pereira.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 abr. 2019. BRASIL. Projeto de Lei nº 6.880/2010.

Código Civil: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 abr. 2019. BRASIL.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de direito civil. v.6. São Paulo: RT, 2003. CASSETARI, Christiano;

Altera o art. 1841 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467620>. Acesso em: 29 set. 2019. CORREA, Edvaldo Dandolini. A (in) constitucionalidade da

sucessão entre irmãos. Disponível em:
<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6785/TCCEDVALDO-%20PARA%20AUTO%20ARQUIVAMENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 abr. 2019. OLIVEIRA, Euclides de. Direito de herança: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005

2 UNIVAG - Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

CRIMES PRATICADOS POR MULHERES, VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

GABRIEL BOCCHI DA SILVA:
Graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis⁵².

ALEXANDRE YURI KIATAQUI⁵³

(orientador)

Resumo. A violência doméstica é um tema que revela padrões sociais, culturais, políticos e legais, pois a sociedade se fecha e o Estado não pode proteger grupos sociais tão frágeis. Alguns benefícios são revelados pela violência contra a mulher. Nessa perspectiva, a vítima de violência doméstica, diante de um Estado impossibilitado e de uma sociedade silenciosa, pode ser obrigada, por circunstâncias anormais, a agir para evitar maiores danos, o que nem sempre acontecerá diante da violência. agressão iminente ou atual, pois decorre de toda uma situação de um ciclo de violência, e não apenas de uma agressão instantânea e isolada. Portanto, o objetivo da pesquisa é descrever através revisão da literatura a questão sobre a aplicação da legítima defesa em crimes cometidos por mulheres vítimas de violência. Para tanto, foram utilizadas pesquisa bibliográfica a partir de livros de doutrina, em artigos científicos acadêmicos da internet, além de monografias que atenderam aos requisitos do tema abordado. Como resultado, estudos apontam que a inaplicabilidade da conduta diversa, segundo a doutrina mais moderna, pode ser entendida como condição geral de culpa, ou seja, só pode ser punido quem agiu quando não pôde agir, ou agiu de outra forma. Conclui-se que a tese da legítima defesa antecipada (que parte da doutrina entende como hipótese de inexigibilidade das diferentes condutas) também poder ser aplicada aos casos de meninas vítimas de violência que atuam contra o agressor, pois, ao contrário da legítima defesa clássica, não requer agressão presente ou iminente, desde que seja futura e certa.

Palavras-chave: 1 Violência. 2 Violência Doméstica. 3 Crimes de Mulheres.

Abstract. Domestic violence is a theme that reveals social, cultural, political, and legal patterns, because society closes, and the state cannot protect such fragile social groups. Some benefits are revealed by violence against women. In this perspective, the victim of domestic violence, in the face of an impossible State and a silent society, may be forced, by abnormal circumstances, to act to avoid further harm, which will not always happen in the face of violence. imminent or current aggression, as it stems from a whole situation of

52 E-mail: Graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

53 Professor Especialista do Curso de Direito da Universidade Brasil - UB/ campus Fernandópolis- SP

a cycle of violence, and not just from an instant and isolated aggression. Therefore, the aim of the research is to describe through a literature review the question about the application of self-defense in crimes committed by women victims of violence. For this, bibliographic research was used from doctrine books, in academic scientific articles of the Internet, in addition to monographs that met the requirements of the theme addressed. As a result, studies indicate that the inapplicability of diverse conduct, according to the most modern doctrine, can be understood as a general condition of guilt, that is, only those who acted when they could not act can be punished, or acted otherwise. It is concluded that the thesis of early self-defense (which part of the doctrine means as a hypothesis of non-enforceability of different behaviors) can also be applied to cases of girls victims of violence that act against the aggressor, because, unlike classical self-defense, it does not require present or imminent aggression, provided that it is future and certain.

Keywords: 1 Violence. 2 Domestic. 3 Woman.

Resumen. La violencia doméstica es un tema que revela patrones sociales, culturales, políticos y legales, porque la sociedad se cierra y el Estado no puede proteger a grupos sociales tan frágiles. Algunos beneficios son revelados por la violencia contra las mujeres. En esta perspectiva, la víctima de la violencia doméstica, frente a un Estado imposible y una sociedad silenciosa, puede verse obligada, por circunstancias anormales, a actuar para evitar daños mayores, lo que no siempre sucederá frente a la violencia. Agresión inminente o actual, ya que se deriva de toda una situación de ciclo de violencia, y no sólo de una agresión instantánea y aislada. Por lo tanto, el objetivo de la investigación es describir a través de una revisión de la literatura la cuestión sobre la aplicación de la legítima defensa en los delitos cometidos por mujeres víctimas de violencia. Para ello, se utilizó investigación bibliográfica a partir de libros de doctrina, en artículos científicos académicos de Internet, además de monografías que cumplieran con los requisitos del tema abordado. Como resultado, los estudios indican que la inaplicabilidad de conductas diversas, según la doctrina más moderna, puede entenderse como una condición general de culpabilidad, es decir, solo aquellos que actuaron cuando no pudieron actuar pueden ser castigados pueden ser castigados, o actuaron de otra manera. Se concluye que la tesis de la autodefensa temprana (que parte de la doctrina entiende como hipótesis de no exigibilidad de diferentes comportamientos) también puede aplicarse a casos de niñas víctimas de violencia que actúan contra el agresor, porque, a diferencia de la autodefensa clásica, no requiere agresión presente o inminente, siempre que sea futura y cierta.

Palabras clave: 1 Violencia. 2 Domestico. 3 Mujer.

1 INTRODUÇÃO

Desde a revolução feminista, a conquista dos direitos da mulher vem tornando-se realidade no contexto brasileiro. No entanto, apesar das inúmeras conquistas obtidas, ainda há um considerável número de mulheres que vivem cabisbaixas, suportando a violência e o sofrimento com que convivem no seu próprio meio familiar.

A violência doméstica é um problema que expõe normas sociais, culturais, políticas e até mesmo legais, sendo um ato discriminatório dirigido principalmente às mulheres que buscam estabelecer relações próximas e amorosas com suas vítimas, independentemente do sexo dessa pessoa, mas geralmente é praticada por um membro da família que viva com a vítima.

Pelo conceito da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), podemos considerar violência doméstica e violência familiar "qualquer ato ou omissão baseado no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou emocional, dano moral ou material." (BRASIL, 2006).

O presente trabalho pretende analisar os crimes praticados por mulheres vítimas de violência doméstica contra o seu agressor, pois, em nosso país, são cometidas diariamente as mais diversas formas de violência contra mulher. É crescente o número de homicídios registrados contra a mulher no Brasil, mesmo após a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Com isso em mente, é comum ouvir frases populares como "mulher gosta de apanhar", "não deve saber por que bate nele, mas saberá por que apanha". Essas percepções, além da questão cultural, também decorrem das dificuldades que as vítimas desse tipo de violência têm em pedir e obter ajuda.

A inviabilidade de outras ações (exclusão de culpa) ou a aplicação da conjectura da legítima defesa esperada quando as mulheres cometem crimes no contexto de um relacionamento violento é um tema pouco abordado, exceto em situações atualmente amparadas pela legítima defesa clássica.

Nesse contexto, é interessante a vislumbre finalista dos comportamentos que deslocou a oponibilidade de diversos comportamentos para a culpa, pois se for aplicada em sua essência, e combinada com a conjectura da normalidade da concomitância circunstâncias, pode corrigir certas injustiças que pairam sobre o direito penal, pois, como ensinam tais correntes dogmáticas, a conduta a ser atribuída integralmente ao acusado não deve conter defeitos de vontade ou de saúde mental.

Portanto, o objetivo da pesquisa é descrever através revisão da literatura a questão sobre os crimes que são praticados por mulheres vítimas de seu agressor.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A História do Combate à Violência e Discriminação Contra e Mulher

Os tipos de violências que são praticados em desfavor das mulheres por conta do gênero podem acontecer de diversas formas, vale considerar a violência qualquer tipo de ameaça que atinge sua integridade física ou psicológica, também vale ressaltar o tipo violência mais comum que é a doméstica que na maioria das vezes é praticada por seus companheiros.

Nesse tipo de violência fica explícito estatisticamente que as mulheres são as maiores vítimas na esfera doméstica deixando claro que estes crimes estão relacionados ao gênero. Em relação a morte de pessoas do gênero masculino a taxa também é alta, porém eles morrem na maioria das vezes em esfera pública e normalmente são assassinados por outros homens, cabe também observar que na maioria desses assassinatos se envolve também a questão da masculinidade, a maior parte dessas mortes estão relacionadas a uma briga que se inicia por uma questão que eles consideram de domínio masculino.

Quando falamos de mulheres vemos que o maior índice de violência acontece dentro das casas das vítimas, estatisticamente podemos concluir que este tipo de violência é diretamente ligado a questão de gênero.

Diante disso, é importante pensarmos o quanto as relações públicas estão ligadas a isso, pois durante anos de história a cultura separou a vida doméstica da vida pública trazendo no subconsciente das pessoas que a vida doméstica foi designada e a vida pública para homens.

Disto isso, podemos ver a maioria das leis foram criadas para cuidar da vida pública como se a esfera privada não tivesse relação com a pública, trazendo assim para a sociedade que sua vida privada não poderia interferir na sua vida pública. Podemos pensar que as estruturas de poder que se formam na sociedade e então, neste caso, temos uma hierarquia de atuação entre os sexos que se reproduzirá dentro da esfera doméstica.

Um dos fatores que fazem com que as mulheres não denunciem e que sempre existe uma relação afetiva com o agressor, sendo ele seu marido, seu pai ou até mesmo seu irmão, não fazendo a denúncia por muitas vezes acharem que aquilo é problema particular. Muitas vezes a maioria das mulheres sofrem o mesmo tipo de violência, isso torna o problema mais social do que individual, e nesse momento que buscamos a intervenção do Estado com criação de leis mais rigorosas e medidas protetivas para proteger essas mulheres.

2.2 Os Efeitos da Proteção Positiva do Brasil Após a Divulgação da Lei Maria da Penha e os Fatores que levaram a sua Implementação.

A Lei 11.340/06, que entrou em vigor em 7 de agosto de 2006, ficou conhecida como “Lei Maria da Penha” logo após sua alteração, embora não haja referência a tal denominação no texto. (CUNHA; PINTO, 2018).

Silva (2017) aponta que a lei foi resultado de uma luta coletiva dos movimentos sociais para combater os altos índices de violência doméstica e familiar que atingem o país. Segundo Canezin (2018), a lei surgiu como um instrumento legal que pode coibir todas as formas de violência contra a mulher. (CANEZIN, 2018).

Nessa direção, Montenegro (2015) promulgou a Lei 11.340/2006 para garantir o tratamento adequado às mulheres em situação de violência doméstica ou familiar, e por isso já deu nomes de mulheres, ‘Maria da penha’, com isso, segundo o mesmo autor, a lei prevê algumas proteções para as mulheres e, portanto, vai além da natureza criminal das medidas. (MONTENEGRO, 2015).

É considerado um divisor de águas no movimento pelos direitos das mulheres e foi “batizado” em homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, casada com Marco Antônio Herredia Viveros, economista colombiano naturalizado brasileiro que tentou neutralizá-la por duas vezes (CUNHA; PINTO, 2018).

Nessa direção, Silva (2017, p. 76) defende que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é positiva em razão do sofrimento da mulher, e já desde o artigo primeiro fica claro qual é a sua principal finalidade você pode ver a seguir:

Esta Lei cria dispositivos para moderar e precaver a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos dos §§ do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais reconhecidos pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a formação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e determina parâmetros de proteção e anteparo às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Silva (2017) argumenta que a aprovação da Lei 11.340/2006 vai um passo além. Porque antes disso violência doméstica não era entendida como crime e o que triunfava era o velho jargão de “briga de marido e mulher não se põe a colher”. Segundo a autora,

não há indícios de punição para quem agride a mulher dentro de casa, porque isso é considerado ato normal. (SILVA, 2017).

Embora seja importante ressaltar que os crimes tratados na Lei 11.340/2006, em asserção, são de função da Justiça Estadual, por serem considerados como método de ofensas aos direitos humanos, podem porventura, por meio de iniciativa do Procurador Geral da 35 República, terem a atribuição deslocada para a Justiça Federal (CARVALHO, 2017).

A violência doméstica e familiar se configura em qualquer atividade ou omissão fundamentada no gênero que lhe cause morte, malefício, abalo, físico, sexual, psicológico, dano moral e patrimonial.

Vindo da esfera doméstica, em área de família, em qualquer relação de afeto, na qual o agressor viva ou tenha vivido com a mulher que tenha sido ofendida.

No entanto, para Montenegro (2015) as mulheres não são as únicas vítimas potenciais de violência doméstica e, com isso, o artigo 129 do Código Penal, em seu §9º, na sua redação, não restringe o sujeito passivo, mais sim abrange todos os sexos.

No mesmo sentido, a Lei 12.403/2011 altera a redação do inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal e proporciona a concessão das medidas protetivas de urgência além das mulheres para: criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (CUNHA; PINTO, 2018).

Por esta razão, Moraes (2016, p. 693) argumenta o que deve ser refletido “não é à igualdade perante a lei, mas o direito à igualdade por meio da extinção da desproporção, o que impõe que se estipula diferenciações específicas como uma só forma de dar efetividade ao preceito isonômico afamado na Constituição”.

Campos (2016) descreveu que as principais inovações trazidas pela lei 11.340/2006 são a concepção dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o veto da aplicação das penas, a chance de concessão das medidas protetivas de urgência, isto e sendo de caráter híbrido sendo a um só tempo, penas e cíveis.

Simultaneamente, a Lei 11.340 2006 sancionou as tarefas existentes e entreviu a elaboração de atuais, o que resultou nos serviços qualificados: casas abrigo, delegacias especializadas, núcleo de defensorias especializados, serviços de saúde especializados, centros especializados da mulher, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, Promotorias Públicas especializadas ou Núcleo de Gênero do Ministério Público (CUNHA; PINTO, 2018).

Pasinato (2021) observa que, embora a lei preveja uma rede de serviços para o enfrentamento dessa violência, o que parece prevalecer é apenas uma ação judicial dos casos, não ocorrendo incorporação entre as tarefas e, por conseguinte, a complexidade em alcançar os fins propostos pela lei.

Dessa maneira, a lei transfigura o tratamento legal dado aos casos de violência doméstica contra a mulher, fazendo-se crimes e buscando acriminar o dia a dia de mulheres que estão sujeita a violência, dando assim a possibilidade não somente de uma denúncia feita pela vítima, mais também de toda sociedade (SILVA, 2017).

Machado (2013) cita que a importância deste dispositivo e possivelmente concedida ao acontecimento de centralizar factualmente a Lei Maria da Penha e absorvê-la enquanto o movimento feminista brasileiro marca desenvolvimento de uma luta que dilata o conceito de violência para trazer proteção máxima aos direitos das mulheres. Por conseguinte, a Lei Maria da Penha traz uma leitura com visões políticas do passado, trazendo então o esteio necessário para o resgate da memória que envolve a luta da violência contra a mulher (MACHADO, 2013, p. 67).

No entanto, a autora argumenta que, sem o apoio deste documento, muitas das preocupações feministas do passado não teriam sido expressas com profusão nos discursos de juristas, jovens e ativistas que teriam retomado sua luta pela lei. (MACHADO, 2013).

2.3 Dados Sobre Violência Doméstica no Brasil

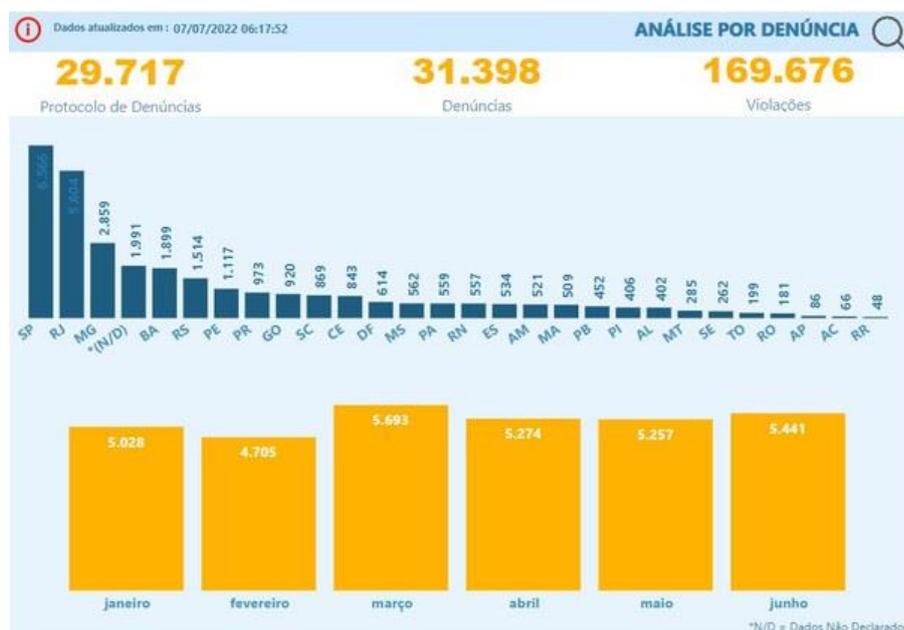
O mês de conscientização contra todos os tipos de violência doméstica sofridas por mulheres, agosto lilás, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) disponibiliza informações sobre o primeiro semestre de 2022, a central de atendimento registrou 31.398 denúncias e 169.676 violações envolvendo a violência doméstica contra as mulheres no Brasil. (IBGE, 2022).

Para Silva (2017), reforçar a importância da disseminação dos canais de denúncia para todos os atos de violência contra a mulher é sempre uma oportunidade para enfrentar a subnotificação existente no país em casos de medo e dificuldade da mulher sair dos ciclos de violência.

Sabe-se que cerca de 70% das mulheres vítimas de feminicídio no Brasil nunca passaram pela rede de proteção, por isso, reitera-se que o Ligue 180 funciona 24h por dia (CUNHA; PINTO, 2018).

O número de casos de violações aos direitos humanos de mulheres, acima apresentados, são maiores do as denúncias recebidas, pois uma única denúncia pode conter mais de uma violação de direitos humanos. Os dados referem-se à violência

doméstica ou familiar contra mulheres brasileiras até a primeira semana de julho de 2022, como ilustra o gráfico abaixo.



Estima-se que cinco mulheres sejam espancadas a cada dois minutos no Brasil. Uma pesquisa com mulheres em espaços públicos e privados no Brasil constatou que mais de 80% dos casos notificados foram atribuídos a um parceiro (marido, namorado ou ex). (FPA/Sesc, 2010).

Segundo o Mapa da Violência 2012: Assassinatos de Mulheres no Brasil (2012), 2 em cada 3 pessoas que procuram tratamento para violência doméstica ou sexual no SUS são mulheres. E 51,6% das consultas responderam que a violência contra a mulher havia reincidido. O SUS atendeu mais de 70 mil mulheres vítimas de violência em 2011, sendo que 71,8% das ocorrências ocorreram no domicílio.

Não é por acaso que um estudo sobre violência e assassinatos contra mulheres (Data Popular/Instituto Patrícia Galvão, 2013) revelou sérias preocupações com a violência doméstica. 70% da população brasileira sofre mais com violência doméstica do que em locais públicos.

Os dados da pesquisa também mostram que esse problema existe no dia a dia da maioria dos brasileiros. Entre os entrevistados de ambos os sexos e de todas as ocupações, 54% já conhecem uma mulher que foi agredida pelo companheiro e 56% conhecem um homem. Uma pessoa que ataca um parceiro.

Apesar dos dados alarmantes, essa gravidade é muitas vezes mal compreendida. Isso se deve aos mecanismos históricos e culturais que criam e perpetuam as desigualdades entre homens e mulheres, estabelecem pactos de silêncio e compactuam com esses crimes.

Na Pesquisa sobre Tolerância Social à Violência contra a Mulher (IPEA, 2014), 63% dos entrevistados concordaram total ou parcialmente que os incidentes de violência doméstica devem ser discutidos apenas dentro da família. Além disso, 89% concordaram que "roupas sujas devem ser lavadas em casa" e 82% concordaram que "não devemos nos envolver em disputas conjugais".

2.4 Das Medidas Protetivas de Urgência

A Lei Maria da Penha prevê, nos artigos 22,23 e 24, Medidas Protetivas de Urgência, que visam garantir a segurança das mulheres vítimas de violência e de seus cônjuges após o registro da denúncia na delegacia.

O artigo 22 da Lei Maria da Penha prevê medidas que impõem as seguintes obrigações aos infratores, quando constatado que houve violência doméstica contra a mulher no termos da lei citado anteriormente o juiz terá possibilidade de aplicar imediatamente ao agressor a seguintes medidas de urgência, suspensão e restrição da posse de armas, obrigatoriedade de afastamentos do lar, proibição de certas condutas sendo algumas delas a não aproximação da ofendida fixando um limite de distância, não comunicação do agressor com a ofendida por qualquer meio, restrição de visitas aos dependentes menores, prestação de alimentos.

Os artigos 23 e 24 são ações que o Juiz poderá adotar para proteção da vítima:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - Determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL, 2015).

Ainda é previsto em lei que medidas que ensejam obrigações ao agressor, como afastamento do lar, proibição de contato com a ofendida, bem como medidas que assegurem a proteção da ofendida, como por exemplo, encaminhá-la junto com seus dependentes a programa oficial de proteção, determinar a recondução da vítima ao seu domicílio.

Se o agressor não cumprir as medidas de proteção, comete novo crime e poderá ser preso. Porém, acontece que, apesar de existir uma lei protetiva, muitas vítimas não vão buscar amparo da justiça brasileira. Isso acontece pelo fato do Brasil ser o 5º (quinto) país onde há mais casos de feminicídio no mundo, de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).

Com isso as medidas protetivas acabam sendo ineficazes, pois o governo sob o argumento de dificuldades orçamentárias, deixam de fazer os investimentos necessários para a efetivação da proteção das vítimas de violência doméstica. O que gera uma insegurança por parte dessas mulheres a buscar amparo junto aos órgãos estatais.

Cumprir destacar, que atualmente as medidas protetivas são tutelas de urgência autônomas, de natureza cível e de caráter satisfativo e devendo permanecer até que seja assegurada a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da vítima, portanto, estão desvinculadas de inquéritos policiais e de eventuais processos cíveis ou criminais. Elas se assemelham aos writs constitucionais, como o mandado de segurança e o habeas corpus.

A Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, apresenta além das características relacionadas à violência doméstica e familiar, medidas de proteção e intitula instituições necessárias na prestação do atendimento especializado, bem como: Medidas Integrativas de Prevenção; assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar; o atendimento pela autoridade policial e suas especificações; medidas protetivas de urgência; atuação do Ministério Público; assistência judiciária; equipe de atendimento multidisciplinar, abordando assim as responsabilidades de cada abrangência.

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar (BRASIL, 2006).

Em especial, os Art. 34 e 35, dos quais trata a implantação das curadorias e serviços de assistência judiciária necessária e complementar as Instituições de Juizados, abrangendo as três esferas de governo, Federal, Estadual e Municipal:

I - Centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - Casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - Programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - Centros de educação e de reabilitação para os agressores (BRASIL, 2006).

As políticas públicas de acesso a direitos têm como entidades: o Ministério da Saúde, Ministério do desenvolvimento social (MDS), Secretaria de políticas para as mulheres da Presidência da República (SPM-PR); Sistema de Justiça, envolvendo a Defensoria pública, Ministério público e Poder judiciário; Assistência social e saúde, Unidades de Saúde, Centros de assistência social (CRAS) e Centros de Referência Especializados em assistência social (CREAS); Organizações da sociedade civil; Serviços de atendimento e enfrentamento à vítima (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2017).

Por outro lado, se faz presente à fragilidade do poder judiciário brasileiro na resolutividade dos processos que vem se arrastando, principalmente quanto às varas especializadas, que sofrem com a escassez de recursos humanos de acordo com a demanda. Aspectos que refletem diretamente na garantia dos direitos às mulheres que procuram os serviços de atendimentos especializados, ressaltando a fragilidade de um sistema sobrecarregado (MELLO, 2016).

2.5 A Possibilidade de Exclusão da Responsabilidade por Crimes Cometidos por Mulheres em Razão da Situação Violenta

Primeiramente, vale trazer que, de acordo com Silva (2017), considerando todo sofrimento causado nessas mulheres (que podem ter durado anos), no sentido de considerarmos toda mudança emocional e psicológica que pode causar em uma mulher, vítima de violência doméstica, fazendo com que elas tenham respostas agressivas, que ultrapasse o cabimento da legítima defesa (instituto já existente, e que mais incide sobre esses casos).

Vale ainda destacar que o instituto de legítima defesa está na caracterização não premeditada (algo momentâneo), não se encaixando na hipótese em comento, já que este recurso não é suficiente para salvar a vida da vítima. (CUNHA; PINTO, 2018).

Ao discorrer sobre a (dez) penalização das condutas cometidas por mulheres, vítimas de violências, contra os agressores, é preciso analisar os requisitos da legítima defesa (uma das causas excludentes de ilicitude que constam expressamente no Código Penal) e a aplicabilidade ou não do referido instituto nos casos aqui tratados.

Assim sendo, a posição da legítima defesa no sistema jurídico-penal vigente como causa de exclusão de ilicitude se justifica na medida que visa a proteção dos bens jurídicos tutelados, não para punir a agressão, mas para preveni-la.

No ordenamento pátrio, foi positivada com a seguinte redação:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II - em legítima defesa; Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (BRASIL, 1940).

É neste ponto que se encontra a problemática em se aplicar o instituto da legítima defesa (clássica) aos casos de mulheres vítimas de violência que agem contra os agressores, pois conforme já mencionado, a violência doméstica tem por característica a continuidade, não sendo um evento instantâneo nem isolado. É um tipo de violência que tem um caráter habitual, se manifestado diuturnamente (aqui nos referimos não tão somente à violência física, mas sim a todas as suas formas de manifestação).

Deve-se considerar em uma possível excludente de culpabilidade, pautada e exibida, a partir de todas as circunstâncias da vivência da vítima, que fizeram com que a autora chegasse no ponto de tomar tal atitude, a partir de uma falha estatal, e nas consequências emocionais que isso pode gerar.

Dessa forma, devemos conceituar “excludente de culpabilidade”, a partir do nosso Código Penal Brasileiro (FACHINI, 2020):

“O excludente de culpabilidade é uma das situações em que o sujeito que cometeu um crime é afastado ou excluído da culpa de tê-lo cometido. Se encontra nas situações em que o fato gerador do ato ilícito é atípico em relação à penalidade prevista em lei. Isso quer dizer que houve um ato ilícito e tipificado como tal no Código Penal, mas o agente que o cometeu não é responsável pela culpa de tê-lo cometido”.

Ademais, em sua pesquisa (FERREIRA; NEVEZ; GOMES, 2018) trazem que mulheres são prejudicadas perante a Justiça, quando são julgadas pelo crime de homicídio praticado contra agressores, isso porque, os moldes da aplicação da Justiça não são completos para averiguar as circunstâncias em que se deram os fatos.

Quando se analisa um fato como este, apartado do passado, é difícil de alcançar um patamar suficientemente bom da dimensão das circunstâncias em que foi cometido, considerando que falamos de um crime, onde a dificuldade em reunir provas sobre as alegações trazidas, é tremenda, e ainda mais se contar com uma misoginia estrutural e uma ineficiência violenta dos profissionais da Justiça, ao lidar com uma homicida, que em outro momento foi uma vítima.

Falando da mesma linha abordada, Mello (2018) traz a extrema importância dessa tipologia de homicídio, em "Homicídio Maus-Tratos", sendo uma tipologia utilizada para falar de mulheres homicidas, que matavam seus parceiros agressores. (FERREIRA; NEVEZ; GOMES, 2018).

Esta noção remete para um crime unicamente perpetrado por mulheres sobre os seus companheiros que as maltrataram durante longos períodos. Apesar de muitas ponderarem ou tentarem de facto cometer suicídio, o homicídio dos seus companheiros surge como a opção mais viável para, porém fim ao seu sofrimento, particularmente, em momentos de estados emocionais vulneráveis, após episódios de violência verbal e/ou física (FERREIRA; NEVEZ; GOMES, 2018).

Por fim, para que esse meio seja eficaz, não podemos esquecer do dever do Estado, a partir da nossa Legislação, de zelar pela integridade física e psíquica de todas as mulheres. A inovação Legislativa, quanto a criação de uma excludente de culpabilidade, seria a tentativa de uma correção do Poder Judiciário, para aqueles casos (que como trazido no referido trabalho, são bem comuns) em que seus meios em vigor não foram suficientes, ou seja, uma forma de oferecer uma via para as vítimas de violência doméstica, de autodefesa e zelo por suas vidas, em exercício de suas próprias razões, um meio do poder privativo. Vale destacar, que a criação desse meio excepcional, não é exclusivo, visto que mulheres são prejudicadas pelos moldes pré-existentes da Justiça, dia pós dia.

CONCLUSÃO

Finaliza-se que o propósito do estudo foi concluído trazendo a questão dos crimes que são por cometidos por mulheres vítimas de violência por meio de uma revisão de literatura. Neste estudo, a violência doméstica contra a mulher é multifatorial, produto de séculos da própria sociedade, fruto de anos de abuso e de uma cultura de machismo herdada do patriarcado por omissão do Estado e da sociedade. A sociedade tem sido negligente, quando ela mesma contribui para o aumento dos níveis de violência doméstica e familiar no Brasil.

A violência doméstica e familiar contra a mulher, por sua vez, é uma realidade dura e persistente, mas, a Lei Maria da Penha surgiu para modificar expressivamente as relações entre mulheres vítimas de violência doméstica e seus agressores.

Na maioria das vezes em um ambiente doméstico e sem testemunhas, caso evidenciado que a mulher ao acometer ou matar seu atacante tenha atuado em legítima defesa com todos os requisitos para caracterização da tese, será reconhecida a excludente

de ilicitude. É infalível a conclusão que ainda é necessário que ocorra uma grande evolução a respeito das mulheres vítimas de violência doméstica, que merecem ter uma nova chance e serem inseridas novamente em uma sociedade que as respeita.

É indispensável que a política pública tire seu foco apenas da penalidade e a prevenção, incluindo ações educativas, que está estipulado na Lei Maria da Penha, mas raramente são executadas, como por exemplo debate sobre gêneros na escola, pois sem profundas mudanças sociais e culturais, será difícil mudar esta realidade infeliz e trágica.

Dessa forma, a capacitação dos profissionais que atendem a estas mulheres, trazendo desta maneira o investimento em infraestrutura dos locais de atendimento deve ser considerado nesta revisão, visto que muitos destes profissionais não se sentem capacitados a realizar o atendimento adequado à estas mulheres que já se encontram, na maior parte das vezes, fragilizadas pela agressão sofrida.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).

BRASIL. Impunidade desafia combate à violência contra mulher no Brasil. 2012. [s.l.]. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/11/impunidadedesafia-combate-a-violencia-contra-mulher-no-brasil.html>. Acesso em: 01 mar 2023.

BRASIL. Presidência da República. 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. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/7680>. Acesso em 23 de mar. de 2023.

CAMPOS, Carmen Hein. Dez anos da Lei Maria da Penha: e agora Maria, para onde? Revista dos tribunais, v. 974, dez. 2016, p. 155-170.

CANEZIN, Claudete Carvalho. O discurso jurídico nos processos da Vara Maria da Penha: uma abordagem estilístico-discursiva. Londrina: Editora da Universidade Estadual de Londrina, 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

CARVALHO, P. L. B. de. Entraves da Lei Maria da Penha no combate à violência contra mulher. *Gênero e Direito*. Paraíba, v. 6, n. 2, p. 69-94, 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/index>. Acesso em: 19 mar 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha*. 11.340/2006. Comentado artigo por artigo. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FACCHINI, R. Feminismos e violência de gênero no Brasil: apontamentos para o debate. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 68, n. 3, p. 4-5, 2020. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v68n3/v68n3a02.pdf>. Acesso em: 13 mar 2023.

FERREIRA, Mafalda; NEVES, Sofia; GOMES, Sílvia. Matar ou Morrer: Narrativas de mulheres, vítimas de violência de gênero, condenadas pelo homicídio dos seus companheiros. *Configurações*. *Revista de sociologia*, n. 21, p. 80-95, 2018.

FONSECA, Maria Fernanda Soares; et al. O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros. *Revista da Faculdade de Direito- JURIS*. v. 28, n. 1, 2018. Universidade Federal do Rio Grande. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/7680>. Acesso em: 22 de mar. de 2023.

IBGE. Pesquisa Pulso Empresa – Indicadores Conjunturais COVID-19. Brasília – DF 2020.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Feminicídio: #InvisibilidadeMata*. 2017. Disponível em: <https://assets-institucionalipgcdndigitaloceanspaces.com/201LivroFeminicid.pdf>. Acesso em 25 mar 2023.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *ATLAS da violência*, 2019. Mapeia os homicídios no Brasil. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784 >. Acesso em 15 mar. 2023.

MACHADO, Isadora Vier. *Da dor no corpo à dor na alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha*. 278 f. Tese (Doutorado) -Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

MELLO, A. R. *Feminicídio: uma análise sociojurídica do fenômeno no Brasil*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 140 - 167, jan. - mar. 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista72/revista72_140.pdf. Acesso 03 mar 2023.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológica-crítica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Adriana; BERNARDES, Márcia; COSTA, Rodrigo. Violência Doméstica, Discriminação de Gênero e Medidas Protetivas de Urgência. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2016

PASINATO, W. Femicídio e as morte de mulheres no Brasil. Cadernos Pagu, n 37, p.224, 2021. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso em 20 fev. 2023.

PITANGUY, Jaqueline. Mulheres, Constituinte e Constituição. In: HESKETH, Maria Aparecida (Org). Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero. Brasília: IPEA, 2013. Cap. 1, p. 17-46.

SILVA, José Wellington Parente. A (in) eficácia da legislação e os instrumentos alternativos de combate à violência contra a mulher: dos pressupostos do Código Penal Brasileiro a aplicação da Lei Maria da Penha. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

SITES

Maria Stella de Amorim, Despenalização e Penalização da Violência Contra a Mulher Brasileira, jfrj.jus, 2008, Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dosviolenciacontramulherbrasileira.pdf>. Acesso: 22/05/2023

Planalto.gov.br, 2006, legítima defesa da honra, feminicídio e outros crimes, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em 22/05/2023

Rogério Sanches Cunha, youtube.com, 2021, Legítima defesa da honra feminicídio e outros crimes, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XIwyZ3o7Cq0> Acesso em:22/05/2003.