

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 380.

(ano VII)

(26/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

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

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

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



26/06/2015 Leonardo Sarmento

» [Lula já conta com HC preventivo para não ser preso pela Operação Lava Jato! Atualizações...](#)

ARTIGOS

26/06/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça - a falta disciplinar e o devido processo legal](#)

26/06/2015 Edjilda Resende de Lima Guerra

» [O papel do Ministério Público como efetivador das diretrizes instituídas pela Nova Lei da Guarda Compartilhada](#)

26/06/2015 Eudes André Pessoa

» [A discriminação contra funcionários homossexuais no local de trabalho](#)

26/06/2015 Leandro Brescovit

» [Benefício assistencial. Uma ajuda para quem se ajuda.](#)

26/06/2015 Marina Gois Mouta

» [O polêmico fator previdenciário](#)

26/06/2015 Guilherme José Pereira

» [Análise sobre as alterações dos artigos 24 e 26 do Estatuto do Desarmamento proposta pelo Projeto de Lei nº 1548 de 2011](#)

**LULA JÁ CONTA COM HC PREVENTIVO PARA NÃO SER PRESO PELA OPERAÇÃO LAVA JATO!
ATUALIZAÇÕES...**

LEONARDO SARMENTO: Advogado, professor, escritor, cronista e articulista.

Um HC preventivo impetrado na Justiça Federal no Paraná nesta quarta-feira (24) pede que Lula não seja preso na Operação Lava Jato, da Polícia Federal, caso o juiz federal Sérgio Moro tome uma decisão nesse sentido.

O Instituto Lula negou a autoria do pedido e “estranha que sua divulgação parta do senador Ronaldo Caiado (DEM-GO)”, como se um ato de defesa do petista – imagine - tivesse sido plantado pela oposição.

Caiado postou no Twitter o documento e escreveu as seguintes frases:

“Temendo ser preso pelos malfeitos que cometeu – disse ninguém mais duvida – Lula apresenta habeas corpus preventivo.”

“Lula ‘Brahma’ quer escapar da responsabilidade no escândalo do Petrolão/Lava Jato. Habeas Corpus prova que o ‘chefe’ foi identificado.”

“Alguém vazou para Lula ‘Brahma’ que ele seria preso nos próximos dias...”

“Confiamos – eu e todo o país – na Justiça. Aguardando o posicionamento do TRF, mas com a convicção de que a lei valerá pra todos.”

Entre os assuntos relacionados na solicitação — feito em uma ação que envolve o ex-diretor da Petrobras Nestor Cerveró —, constam “lavagem” ou ocultação de bens, direitos ou valores oriundos de corrupção” e “prisão preventiva”.

O autor da solicitação, na verdade, é Maurício Ramos Thomaz, de Campinas, que se apresenta como consultor e já ingressou com outros pedidos de HC em casos de repercussão, um deles em favor de Cerveró.

Mas o fato (independentemente da autoria) é que Lula está temeroso de não mais contar com foro por prerrogativa de função e receber a mesma sorte que outros companheiros já experimentaram a sensação.

Corre entre os aliados que a prisão dos presidentes da Odebrecht e da Andrade Gutierrez é sinal de que o ex-presidente será o próximo alvo da Operação Lava Jato. No meio empresarial e político circulava que Marcelo Odebrecht não cairia sozinho.

O *habeas corpus*, assim como os demais direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente pelo Estado Brasileiro ao seu povo, está previsto no art. 5.º da [Constituição Federal \(CF\)](#), cabendo ao inciso LXVIII estabelecer sua previsão maior: “*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”.

Já na órbita legal o *habeas corpus* é balizado pelos artigos [647](#) a [667](#) do Decreto-lei n.º [3.689/41](#) ([Código de Processo Penal – CPP](#)) e pelo art. [23](#) da Lei n.º [8.038/90](#) que reafirma a aplicação das disposições do [Código de Processo Penal](#) no que toca à competência do remédio no Superior Tribunal de Justiça. Além da previsão constitucional e legal, os Regimentos Internos das casas legislativas também estabelecem normas de natureza processual a serem observadas.

Por fim, não obstante a previsão oriunda do Poder Legislativo, o Poder Judiciário também normatiza sobre a matéria; quer nas normas

regimentais dos Tribunais Superiores, quer na hora de sumular sobre o tema.

Enquanto garantia constitucional passiva, trata-se de um remédio constitucional, ou seja, um instrumento colocado “à disposição dos indivíduos pela Constituição Federal, para proteger seus direitos fundamentais” (PINHO, 2006, p.132); já, como garantia ativa, é “uma ação especial, para reclamar o estabelecimento de um direito fundamental violado, o remédio para o mal da prepotência que se manifesta eventualmente contra a liberdade física” (FERREIRA FILHO, 1990, p.75), “o direito de locomoção, o jus manendi, eundi, ambulandi, veniendi, ultro citroque” (TOURINHO FILHO, 2001, p.451); que está privado ou na iminência de o ser, por ilegalidade ou abuso de poder; ressalvados os casos de punição disciplinar; havendo também a faculdade de ser utilizado na forma de recurso.

De fato prevaleceu o impedimento político de se investigar a presidente Dilma Rousseff, visto que sustentamos em artigo precedente pela absoluta inexistência de impedimento jurídico para que a nobre política fosse investigada, quando asseveramos com ineditismo à época que o impedimento constitucional jungia-se apenas a possibilidade de impetrar ação penal.

Segue

artigo:

<http://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/172170208/lava-jato-dilma-nao-deveria-ser-investiga...>

Lula também conta em seu favor com um tácito impedimento político, mas inviável a criação de qualquer impedimento jurídico compatível com o Estado Democrático de Direito, que o impeça de ser

investigado e ter contra o insigne ex-presidente proposta ação penal em caso a justa causa se configura. Aqui não se concebe maiores contorcionismos jurídicos impeditivos, data máxima vênia, como os que se aduziram em favor da preclara presidente.

Em tempo, na dinâmica dos acontecimentos acaba de ser indeferido o HC preventivo, por volta das 15 horas do dia 25/06:

Segundo o desembargador Pedro Gebran Neto do TRF da 4ª Região "não existe fundamento legal para pretensão". Não há qualquer informação concreta sobre aquilo que se imagina uma ameaça ao direito de ir e vir.

O indeferimento já era de se esperar.

E mais!

O magistrado finalizou a decisão declarando que a petição será enviada ao Ministério Público Federal "para adoção de providências cabíveis", tendo em vista que o autor usou linguagem "imprópria, vulgar e chula, inclusive ofendendo a honra de várias pessoas nominadas na inicial".

Thomaz se referiu ao juiz Sérgio Moro com expressões como "hitleriano", definindo o magistrado como "moralmente deficiente". Disse ainda que Moro teria "fraudado a sentença de Nestor Cerveró".

Desta feita pode ser requerida a prisão do afoito Thomaz.

O NOVO ENUNCIADO DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - A FALTA DISCIPLINAR E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de vários livros jurídicos.

Acaba de ser publicado um novo Enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: *“Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.”* (Súmula 533).

Corret ssimo o novo enunciado. Aliás, se respeit ssemos a Constitui o Federal, sequer seria preciso sedimentar este entendimento, pois   comezinho que não se pode sancionar alguém, impondo-lhe a autoria de uma falta disciplinar (que traz consequências extremamente gravosas para o condenado), sem a observância do devido processo legal.

Como se sabe, o Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não   um mero instrumento de efetiva o do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfa o de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Aliás, sobre processo, já afirmou o mestre Calmon de Passos, não ser *“algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A rela o entre o chamado direito material e o processo não   uma rela o meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma rela o integrativa, orgânica, substancial.”*^[1] Nesta mesma obra, o eminente processualista adverte que o *“devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distor es maliciosas, não   sin nimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.”*^[2]

Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia[3]. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito. Como afirma Ada Pelegrini Grinover, *“o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primordialmente – para a garantia do acusado. (...) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.”*[4]

O Processo Penal é antes de tudo *“um sistema de garantias face ao uso do poder do Estado.”* Para Alberto Binder, por meio do Processo Penal *“procura-se evitar que o uso deste poder converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa”*[5]

O saudoso Norberto Bobbio afirmava que os *“direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas*

para a soluço pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia   a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.”^[6] Por outro lado, continua o filósofo italiano, “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”^[7]

Assim, a norma processual, ao lado de sua fun o de aplica o do Direito Penal (que   indiscutível), tem a missão de tutelar aqueles direitos previstos nas constitui es e nos tratados internacionais. Exatamente por isso, o processo penal de um País o identifica como uma democracia ou como um Estado totalitário. Tornaghi com muitíssima propriedade já afirmava que “a lei de processo   o prolongamento e a efetiva o do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”, protegendo “os que são acusados da prática de infra es penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”^[8]

Como dizia Frederico Marques, “o processo   instrumento de atua o estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância  tica do Direito e a exterioriza o de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que

as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária. Com razão afirmou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais.” [9]

Não há dúvidas que todo o conjunto de garantias penais reconhecidas, defendidas e buscadas pelos penalistas “*quedaría incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo o, mejor dicho, subsidiário de las garantías procesales, expresadas por los principios que responden a nuestras dos últimas preguntas, ‘cuándo’ y ‘cómo juzgar’: la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba e el derecho del acusado a la defensa.*” [10] Assim, por exemplo, ao Direito Penal mínimo corresponde um Direito Processual Penal garantidor.

Com efeito, o devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; todos estes direitos e garantias [11] estão estabelecidos taxativamente no texto constitucional.

Aliás, a “*doutrina é unânime em atribuir a origem da cláusula do devido processo legal ao art. 39 da Magna Carta, outorgada, em 1215, por João Sem-Terra a seus barões, na Inglaterra, identificando-a como a*

“law of the land”. A expressão “due processes of law” foi usada pela primeira vez por Eduardo III, em 1354, também na Inglaterra. Embora tivesse, originariamente, somente um sentido de luta de um grupo social, os barões, contra o poder do monarca, o alcance do devido processo foi sendo ampliado com o passar do tempo. Trazida para as colônias da América do Norte, embora não referida na Constituição dos Estados Unidos, foi consagrada nas Emendas V e XIV. Nesse país, o devido processo evoluiu de um caráter meramente formal para um substancial, ensejando o controle de constitucionalidade de leis, sempre que estas não respeitassem o substantive due process. Além disso, de uma concepção jusnaturalista, que entendia a garantia como um princípio universal, passou-se a uma compreensão do devido processo como um princípio histórico, consoante os valores sociais vigentes num determinado tempo e lugar.”[\[12\]](#)

Como ensina Alberto Binder, *“ninguém pode ficar indiferente em face da efetiva vigência destes direitos e garantias. Eles são o primeiro – e principal – escudo protetor da pessoa humana e o respeito a estas salvaguardas é o que diferencia o Direito – como direito protetor dos homens livres – das ordens próprias dos governos despóticos, por mais que estas sejam redigidas na linguagem das leis.”*[\[13\]](#)

Além do texto constitucional e do Código de Processo Penal, devemos nos referir aos pactos internacionais subscritos e adotados pelo nosso Direito Positivo. Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e

promulgado pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 592/92, estabelece em suas cláusulas alguns preceitos garantidores e reveladores de um devido processo legal, assim como citado o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº. 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A propósito, Fábio Comparato ensina que *“a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...) Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”*^[14]: é o chamado princípio da *prevalência da norma mais favorável*.^[15]

Como se sabe, a ampla defesa compõe-se da defesa técnica e da autodefesa. O defensor exerce a defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa.

A propósito, veja-se a definição do jurista espanhol Miguel Fenech:

“Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya”.

Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, *“que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo”*.[\[16\]](#)

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, *“(...) o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa*

humana. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (“*rechtliches Gehör*”) e fere o princípio da dignidade humana [“*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*”] (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck*, 1990, 11 18).“ (HC 85294).

Ressalte-se que o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um representante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a este profissional exercitar a sua defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: “*En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculgado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental*”.^[17]

Segundo Étienne Vergès, “*le défenseur (le plus souvent un avocat), occupe une place primordiale dans l’exercice des droits de la défense, Ainsi, l’article 6§3-c Conv. EDH permet à l’accusé (au sens large)*

de se defender lui-même ou d’avoir l’assistance d’un défenseur de son choix.”[\[18\]](#)

É evidente que todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do Direito, a fim de que se estabeleça íntegra e ampla defesa, sendo imperioso destacar que o direito de defesa no Processo Penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade: “Todo e qualquer réu, não importa a imputação, tem direito a efetiva defesa no processo penal (arts. 261 do CPP e 5.º, inciso LV da Carta Magna). O desempenho meramente formal do defensor, em postura praticamente contemplativa, caracteriza a insanável ausência de defesa (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).”

Por outro lado, não há devido processo legal sem o contraditório, mesmo porque, *“para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión”*.[\[19\]](#)

A exigência do contraditório representa a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito, Willis Santiago Guerra Filho afirma:

“Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é

perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou Anspruch auf rechliches Gehör, como fazem os alemães.” (grifos no original).[20]

Segundo Étienne Vergès, a Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) *“en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter”* (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).”[21]

Portanto, devemos interpretar este art. 601, CPP, conforme a Constituição, procurando adequar o texto legal com o Texto Maior, evitando negar vigência ao dispositivo, mas admitindo-o válido a partir de uma interpretação garantidora e em consonância com a Constituição. Relembremos que *“não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.”*[22]

O problema, como afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *“é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República,*

que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da persecutio criminis, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, camicia nera desde sempre, foi quem escreveu o projeto do Codice com a cara do regime (...)”[\[23\]](#)

Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, *“a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.”*[\[24\]](#) Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Como magistralmente escreveu Frederico Marques, a Constituição Federal *“não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.”*[\[25\]](#)

James Goldshmidt[\[26\]](#) já afirmava no clássico *“Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal”* que a estrutura do processo penal de um país indica a força de seus elementos autoritários e liberais.[\[27\]](#)

Vejamos a lição de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa:

“Queremos o amor ao contraditório, na linha de Rui Cunha Martins Não se trata de uma história linear de amor. Aproxima-se do que

acontece entre os sujeitos amorosos: incompreensões, conflitos, intrigas, brigas e um vínculo pelo qual a ação acontece. É um pouco do amor-ódio lacaniano. Parafraseando Roland Barthes quando dois sujeitos brigam segundo uma troca ordenada de réplicas e tendo em vista obter a “última palavra”, esses dois sujeitos já estão casados num processo. E o casamento processual implica num jogo de lugares: a cena processual regula um lugar em que um não pode existir sem o outro, ou seja, o processo somente existe com acusação e defesa, mediados por um terceiro, o juiz. Daí que a função do juiz não é a de se meter na relação processual, tal qual no casamento. O diálogo é entre os jogadores, um de cada vez, mas em relação e eles, isto é, “nunca você sem mim”. Não se trata de um mero escutar ou ao outro, mas a submissão à partilha da fala. Eis o (difícil) contraditório. O processo penal precisa se constituir e se encontrar. Sofreu ao ser ignorado pelas concepções privatistas. Iludiu-se com a proposta de Bülow, de que haveria uma relação jurídica triangular (conforme Wach), de que o acusado finalmente seria um ‘sujeito’, com direitos e deveres, de que seria um autêntico processo de partes... Tudo era lindo nesse mundo de fantasia criado pela teoria da relação jurídica. Caiu na real quando James Goldschmidt mostrou o quão pueril e interesseiro era o amor de Bülow e sofreu com o desvelamento “goldschmidtiano” de toda a ilusão da teoria do processo como relação jurídica. Foi difícil (e ainda é) dar-se conta da complexa dinâmica processual e de que “quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo o direito pode se

aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuido de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde". A visão realista (e cruel) de Goldschmidt não foi bem compreendida por muitos, infelizmente, talvez até porque pouco lido ou estudado no Brasil. Mas o maior valor foi que o desvelamento do mundo onírico e cor de rosa de Bülow fortaleceu algo que nos é muito caro: a importância pelo respeito às regras do jogo. Compreendida epistemologia da incerteza e a dinâmica da guerra, reforça-se a importância de efetivarmos o devido processo como instrumento de redução de danos do, e no, Processo Penal. O legado deixado por Goldschmidt é muito maior do que o reconhecimento que ele teve. Então, vem o deslumbre por Fazzalari e o prometido "processo como procedimento em contraditório", ainda que o autor italiano se situe numa relação de continuidade (não suficientemente assumida por ele) com o pensamento e a visão da dinâmica da situação jurídico-processual de Goldschmidt. Novas promessas e a luta pelo fortalecimento do contraditório e a diminuição da supremacia da 'jurisdição'. A sentença, enquanto provimento final, é construída em contraditório pelas partes e o juiz. O contraditório é, pois, a característica que diferencia o processo do procedimento e sua característica fundamental (como dizem Aroldo Gonçalves, Marcelo Cattoni, Flaviane Barros, Rosemiro Leal, dentre outros). Assim é que a teoria do processo precisa ser revista, a partir do amor ao contraditório, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigorantes na prática processual

brasileira. Invertendo-se a lógica do senso comum teórico dos juristas, o processo é procedimento realizado por meio do contraditório e, especificamente no Processo Penal, entre os jogadores Ministério Público e/ou querelante, e efetiva presença do acusado com defesa técnica, mediados pelo julgador. Por isso a necessidade de se entender o exercício da jurisdição a partir da estrutura do processo como procedimento em contraditório, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola, especialmente no tocante ao princípio do contraditório e o papel do juiz na condução do feito. Nesse pensar, o contraditório precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações dos jogadores/partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se comunicação entre os jogadores, mediada pelo Estado julgador. Rompe-se, com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, Ministério Público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o status de contraditório. É preciso mais. Exige-se a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do caso penal, na via intersubjetiva e entendendo o processo como um acontecimento semântico. A exteriorização do princípio do contraditório, na proposta de Fazzalari, se dá em dois momentos. Primeiro com a informazione, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as posições jurídicas em face das normas processuais e, num segundo momento, a reazione, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação. Resta evidente,

nessa apertada síntese, que o Processo Penal possui destacado lugar e função na democracia, a saber, é o espaço de diálogo em que o contraditório deve ser garantido. É a partir do contraditório que se estabelece a legitimidade do provimento judicial. Claro que o conteúdo da decisão estará vinculado a outros fatores, dado que inexistente decisão neutra. Há sempre a aderência — mesmo alienada — a um modelo de pensar. O que importa é (re)estabelecer um espaço democrático no Processo Penal brasileiro, superando a visão prevalecente, na qual o ritual e a postura inquisitória ceifam qualquer possibilidade de democracia processual, no que Fazzalari pode ser um sendero, pelo menos do ponto de vista da produção de informação processual válida, excluindo-se, por desamor ao contraditório, por exemplo, os atos de investigação repetíveis. Tudo isso faz ainda mais sentido se entendermos o ‘princípio da necessidade’, isto é, nula poena sine iudicio, de que o Processo Penal é o caminho necessário e inafastável para se chegar a uma pena (ou não pena). O Direito Penal é castrado, pois despido de poder coercitivo direto, somente se realizando ‘pelo’ e ‘no’ processo penal. Neste caminho a ser percorrido, as “regras do jogo” (e o contraditório como fundante) são cruciais, como elementos legitimador, mas, acima de tudo, como resultado do nível de evolução civilizatória. Sem desconsiderar, ainda, que o Processo Penal de uma nação é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição (conforme Goldschmidt), de modo que a uma Constituição autoritária, corresponderá um processo autoritário, inquisitório; uma Constituição democrática impõe a democratização do processo penal,

sua abertura para realização do projeto democrático lá insculpido. Por fim, sobre Decisão Penal falaremos outro dia. Desde já, vale destacar que falar por último, alinhar os significantes probatórios, enfim, concluir, significa atribuir um sentido no espaço da fala e, nesse lugar, a teoria da relação jurídica (Oskar Von Bülow), faz com que o magistrado domine e sinta-se livre para dizer o que quiser, como bem critica Lenio Streck. Entretanto, atribuir sentido no espaço público não se compara com o espaço privado e o constrangimento do contraditório e do direito visto como integridade (Dworkin). Podem, quem sabe, nos seguir por caminhos mais democráticos. Um amor pelo contraditório é condição de possibilidade. De desamor ao contraditório, os exemplos são muitos. Poderá significar uma ferida narcísica mortal ao magistrado que pensa (e canta) “esse cara sou eu”. Roland Barthes dizia que o “discurso amoroso é hoje em dia uma extrema solidão”, aqui compartilhada por dois professores de Processo Penal que apostam no amor (im)possível ao contraditório.” [28]

Para finalizar, importante, outrossim, extrairmos esta lição de Bacigalupo, ao afirmar que o devido processo “*aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada, de la formación de la convicción del juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público. Es, como la noción misma de Estado democrático de Derecho, un*

concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente.”[\[29\]](#)

NOTAS:

[\[1\]](#) Direito, Poder, Justiça e Processo, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

[\[2\]](#) Idem, p. 69.

[\[3\]](#) Apesar de que, como ensina Norberto Bobbio, “(...) *a Democracia perfeita até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto.*” (Dicionário de Política, Brasília: Universidade de Brasília, 10ª. ed., 1997, p. 329).

[\[4\]](#) Liberdades Públicas e Processo Penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.

[\[5\]](#) Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25, na tradução de Fernando Zani.

[\[6\]](#) Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.

[\[7\]](#) Idem, p. 05.

[\[8\]](#) Compêndio de Processo Penal, Tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 15.

[9] José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

[10] Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 537.

[11] O direito tem um caráter declaratório, enquanto a garantia tutela a sua efetividade. Ex.: o direito à liberdade vem garantido pelo **habeas corpus**.

[12] Luciana Russo, “*Devido processo legal e direito ao procedimento adequado*”, artigo publicado no jornal “[O Estado do Paraná](#)”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

[13] Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43, na tradução de Fernando Zani.

[14] **Apud** Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

[15] “*Este princípio, perseguido pelo direito internacional geral, e vigorosamente defendido por setores da doutrina brasileira, parece não haver ganho, até o presente, expressiva concreção na jurisprudência brasileira, devendo ser lembrada a questão do depositário infiel.*” (Bahia, Saulo José Casali, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116).

[16] Miguel Fenech, Derecho Procesal Penal, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457.

[17] Klaus Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Barcelona: Ariel, 1989, p. 185.

[18] Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 42.

[19] Klaus Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Barcelona: Ariel, 1989, p. 184.

[20] Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

[21] Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

[22] STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

[23] O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

[24] **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

[25] Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

[26] Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *“nunca foi tão importante estudar os Goldschmidt, mormente agora onde não se quer aceitar viver*

de aparências e imbrogli retóricos.” (O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 12).

[27] Apud José Frederico Marques, in Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

[28] <http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto>, acesso em 23 de maio de 2015.

[29] El Debido Proceso Penal, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 13.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO EFETIVADOR DAS DIRETRIZES INSTITUÍDAS PELA NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA: Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, com atuação da 4ª Promotoria Distrital, membro do IDBFAM e Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes.

Resumo: A guarda compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 11.698/2008 – que promoveu alteração nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Porém, é com a edição da recente Lei nº 13.068/2014 que o compartilhamento da guarda se torna regra. Trata-se de uma espécie de guarda em que ambos os pais são postos em condição de igualdade, como detentores concomitantes do poder familiar e tomadores iguais de decisões relativas à criação dos filhos, tudo isso visando a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos e amenizar os efeitos do rompimento do vínculo conjugal na vida dos filhos. Com esse novo regramento normativo, questões controvertidas passaram a ser pauta, a saber: tempo de convivência, residência base, direito de visitas, direito de supervisão e informação e alimentos. Nesse processo de fixação da guarda compartilhada, detém o Ministério Público o direito de requerer a produção de provas técnicas, a serem produzidas por uma equipe multidisciplinar, que servirão de subsídio para o magistrado estabelecer os termos do compartilhamento da guarda. Toda essa reflexão relativa ao novel sistema normativo será apreciada no presente artigo científico.

Palavras Chaves: Guarda Compartilhada, Lei nº 13.068/2014, Convivência Familiar, Melhor Interesse dos filhos, Ministério Público.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O Poder Familiar. 1.1 Evolução histórica do poder familiar. 1.2 Conceito de poder familiar. 1.3 Titularidade do poder familiar – 2. A guarda dos filhos. 2.1 Conceito e Modalidades. 2.2. A guarda Compartilhada – 3. A Nova Lei da Guarda Compartilhada e seus aspectos controvertidos. 3.1 Tempo de Convivência e Residência Base de Moradia. 3.2 Direito de Visitas. 3.3 Direito aos Alimentos. 3.4 Descumprimento do Dever da Guarda e Penalidades ao Guardião. 4. O papel do Ministério Público como efetivador das diretrizes instituídas pela Nova Lei da Guarda Compartilhada. – 5. Conclusão – Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Os conflitos envolvendo a guarda dos filhos de pais que não coabitam ganharam novos contornos com o advento da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2015, que alterando os artigos 1.583, 1.584 e 1.634 do Código Civil, instituiu a aplicação da guarda compartilhada como regra.

A presente produção científica tem justamente o escopo de abordar o instituto da Guarda Compartilhada, abordando, minuciosamente, os aspectos controvertidos decorrentes do compartilhamento da guarda como: o direito de convivência, moradia, visitas, alimentos, supervisão e penalidades ao guardião, destacando-se, também, a atuação do Ministério Público como efetivador das diretrizes traçadas por essa Nova Lei da Guarda Compartilhada.

Antes de adentrar no foco principal, realizar-se-á uma abordagem sobre o poder familiar, o instituto da guarda, com ênfase à modalidade compartilhada, para, finalmente, chegar-se à temática do papel do Ministério Público como efetivador das novas diretrizes instituídas por este novo regramento da lei civilista.

1. O PODER FAMILIAR

Antes de adentrar no estudo da guarda compartilhada e do papel do Ministério Público diante das novas diretrizes estabelecidas pela Lei nº 13.058/2014, imprescindível uma breve abordagem sobre o poder familiar, seu conceito, suas espécies.

1.1 Evolução histórica do poder familiar.

O instituto do pátrio poder, poder familiar ou poder paternal, ao lado da trajetória evolutiva da família, modificou-se bastante no curso da história.

Durante a vigência do antigo Código Civil de 1916, o atual poder familiar era denominado de pátrio poder, em alusão ao poder que detinha o pai sobre os filhos. Com o advento do Novo Código Civil de 2002, em adequação à ordem constitucional de 1988, que tratou de forma isonômica a figura do homem e da mulher, conferindo-lhes poderes-deveres igualitários na criação e educação de seus filhos, o histórico termo “pátrio poder” passou a ser denominado de poder familiar.

Quando do seu surgimento, na Roma Antiga, o pátrio poder ou poder familiar era considerado como o poder incontestável do pai, *o pater*, que detinha a autoridade ilimitada sobre todos os membros

da família. Exercia o *pater* funções religiosas e políticas, sendo considerado o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos avós, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. O pátrio poder se revelava até mesmo pelo poder de vida e morte que era conferido ao pai em relação aos seus filhos.

Na Idade Média, mais especificamente a partir do século X, em vista das mudanças de natureza econômica e demográfica que atingiram a Europa, do incremento da atividade comercial e do crescimento da população, o modelo de instituição familiar começou a sofrer grandes transformações, reduzindo-se ao núcleo formado pelos pais e seus filhos. Nessa época, já se visualizava um abrandamento na autoridade paterna.

O Brasil, sob a influência romana, teve, em seu período colonial e imperial, o exercício do patriarcalismo, que ingressou, em *terras brasilis*, com a chegada dos portugueses. A autoridade do senhor de engenho e do barão do café são marcas evidentes da existência, no período da economia da cana-de-açúcar e do café, da figura do patriarca, como herança da Roma antiga.

Como ocorrera no cenário internacional, com o processo de industrialização, a autoridade patriarcal começa a perder força, já que as mulheres passam a ter maior autonomia em relação à sua prole. É a chamada despatriarcalização.

É, contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, que a ordem jurídica brasileira confere, de forma expressa, tratamento isonômico aos cônjuges, conforme dicção do art. 226, §5º:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

(...)

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Seguindo a mesma linha, o legislador ordinário edita o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), colocando em “pé de igualdade” os pais no exercício do pátrio poder. É como dispõe o art. 21 desta norma estatutária:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Tem-se, assim, sob a égide da ordem jurídica em vigor, um poder familiar, ou como preferem alguns doutrinadores, uma autoridade parental exercida em conjunto, em compartilhamento, pelo pai e pela mãe.

Mas, o que vem a ser este poder familiar?

1.2 Conceito de poder familiar

A legislação civilista, ao fazer referência ao poder familiar, não se preocupa em conceituá-lo, apenas lhe fazendo menção em vários dispositivos e estabelecendo que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (art. 1630 do CC), deixando este papel de defini-lo para a doutrina.

O professor doutor Flávio Tartuce, em sua obra Manual de Direito Civil, define modernamente o poder familiar como sendo “(...) *uma decorrência do vínculo jurídico de filiação, constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto.*”^[1]

Já, sob a ótica do renomado estudioso do direito de família na atualidade - Paulo Lôbo, o poder familiar é “o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até à maioridade ou emancipação dos filhos”^[2]

Preciosa também a definição externada pelo doutrinador Sílvio Rodrigues: “*o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção deles*”^[3].

Independentemente da conceituação, têm-se como objetivo precípuo do exercício do poder familiar salvaguardar os interesses dos filhos menores, proporcionando-lhes uma criação e uma educação adequada às condições vivenciadas pela família. Em contrapartida, o poder familiar encerra também o dever dos filhos em

respeitar, obedecer, honrar os seus pais. É o que expõe claramente Sílvio de Salvo Venosa:

“Visto sob o prisma do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação. Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral traduzida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever” [4].

Maria Helena Diniz, trazendo o pátrio poder sob uma conotação de compartilhamento entre progenitores, acentua que:

“O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.” [5]

Constata-se, assim, dos supracitados conceitos que é o poder familiar um instituto de Direito de Família, que conjuga direitos e obrigações mútuas assumidas pelos pais, implementado para dar proteção aos filhos menores e não emancipados, de modo que

concedendo-lhes meios dignos de subsistência, saúde, educação para fazê-los seres humanos íntegros, físico e moralmente.

1.3) Titularidade do poder familiar

Como já explicitado, o poder familiar transmutou-se no curso da história. Durante a vigência do revogado Código de 1916, era defensável ao marido, na condição de chefe da sociedade conjugal, a titularidade do pátrio poder, cabendo à mãe apenas excepcionalmente, por ausência ou impedimento do outro genitor, o direito de exercê-lo.

Com a edição da Lei nº 4.210/62 – Estatuto da Mulher Casada, as esposas começaram a ser “premiadas” com algumas concessões, dentre elas, o exercício simultâneo do pátrio poder pelos progenitores e a possibilidade de fazer uso da via judicial para dirimir eventuais divergências.

Para Sílvio Rodrigues, “a vantagem da inovação consistia em impedir o despotismo do marido, que soube, a partir de então, não ser inexorável a sua decisão”^[6].

Com o advento da Constituição Federal de 1988, toda essa situação se modificou, não se permitindo a concessão de qualquer privilégio, ainda que mínimo, ao pai no exercício do poder familiar.

Instituiu-se, a partir de então, o princípio da igualdade entre os cônjuges, previsto no citado §5º do art. 226 da Constituição Federal, e acompanhado pelo art. 21 Lei nº. 8.069/90.

O Novo Código Civil de 2002, em observância a esses novos princípios, atribuiu a ambos os cônjuges ou conviventes, na constância do casamento ou da união estável, o poder familiar, sendo

apenas no caso de falta e impedimento de um deles exercido com exclusividade pelo outro cônjuge.

É interessante observar que, em que pese tenha a legislação civilista atribuído como titulares do poder familiar os pais, deve essa normatização ser interpretada em conformidade com a Constituição, que tutela implícita e explicitamente outras entidades familiares. Assim, como bem destaca Paulo Lôbo, “onde houver quem exerça múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem”.^[7]

É de bom alvitre destacar que a convivência entre os pais não é requisito para a se titularizar o poder familiar, ou seja, nenhum dos pais, em caso de dissolução do casamento ou da união estável, perde o exercício do poder familiar, pois este encargo decorre da paternidade e da filiação.

Nessas situações de dissolução da entidade conjugal e assemelhada, ocorria, até pouco tempo, a concessão da guarda dos filhos a um dos cônjuges, ficando o outro genitor com o direito de visitas, situação que não representava a suspensão ou extinção do poder familiar, posto que os institutos do poder familiar e da guarda não se confundem.

É justamente em atenção ao princípio da igualdade entre os genitores, previsto no art. 226, §5º, da CF/88, e ao princípio do melhor interesse da criança, consagrado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, que os Tribunais pátrios passaram a admitir

o exercício da guarda compartilhada, praxe jurídica que restou recentemente preconizada como regra com a edição da Lei nº 13.058/2014, matéria que será minuciosamente examinada a seguir.

2. A GUARDA DOS FILHOS_

2.1 Conceito e Modalidades

Segundo o dicionário Aurélio, o termo Guarda significa “ato ou efeito de guarda; cuidado e vigilância; serviço (de quem guarda ou exerce vigilância); proteção; benevolência...”

Na semântica jurídica, guarda é o ato de guardar e resguardar o menor, de manter a vigilância no exercício da custódia e de representá-lo ou assisti-lo. A guarda é o instituto jurídico, por meio do qual se atribui ao guardião um complexo de direito e deveres a serem exercidos, com o objetivo de proteger e prover as necessidades da sua prole, com o intuito de protegê-la e educá-la, garantindo-lhe um crescimento saudável.

Dessa forma, juridicamente, entende-se a guarda dos filhos como um dos atributos do poder familiar, baseado na responsabilidade da proteção e do cuidado dos filhos menores pelos pais, independente da modalidade de guarda instituída por eles.

Apesar do Código Civil de 2002, no artigo 1.583, enunciar que a guarda será exercida de forma unilateral ou compartilhada, há divergência na doutrina em relação à quantidade de modalidades de guarda, porquanto, para uma melhor compreensão desta obra, suficiente se fará a explanação de três, a saber: a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda compartilhada.

Em relação à guarda unilateral, trata-se de uma espécie prevista no § 1º do artigo 1.583 do Código Civil, conceituada como aquela atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua, nos termos do artigo 1.584, §5º, do CC.

Nessa modalidade, o poder-dever sobre o filho é exercido de forma direta e exclusiva pelo guardião, que é aquele com melhores condições de exercê-la, enquanto ao outro, como não há a destituição do poder familiar, caberá o papel de supervisionar os interesses do filho, conforme exegese do §3º do mesmo artigo.

Sobre o tema, vale transcrever o entendimento de Camargo et al:

“Embora a aplicação da guarda unilateral a um dos pais seja a solução viável nos casos de incapacidade ou não desejo do outro de exercer a guarda, tem-se que tal modalidade nem sempre se apresenta como a melhor solução para os casos de desentendimento entre os pais, podendo, como se disse no início, até mesmo agravar a litigiosidade entre os membros de determinado núcleo familiar existente quando da separação/ruptura do vínculo conjugal em razão da disputa pela guarda exclusiva dos filhos”.[\[8\]](#)

De criação doutrinária, a guarda alternada, por sua vez, não detém previsão expressa na legislação civil pátria, recebendo inúmeras críticas tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, não

sendo acolhida pela maioria dos juristas brasileiros especialistas em direito de família, por não possibilitar uma maior solidez à formação da criança e estabelecimento de rotinas essenciais ao desenvolvimento dela.

A modalidade alternada pressupõe um revezamento do exercício da guarda pelos genitores, com a alternância da convivência física dos filhos e concentração isolada do poder familiar de um dos pais no período pré-determinado de tempo em que filho está sob a sua companhia. Assim, a característica principal dessa guarda é a exclusividade da soberania do poder familiar a um dos pais, sendo transferidos todos os poderes, com exclusividade, ao outro, quando o menor passará a estar com ele por certo período.

Desta feita, sobre posicionamento majoritário contrário a concessão da guarda alternada, diante da sua natureza cíclica e de revezamento da transferência do poder dever dos pais sobre os filhos e considerada prejudicial ao desenvolvimento saudável do infante, segue novamente o entendimento de CAMARGO et. al., sobre a guarda alternada:

Sobre esse aspecto, a guarda alternada é muito criticada por ser considerada prejudicial às crianças, na medida em que vai de encontro ao princípio da continuidade do lar, prejudicando o alicerçamento das bases de formação da criança em razão da troca constante de orientações a que ficam expostas, já que é característica desta modalidade de guarda a

frequente alternância de referenciais físicos e pessoais. De acordo com os críticos dessa modalidade de guarda, em especial psicólogos, a alternância de constantes referenciais pode ser danosa à saúde psíquica do menor, tornando-o confuso e inseguro e causando instabilidade emocional.[\[9\]](#)

Por fim, em relação a guarda compartilhada, apesar da sua análise no próximo tópico deste presente estudo, vale enunciar que sua conceituação está prevista no artigo 1.583, §1º, do Código Civil, estabelecendo que, nesta modalidade de guarda, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

2.2 A Guarda Compartilhada.

Chega-se a um dos pontos centrais da presente obra: a Guarda Compartilhada. Como já explicitado, a guarda compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 11.698/2008 – que promoveu alteração nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Não obstante, antes mesmo da regulamentação legislativa, alguns julgados já vinham admitido o compartilhamento da guarda entre pais não conviventes.

Inclusive, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, desde o ano de 2006, convocava os julgadores à

aplicação desta modalidade de guarda, editando, na IV Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 335 que assim expressava: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”.

Contudo, é com a edição da Lei nº que a guarda compartilhada é posta como regra no sistema jurídico brasileiro.

Trata-se de uma espécie de guarda em que ambos os pais são postos em condição de igualdade, como detentores concomitantes do poder familiar e tomadores iguais de decisões relativas à criação dos filhos, tudo isso visando a manutenção dos laços afetivos entre pais e filhos e amenizar os efeitos do rompimento do vínculo conjugal na formação dos filhos.

A instituição da guarda compartilhada como regra tem sido acolhida com grande louvor pela doutrina moderna.

Para Paulo Lôbo, essa espécie de guarda “é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito a convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar.”^[10]

Maria Berenice Dias, grande nome do Direito de Família Brasileiro, destaca que o compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar, é o modo de garantir, de forma efetiva, a corresponsabilidade dos pais, a permanência da

vinculação mais estrita e a ampla destes na participação na formação e na educação do filho, que a simples visitação não dá espaço.

Sobre a temática, de grande valia transcrever também os ensinamentos de Waldir Grisard Filho, citado por Mônica Guazzelli em seu artigo:

“a guarda compartilhada é a organização estabelecida após a separação dos genitores, no zelo e proteção da prole comum, na qual ambos detêm integralmente a guarda jurídica, devendo ser estabelecida a forma de convívio do filho com um e outro, garantido aos genitores proximidade física, divisão dos encargos no exercício da guarda e, ainda, a participação equitativa de pai e mãe na tomada de decisões relativas ao menor”.[\[11\]](#)

Assim, nesta espécie de guarda, os pais, ainda que separados, habitantes de lares diferentes, exercerão, concomitantemente, a custódia dos filhos, cabendo-lhes a formação, a criação, a educação e a manutenção.

Ora, sem sombra de dúvidas, a guarda compartilhada é aquela que traduz o melhor interesse dos filhos.

Afinal, como explicita,

“o que se propõe pela guarda compartilhada é manter uma convivência entre pais e filhos muito mais frequente e contributiva. Isso pode ocorrer por iniciativas corriqueiras, como acompanhá-los até a

escola e os auxiliar na resolução das respectivas tarefas, participar dos eventos escolares e das reuniões pedagógicas, levá-los à natação, ao futebol, ao curso de línguas etc. Relevante é que os pais se façam presentes na vida dos filhos, interagindo com eles e ensinando-lhes, por suas atitudes, como se deve, ou não, instituir a própria identidade.(...)”

Foi justamente, em atenção aos princípios da proteção integral e do melhor interesse dos filhos, que o legislador ordinário resolveu editar a Lei nº 13.058/2014 e fixar a guarda compartilhada como regra.

Por conta desta nova normatização, alguns aspectos controvertidos precisam ser esclarecidos como o tempo de convivência com cada genitor, a sua residência base de moradia, os alimentos, dentre outros pontos que serão a seguir apreciados.

3. A NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

É cediço que a regulamentação da guarda compartilhada, no Brasil, ocorreu com o advento da Lei 11.698 de 2008, que alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, previu de forma expressa a modalidade compartilhada da guarda, mesmo diante da inexistência de acordo entre os pais.

No entanto, apesar do instituto da lei visar à garantia de condições igualitárias de direito aos pais em relação a seus filhos, observava-se que a alteração prevista pela Lei não se mostrou suficiente,

pois ainda predominava o posicionamento tradicionalista da concessão da guarda unilateral, especialmente   mãe, quando presente o dissenso entre os pais, representando, para muitos, ainda uma modalidade excepcional.

Assim, visando   altera o deste cenário e na tentativa de amplia o da ado o da guarda compartilhada, foi que se editou a Lei n  13.058 de dezembro de 2014, que alterando novamente os artigos 1.583, 1.584 e 1.634 do Código Civil, estabeleceu o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispôs sobre as formas de sua aplica o, trazendo novidades no âmbito do direito de f milia, pontos pol micos que serão a seguir explanados.

3.1 Tempo de Convivência e Residência Base de Moradia

Com o advento dessa novel legisla o, muitas opiniões surgiram e algumas de certa maneira equivocadas, acerca da pretensão do legislador, ao utilizar as expressões “tempo de convivência”, “dividido de forma igualitária” e “cidade base de moradia”, nos   2  e 3  do artigo 1.583 da Lei Civil. Segue teor:

 2  - “Na guarda compartilhada, o tempo de convivência com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condi es fáticas e os interesses dos filhos”.

 3  Na guarda compartilhada, a cidade base de moradia será aquela que melhor atender aos interesses do filho.

Ao expressar as suas razões, no projeto da discutida lei, o legislador demonstrou o seu intuito de privilegiar o compartilhamento da convivência, das decisões, da responsabilidade dos pais sobre os filhos, e não estipular uma medida exata de quantidade de períodos de tempo idênticas a cada genitor, pois assim equipararia a guarda compartilhada à guarda alternada, interpretação esta prejudicial aos filhos.

Pois bem, voltando a característica principal da guarda compartilhada que é a responsabilização conjunta dos pais aos filhos, resguardando-a, principalmente, à aquele em que não há a convivência física, pois o poder familiar independe da possibilidade dos pais estarem ou não fisicamente convivendo com a prole, o legislador foi bastante claro, no parágrafo 3º do artigo 1.583 do CC, quanto à necessidade da fixação da residência base do menor.

Assim, considerando que, na guarda compartilhada, a guarda jurídica é de ambos os genitores, poderá a guarda física da criança ser alternada, morando o menor apenas com um dos genitores, a “cidade base de moradia”, onde será sua residência habitual, mas convivendo com o outro genitor de forma ampla e mais assídua do que o “direito de visitas” estabelece.

Nesse sentido, corrobora o entendimento de Simone Roberta Fontes apud Francinária Ferreira Santiago:

“Na guarda compartilhada, um dos pais pode manter a guarda física do filho, enquanto partilham equitativamente sua guarda jurídica, essa chamada por *joint legal custody* no sistema da *commom law*.

Assim, o genitor que não mantém consigo a guarda material, não se limita a fiscalizar a criação dos filhos, mas participa ativamente de sua construção. Decidindo ele, em conjunto com o outro, sobre todos os aspectos caros ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, enfim, toda a vida do filho”.[\[12\]](#)

É importante destacar que, mesmo quando os pais moram em cidades diferentes, o compartilhamento da guarda é admitido.

De qualquer forma, para estabelecer a base de moradia dos filhos, o critério eleito pelo legislador foi o da residência que melhor “atender aos interesses dos filhos”.

Neste caso, não havendo um consenso, caberá ao magistrado e ao promotor de justiça utilizarem-se de perícias técnicas, de modo a apurar este critério.

Com a fixação da residência base, deverá o julgador determinar os períodos de convivência com o outro genitor, atentando-se sempre ao disposto no §2º do art. 1.583 da legislação civilista: “§2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

3.2 Direito de Visitas.

A regulamentação do direito de visitas, com a adoção do modelo compartilhado de guarda, perdeu muito significado e é, para

alguns, reconhecido como inaplicável quando da fixação dessa modalidade de guarda.

No entanto, conforme já explanado, no compartilhamento da guarda não ocorre necessariamente o compartilhamento da guarda física do menor, na qual a criança reside tanto na casa do pai quanto na da mãe, mas sim, pressupõe o compartilhamento da guarda jurídica, da corresponsabilidade dos poderes e deveres dos pais sobre os filhos, tudo dependendo do que for estabelecido nas cláusulas da fixação dos termos da guarda.

Apesar de o termo visitas ser bastante criticado pela doutrina, por evocar a ideia de tarefa mecânica entre os pais e os filhos, com limitações de encontros e horários rígidos, sob a fiscalização do outro genitor, subentende-se que mesmo assim, nos casos da guarda compartilhada, há a possibilidade das visitas serem estabelecidas, em benefício da criança e do genitor com quem ela não reside, pois a visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paternos e materno filial.

Sobre o desuso do termo visitas, esclarece Mônica Guazzelli:

[...] Fazendo breve digressão, essa terminologia “direito de visitas” está em franca decadência, sendo muito melhor designada por períodos de convivência. Muito criticado, com razão, esse vocabulário, pois, como bem afirma a pedagoga

Maristela Barcelo de Castro, “visitar é uma condição de quem não convive, não vive, não está sempre presente, nem de corpo, nem de alma, e, ao menos, é responsável. Dar o direito à visita ao próprio filho é dar a sentença e o limite do envolvimento que se deve ter com ele”.[\[13\]](#)

Dessa forma, considerando que não há prévia determinação legal sobre as formas de fixação de visitas, já que o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, acertadamente, não a previram de forma expressa, o tempo reservado às visitas deverá ser estabelecido conforme as possibilidades dos pais e filhos que as exercem, observando-se sempre que as visitas constituem muito mais um direito do filho e um dever dos pais, pois o objetivo da lei é permitir a ampla convivência dos filhos com os pais, de modo a preservar a afetividade entre eles.

Assim, o regramento para as visitas deve basear na atuação conjunta dos genitores, advogados, juízes e promotores de justiça para, no caso concreto, estabelecer as cláusulas que melhor permitam a convivência do filho aos genitores, sempre na busca do melhor desenvolvimento da criança.

No mais, vale lembrar que a qualquer momento as regras poderão ser alteradas, em caso de grave violação das prerrogativas dos genitores, tudo na prevalência do superior interesse da criança.

Pois bem, extremamente importante que o regime de visitas seja bem detalhado, em especial, quando há conflito entre os

genitores, evitando-se assim dúvidas e constrangimentos capazes de gerar novos desacertos.

Caberá aos pais, no dia a dia, sempre que possível flexibilizar a aplicação destas regras, através de um bom relacionamento, pois quanto melhor a relação entre os pais melhor serão os indicadores de saúde mental da criança.

E como ficarão os alimentos?

3.3 Direito aos Alimentos.

No Brasil, o dever de prestar alimentos aos filhos que ainda não atingiram a maioridade decorre do Poder Familiar e o critério para sua fixação está previsto no artigo 1.694, §1º do Código Civil (CC), justificando-se no binômio alimentar necessidade X possibilidade e não especificamente na detenção da guarda, que mesmo na modalidade compartilhada, ambos os genitores serão responsáveis pelas necessidades dos seus filhos.

Assim, cabe frisar que o estabelecimento da guarda compartilhada não implicará na ausência de fixação de alimentos aos filhos, a qual poderá, se necessária sua concessão, justificando se no binômio alimentar e não na instituição apenas na modalidade unilateral da guarda.

Corroborando com o tema, bem enuncia trecho da obra de Azambuja et al:

O assunto atinente aos alimentos na guarda compartilhada não difere dos alimentos destinados aos casos rotineiros de guarda jurídica entregue a

um só dos pais, tanto no plano material como no plano do direito processual. O problema residirá em apurar, cuidadosamente, as despesas pelas quais responderão cada um dos genitores, tudo em conformidade com os termos que regerão esta espécie de guarda.(Azambuja, 2009, p.23)

De forma bastante clara, esclarece:

“A determinação da base de moradia (art. 1.583, §3º, do CC), ou seja, qual dos genitores exercerá a custódia física da prole, acarretará, em consequência, a obrigação de prestar alimentos do outro progenitor. Aquele que detém o filho em sua custódia física alcançará o atendimento das necessidades da prole de forma direta (e, muitas vezes, despendendo valores maiores do que o genitor que paga o pensionamento).”[\[14\]](#)

E complementa: “É equivocada a ideia de que a Lei nº 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia nem, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso.”[\[15\]](#)

Com efeito, não restam dúvidas de que o compartilhamento da guarda e, portanto, das responsabilidades por ambos os genitores, não é óbice ao arbitramento de alimentos em desfavor de um dos pais. O que se espera é que os pais busquem um denominador comum como forma da resolução dos conflitos e envolvam

o mínimo possível os filhos em suas divergências, atentando-se sempre para os interesses do menor envolvido.

3.3 Direito de Supervisão e à Informação.

A nova Lei 13.058/2014, *vide* seu §5º do artigo 1.583 do Código Civil, instituiu o dever ao genitor que não detenha a guarda, quando unilateral, de supervisionar os interesses do filho, e como forma de efetivar a supervisão, permitiu que qualquer dos genitores sempre seja parte legítima para solicitar informações e/ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos relacionados à sua prole.

No entanto, ponto bastante polêmico é a previsão na lei do ajuizamento de ação de prestação de contas. Ocorre que, quando necessária a fixação de pensão alimentícia por um genitor em favor do filho, presume-se que tal valor a ser administrado pelo guardião é um valor necessário para o pagamento das despesas do menor, portanto, permitir que se ajuíze demanda contra o guardião, a fim de que preste contas, é fazer nascer novos e desnecessários conflitos.

Assim, tal ação deve ser aplicada apenas de forma eventual, ante presente indícios de abuso ou desvio da verba alimentar fixada, pois a forma mais adequada, caso os alimentos não estejam destinados exclusivo ao sustento do filho, é a discussão em ação revisional de alimentos e não, necessariamente, em ação de prestação de contas. (Idem, 2015).

Por fim, no tocante ao direito à informação, vale a pena elencar que a lei 13.058 de 2014, incluiu o §6º no artigo 1.584 do CC, obrigando qualquer estabelecimento público ou privado a prestar

informações a qualquer dos genitores sobre seus filhos, sob pena de multa por dia pelo não atendimento da solicitação, consoante disposição outrora elencada:

§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”

3.4 Descumprimento do Dever da Guarda e Penalidades ao Guardião.

Com a Lei nº 11.698, de 2008, o antigo §4º do artigo 1.584 do CC previa hipótese de sanção civil, de discutível utilidade há época, em casos de descumprimento imotivado das cláusulas de guarda unilateral ou compartilhada, o que permitia a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho, regra esta que comprometia a concessão da guarda compartilhada e aumentava, nos casos da guarda unilateral, os casos de alienação parental.

No entanto, com o advento da Lei 13.058/2014, fora excluída essa possibilidade de “redução quanto ao número de horas de convivência com o filho”, visto que a diminuição do número de horas poderia ser vantajoso ao genitor “faltoso”, já que seu anseio poderia ser a própria a redução de número de horas de convivência com o filho, conforme assim dispôs a nova redação do §4º do referido artigo:

“alteração não autorizada e o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor”.

Posto isto, considerando que o direito à convivência é um direito também do menor e em prevalência ao princípio do melhor interesse do filho a interpretação da regra de sanção ao guardião, nos termos da nova previsão na legislação Civil, deve se atentar ao caso concreto e a gravidade da violação das cláusulas da guarda estabelecida, aplicando-se ao genitor apenas quando sem justificativa razoável e de modo arbitrário, prejudica o direito de convivência do outro genitor e a equilíbrio da guarda e do seu compartilhamento.

Por fim, vale enunciar que os genitores devem ter a consciência do fiel cumprimento e responsabilidade dos termos avençados na guarda, sendo que ocorrências isoladas e de pouca gravidade podem até ser desconsideradas, necessitando se de reiteradas violações do guardião para que a haja uma redução das suas prerrogativas, pois a finalidade da guarda compartilhada é justamente assegurar o compartilhamento das decisões e responsabilidades dos genitores perante os filhos, permitindo o parâmetro de duplo referencial do pai e da mãe, necessário para o seu desenvolvimento saudável.

Apreciadas as diretrizes instituídas pelo legislador pátrio a respeito do novel modelo de guarda, passa-se ao exame da atuação do *Parquet*, ante o surgimento da guarda compartilhada.

4. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO EFETIVADOR DAS DIRETRIZES INSTITUÍDAS PELA NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

O ponto crucial da presente produção científica é o estudo da atuação do Ministério Público nos processos de guarda e do seu importante papel na fixação da guarda compartilhada.

Como já fora explicitado, há tempos que a guarda compartilhada tem habitado o cenário jurídico brasileiro. Muitos magistrados, verificando a possibilidade de convivência harmônica entre os pais da criança, já vinham decidindo pelo compartilhamento da guarda.

Atento a tais reclamos, resolveu o legislador ordinário editar a Lei nº, criando legalmente o instituto da guarda compartilhada. No entanto, é com o surgimento da recente Lei nº 13.058/2014 que esta espécie se consolida como a regra.

Tal postura do constituinte representou uma importante forma de efetivação do princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente, principiologia instituída, de forma inédita, pelo constituinte de 1988, com a inserção do art. 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Seguindo a ótica do constituinte, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, também assim estabeleceu:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nessa perspectiva, como os direitos e interesses relativos à tutela da criança e do adolescente se configuram de caráter social ou indisponível, detém o *Parquet* o múnus constitucional de atuar em todos os processos que envolvam interesses de menores, a exemplo das ações em que se discute a guarda dos filhos, configurando-se a sua eventual ausência em hipótese de nulidade processual.

Nas palavras do colega Promotor de Justiça do Paraná Luciano Machado de Souza, essa atuação do *parquet*, em processos desses jaez, é:

“(...) norteadas pela promoção dos interesses sociais e individuais indisponíveis envolvidos, é instrumento eficiente na gestão dos conflitos do Juízo de Família, independentemente da atuação dos interessados e

do eventual impulso oficial do Poder Judiciário. Não bastasse,   evidente que se trata de atua o em benefício da paz social.”[\[16\]](#)

Inclusive, a obrigatoriedade de participa o do Ministério Público, em lides que envolve interesses de incapazes e de pátrio poder, encontra-se elencada no art. 82 do Código de Processo Civil:

“Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdi o, casamento, declara o de ausência e disposi es de última vontade.”

  justamente amparado neste mister de tutelar os direitos das crianças e dos adolescentes que a Lei da Guarda Compartilhada conferiu, em seu  3  do art. 1584, aos promotores de justiça, atuantes junto aos juízos de famílias, a possibilidade de participar ativamente dos processos de estabelecimento da guarda compartilhada, requerendo a produ o de provas técnicas a serem elaboradas por profissionais de diversas áreas, como psicólogos, psiquiatras, pedagogos, assistente sociais, com vistas   fixa o mais eficiente e ideal de atribui es aos pais e melhor distribui o do tempo de convívio com os filhos.

Segue inteligência do referido regramento civilista:

“Art. 1584. (...) §3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (destaque nosso).

A atuação conjunta desta equipe interdisciplinar com o magistrado e o promotores é de grande relevância, posto que é através dos laudos sociais e psicológicos produzidos que se poderá fixar os liames da guarda compartilhada.

Nesse sentido, pronuncia Douglas Freitas:

“A atuação da equipe interdisciplinar está prevista tanto na lei da alienação parental como na nova lei da guarda compartilhada, visto que é instrumento de ampla utilização nas lides familistas e de reflexo ímpar no fundamento das decisões judiciais: A perícia interdisciplinar será um dos instrumentos no conjunto probatório da ação. A produção da perícia como prova processual possui um caráter objetivo e outro subjetivo. O primeiro se dá pelo fato que se apresentará nos autos da ação um instrumento hábil e verificável, que tem por finalidade demonstrar a existência de um fato.

O segundo é a influência psíquica que a perícia produz, pois ao retratar – documentar – uma realidade fática, ela traz às partes envolvidas na ação a possibilidade de apreciação da prova produzida, para que seja corroborada ou contestada.”[\[17\]](#)

Além de conferir ao *parquet* o direito de requerer a produção de provas úteis ao estabelecimento da guarda compartilhada, a nova lei reconheceu a sua legitimidade para ajuizar ação de prestação de contas em face do genitor detentor da guarda e gestor dos alimentos concedidos ao menor, medida que visa à tutela do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para corroborar:

“(…) é reconhecida ao genitor-alimentante (bem como ao Ministério Público e a qualquer outra pessoa interessada, como os avós e os tios) a legitimidade para requerer a prestação de contas do genitor que detiver a guarda e estiver administrando a importância pecuniária paga a título de alimentos”[\[18\]](#)

É de bom alvitre destacar ainda que o papel do MP, diante das novas diretrizes instituídas pelas Leis da Guarda Compartilhada, extrapola o âmbito judicial, conferindo-lhe, como também à Defensoria Pública, o dever de fomentar a utilização do instituto da mediação familiar, forma de apaziguamento dos ânimos dos

genitores, visando a mitigação dos conflitos sem gerar sofrimento e traumas aos envolvidos, sobretudo à criança.

5. CONCLUSÃO

A guarda compartilhada foi introduzida em nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 11.698/2008. Surge como fruto das profundas transformações sofridas pelas entidades familiares nas últimas décadas.

Esta nova modalidade de guarda já há algum tempo habita o mundo jurídico brasileiro. Porém, é com o advento da Lei nº 13.058/2014, amparada no princípio do melhor interesse dos filhos, que o compartilhamento da guarda passa a ser regra.

O objetivo do legislador, sem sombra de dúvidas, foi o de permitir aos filhos o maior convívio com seus genitores e aos pais uma maior participação efetiva na criação e educação dos filhos. Além disso, a aplicação desta espécie de guarda tem sido recomendada para diminuir os efeitos negativos que o rompimento do vínculo conjugal possa ocasionar aos menores.

Para fixá-la, o julgador pode valer-se de perícias técnicas, elaboradas por profissionais das diversas áreas, como psicólogos e assistentes sociais, detendo o Ministério Público a legitimidade para pleitear essa produção de provas.

Nestes processos de guarda, a participação do *parquet* é imprescindível como forma de garantir às crianças e aos adolescentes que os seus direitos individuais e indisponíveis serão preservados.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Dicionário. Guarda. [S.I.]. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/guarda>. Acesso em: 01 março.2015, 15:15:00.

AZAMBUJA, M. R.F.; FILIPOUSKI, G. R.; LARRATÉA, R.V. Guarda Compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe? [S.I.] Disponível em : [www.mprs.mp.br/areas/infancia/.../guarda compartilhada mariaregina](http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/.../guarda_compartilhada_mariaregina) ... Acesso em: 01 de março. 2015, 15:30:40.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Curso de Direito da Infância e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos. 3ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 04 jun 2015.

CAMARGO, D. R. T.; OLIVEIRA, G. V.; ZAMARIOLA, A.T.S. Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as repercussões nas famílias brasileiras: a Lei nº 13,058/2014. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.4 (jan/fev.2015), p. 22-44, jan. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – vol. 5. Direito de família. São Paulo: Saraiva. 27ª ed., 2012.

FERREIRA SANTIAGO, Francinária. Um estudo acerca da guarda compartilhada na relação entre pais e filhos. [S.I.]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/...> Acesso em: 25 de maio.2015, 17:05:40.

FONTES, Simone Roberta. Guarda compartilhada doutrina e prática. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

FREITAS, Douglas Phillips. JAVORSKI, Josiane. *Perícia Social e Psicológica no Direito de Família*. Florianópolis: Voxlegem, 2015. p. 63.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUAZZELLI, Mônica. A nova lei da guarda compartilhada. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.4 (jan/fev.2015), p. 5-21, jan. 2015.

GUISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p.126 e 164.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº 11.698/2008. [S.I.]. Disponível em: <http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>. Acesso em: 15 de maio. 2015, 10:45,02.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Silvio apud COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Machado. Luciano. A Atuação do Ministério Público na Gestão dos Conflitos que Envolvam Guarda de Filhos de Pais Separados. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/LucianoMachado.pdf>. Acesso em: 20 de maio. 2015.

TOBIAS, Daniela Canto. A guarda compartilhada. [S.l.] Disponível em: http://www.unipac.br/site/bb/bb_tcc_res.php?id=98 2011. Acesso em: 04 de maio.2015, 16:45:30.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOTAS:

[1] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 1294.

[2] LÔBO, Paulo. Direito civil, famílias. 3.ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.268.

[3] RODRIGUES, Silvio apud COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64.

- [4] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 6, p. 333/334.
- [5] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – vol. 5. Direito de família. São Paulo: Saraiva. 27ª ed., 2012, p. 601.
- [6] RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 357.
- [7] LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 273.
- [8] CAMARGO, D. R. T.; OLIVEIRA, G. V.; ZAMARIOLA, A.T.S. Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as repercussões nas famílias brasileiras: a Lei nº 13,058/2014. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.4 (jan/fev.2015), p. 22-44, jan. 2015, p. 30.
- [9] Idem, p. 30.
- [10] LÔBO, Paulo. Direito civil, famílias. 3.ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 175.
- [11] GUAZZELLI, Mônica. A nova lei da guarda compartilhada. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.4 (jan/fev.2015), 2015, p. 5-6.
- [12] FONTES, Simone Roberta. Guarda compartilhada doutrina e prática. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.
- [13] GUAZZELLI, Mônica. A nova lei da guarda compartilhada. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.4 (jan/fev.2015), 2015, p. 8.

[14] ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

[15] Idem, p. 80.

[16] SOUZA, Luciano Machado. Luciano. A Atuação do Ministério Público na Gestão dos Conflitos que Envolvam Guarda de Filhos de Pais Separados. Disponível em:

<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/LucianoMachado.pdf>.

Acesso em: 20 de maio. 2015.

[17] FREITAS, Douglas Phillips. JAVORSKI, Josiane. *Perícia Social e Psicológica no Direito de Família*. Florianópolis: Voxlegem, 2015. p. 63.

[18] ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

A DISCRIMINAÇÃO CONTRA FUNCIONÁRIOS HOMOSSEXUAIS NO LOCAL DE TRABALHO

EUDES ANDRÉ PESSOA: Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara - ILES- ULBRA e Pós Graduando em Ciências Criminais pelo Rede Juris de Ensino Jurídico.

Resumo: A nossa Constituição Federal no seu artigo 5º estabelece que todos são iguais perante a lei independente de qualquer natureza, seja ela de cor, sexo, religião, ou condição social. O princípio da não discriminação traz-nos necessariamente uma grande reflexão ao tratar do princípio da igualdade, discriminar significa diferenciar, distinguir, estabelecer diferenças, impor, que si reveste de um conteúdo negativo seria como se fosse um veto, vale lembra que se tenha imposto ao não diferenciado, o não distinguir nem estabelecer diferenças, o que em ultima análise se traduz positivamente, na obrigatoriedade de se dispensar a todos igual tratamento.

Palavras chaves: ambiente de trabalho, discriminação, funcionários, doenças do trabalho.

O princípio da não discriminação tem por objetivo assegurar a igualdade de tratamento entre todas as pessoas, independentemente da sua nacionalidade, sexo, raça, origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

O legislador constituinte de 1988 procedeu a positivação de vários direitos fundamentais, com o intuito de dotá-los de maior

efetividade. Pode-se citar, como exemplos, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho enquanto princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, 1º, III); o objetivo de promover o bem de todos, independentemente de origem, raça, cor, idade e toda e qualquer forma de discriminação (CF, 3º, IV); a liberdade e a igualdade entre todos, inclusive entre homens e mulheres (CF, 5º, *caput* e I); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, 7º, XXX); justiça social assegurada pela redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (CF, 170, VII e VIII).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (art. 1º); sendo iguais perante a lei, tendo direito à igual proteção legal contra qualquer discriminação que viole dispositivos da Declaração, bem como qualquer incitamento a esta prática (art. 7º). O combate à discriminação é próprio do Direito característico das modernas democracias ocidentais. A sociedade democrática distingue-se por sua larga sensibilidade a processos de inclusão social, ao passo que a discriminação atua como contraponto da inclusão social, surgindo como o mecanismo clássico de estigmatização de diferenças e perenização de exclusões de pessoas e grupos sociais.

A Constituição de 88 também proíbe a distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos (art. 7º, XXXII). Esta aplicação do princípio da não discriminação também

está presente no art. 3º, § único, da CLT, segundo qual não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico ou manual. Por fim, toda a pessoa física, sem qualquer distinção, que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário será empregado (CLT, art. 3º, caput).

Em verdade o princípio da não discriminação é insustentável de ser construído a partir dele próprio ou de uma referência ao homem, é sempre um consectário ou uma reflexão dos princípios da igualdade, poderemos dizer que do princípio da igualdade é sempre possível em que passem as dificuldades reconhecidas, identificar o seu conteúdo, construir sua fundamentação sua determinação.

Já no particular da não discriminação, comportamento idêntico é impossível, porque esse não tem consciência própria, mas é uma aparência da derrogação do princípio da igualdade.

Caminhando nessa direção tendo o direito como princípio fundamental e regulador da vida em sociedade atua de duas formas positivistas quando produz regras que imputam vantagens ou direitos em favor de seus tutelados, as negatividades através de normas que possam inviabilizar praticam ou condutas agressoras ao patrimônio e moral dos indivíduos.

É evidente que mesmo assim o alcance dessas metas ainda está bastante longe, pois continuam a persistir muitas lacunas na nossa atual legislação nacional especialmente no que se refere à discriminação

contra as mulheres, os adolescentes, pessoas portadoras de Hiv/Aids e os homossexuais e outros grupos da nossa sociedade neste vulneráveis, tomaremos como foco do nosso artigo a não discrimina o contras os homossexuais.

A orienta o sexual   um direito de todos,   uma garantia fundamental de liberdade de escolha do parceiro ou da parceira, assegurando aos indivíduos o principio da preserva o da intimidade, a vida privada, a honra, a imagem da pessoa. A homofobia também gera necessariamente a discrimina o, a discrimina o esta presente não só nas rela oes sociais e de trabalho, os homossexuais sofrem violência físicas, moral e psicológicas por parte de pessoas comuns principalmente nas rela oes de trabalho.

Na sua grande maioria os homossexuais na sua grande maioria escondem a sua homossexualidade para não sofre discrimina o no local de trabalho, escondem a sua própria identidade assumindo outra identidade e vivem em um submundo evitando ao máximo que sejam descobertos, temendo perderem o emprego, muitos busca manter certa aparência no local de trabalho, isso não   tarefa simples, pois muitos estão em constante vigília principalmente nas rodas de conversas, nas festa de confraterniza o, isso acaba criando uma barreira entre os colegas de trabalho, eventuais emo oes contidas podem proporcionar ao funcionário prejuízos psicológicas e eventualmente a empresa, pois o funcionário não desempenhara com

agilidade as suas funções, tornando assim o ambiente de trabalho nocivo à saúde do funcionário.

A atual legislação vigente em nosso País não trata diretamente a homofobia como crime, isso possibilita que muitos colaboradores sejam vítimas de preconceitos e de “chacotas” no ambiente de trabalho, porém a nossa Carta Magna traz na sua letra os princípios constitucionais que busca atender a todos sem qualquer discriminação e na sua essência busca construir uma sociedade, justa e solidária, garantindo o bem comum de todos e combater o preconceito e a discriminação, promovendo o bem-estar de todos, sem preconceito de origens, raça, sexo, cor, religião e quaisquer outras formas de discriminação.

A nossa Carta Magna abomina qualquer forma de discriminação no seu artigo 3º:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Percebe-se, pelo referido texto, a existência de uma preocupação especial do legislador constitucional com a promoção do conceito de igualdade entre os cidadãos, alçada ao patamar de direito fundamental em que se baseia o Estado Democrático de Direito brasileiro. Esta situação é reforçada pela disposição contida no artigo 5º, caput, da Carta Magna, ao dispor que:

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.

Mas, além de promover a igualdade, o texto constitucional de 1988 também adotou “um princípio de direito internacional de proibição da discriminação, no qual as suas enumerações são tão somente exemplificativas, deixando claro, por duas vezes em normas de caráter fundamental, que todas as formas de discriminação não são aceitas”, relata o juiz do trabalho da 15ª Região, FIRMINO ALVES LIMA. O princípio da proibição de discriminação, segundo este jurista:

Sempre foi considerado uma vertente negativa do princípio da igualdade, pelo que são formuladas regras constitucionais e legais proibindo atos discriminatórios (...). No entanto, a proibição da discriminação não implica somente na proibição de atitudes discriminatórias, porém também para promover outras atitudes discriminatórias de cunho positivo, como objetivo de se atingir a igualdade real. Ou seja, proibiu-se a data de igualdade, ou a última é procurada, mediante a geração de desigualdades em sentido inverso ao ato discriminatório, desigualando-se desiguais até se tornarem.

Algumas dúvidas, no entanto, passam a surgir. Afinal de contas, o que seria a igualdade e, principalmente, a chamada discriminação? É possível que uma atitude que, inicialmente, pareça discriminatória possa, juridicamente, não ser assim considerada? Qual é o elemento central que diferencia os conceitos de igualdade e de discriminação? É possível alcançar a igualdade com tratamento desigual, sem que esta situação seja considerada discriminadora? A tarefa é árdua, mas tentaremos trazer algumas contribuições para o deslinde destas importantes indagações.

Atualmente tramita no Congresso Nacional a PL 122/2006, propõe a criminalização dos preconceitos motivados pela [orientação](#)

sexual e pela identidade de gênero, equiparando-os aos demais preconceitos que já são objetos da Lei 7716/89. Discriminação e preconceito não se confundem. Enquanto o preconceito é um arbitrário juízo mental negativo, a discriminação o efetivo tratamento diferenciado de determinada pessoa por razões preconceituosas (arbitrárias). Assim, a PLC 122/06 punirá a discriminação, não o preconceito lembrando, todavia, que ofender alguém por motivos preconceituosos implica discriminação contra a pessoa ofendida.

São varias as formas de discriminação as diretas quando as adotam dispositivos gerais que estabelecem critérios proibitórios, as indiretas quando à situações criadas desigualdades em relação as pessoas que tem as mesmas características, elas serão imprescritíveis quando estas estão sendo discriminatórias, como nos casos de seleção para empregos baseados no candidato em uma entrevista ou o coloca em isolamento dos demais colegas em determinado setor da empresa.

Diante dos entendimentos trazidos, pode-se deduzir, sem equívoco, que a discriminação sexual dos homossexuais no ambiente de trabalho é uma das realidades que mais profundamente afronta e desafia o princípio constitucional da igualdade.

Segundo Rudney Pereira Junior, consultor de recursos humanos da Foco, o preconceito sofrido pelos homossexuais é similar ao que atinge negros, mulheres, deficientes físicos e mentais no universo empresarial. Para ele, trata-se de um preconceito velado. “Acredito que os homossexuais sofrem tanto preconceito na hora da contratação

quanto os deficientes físicos, negros e mulheres. Algumas empresas ainda têm esquemas muito arcaicos de contratação”, diz o consultor.

Considerações Finais

Embora a Constituição Brasileira de 1988 tenha trazido avanços importantes quanto à valorização da diversidade humana, no sentido de rejeitar qualquer tipo de discriminação de raça, gênero, sexo, crenças religiosas, idade e defender a igualdade de direitos, a liberdade e o respeito às diferenças humanas, acredita-se que muito ainda há por se fazer.

Não raramente, a homossexualidade, Isso, embora não aconteça em todos os lugares, pode ser aqui ressaltado como situações frequentes em diversos ambientes de trabalho que compõem o mercado de empregos, havendo uma ou outra exceção que exime o homossexual de viverem tais situações, estando essa exceção relacionada ao tipo de empresa em que se trabalha ao tipo de vínculo empregatício, e principalmente, ao ambiente de inserção do empregado homossexual.

Enfim, o preconceito e a humilhação não podem superar o desejo de ser feliz e intimidar o desejo de liberdade das pessoas e os direitos a viverem em sociedade.

Referencia Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BOMFIM, B. Calheiros e SANTOS, Silvério dos. **Dicionário de decisões trabalhistas**. 35ª ed. Niteroi: Impetus, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA., 1994.

CAPLAN, Luciana. **O Direito do Trabalho e a Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. “apud” DA SILVA, Alessandro, MAIOR, Jorge Luiz Souto, FELIPPE, Kenarik Boujikian, SEMMER, Marcelo. Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho. São Paulo, LTR, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 8 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LIMA, Firmino Alves. A proibição da discriminação na Constituição Federal de 1988 e a ausência de normas infraconstitucionais adequadas para a regulação deste importante princípio. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>.

Silva, J. A. **H & H: Homoerotismo e Homofoníssimo masculino no mercado de trabalho**. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade Frassinetti do Recife/FAFIRE, Recife.

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. UMA AJUDA PARA QUEM SE AJUDA.

LEANDRO BRESCOVIT: Assessor Jurídico - Procuradoria Geral do Estado/RS, Caxias do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas.

A mitologia Grega nos agracia com a lenda de Ícaro. Segundo consta, o pai de Ícaro, tentando fugir com seu filho de uma ilha, recolheu penas de aves e, unindo-as com cera, construiu asas para si e para sua prole. Conseguiram, assim, voar até uma ilha vizinha, mas Ícaro, entusiasmado com o sucesso da experiência, continuou a voar cada vez mais alto, não dando ouvidos ao genitor, que da Terra o advertia para não voar alto demais, por conta do sol. Como se aproximou demasiado do Astro Rei, este derreteu a cera das asas e Ícaro caiu no mar Egeu, afogando-se.

Na espécie, a morte prematura de Ícaro nada tem com a sua imprudência, mas sim com o desconhecimento daquele que construiu o mito. Consabido que a temperatura diminui na medida em que nos afastamos da terra. Ou seja, o imberbe herói (eternizado com o nome da ilha em que se encontrava preso (Ítaca) teve um destino alheio à sua vontade, tendo em conta que não deu azo à sua tragédia.

Diferentemente de Ícaro, vitimado por terceiro, o idoso constrói uma trajetória, possui um passado do qual é possível extrair os motivos que o levaram à situação de necessidade/miserabilidade. De posse desses últimos dados, busca-se analisar a justeza do benefício assistencial a ele atribuído, sob o enfoque da sua contribuição para auferir tal benesse.

A Lei nº 8.742/93 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS), ao regulamentar o art. 203, inciso V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Dito normativo definiu como idoso o indivíduo com 70 (setenta) anos ou mais, idade essa alterada com o advento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) que passou a considerar idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Por sua vez, o Art. 20 da Lei 8.742/93 prescreve que “O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. [\(Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011\)](#).”

Consta do site do Ministério do Desenvolvimento Social^[1] que os

“Benefícios Assistenciais integram a política de assistência social e se configuram como direito do cidadão e dever do Estado. São prestados de forma articulada às seguranças afiançadas pela Política de Assistência Social, por meio da inclusão dos beneficiários e de suas famílias nos serviços socioassistenciais e de outras políticas setoriais, ampliando a proteção social e promovendo a superação das situações de vulnerabilidade e risco social. Os Benefícios Assistenciais se dividem em duas modalidades direcionadas a públicos específicos: o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) e os Benefícios

Eventuais. O BPC garante a transferência mensal de 1 (um) salário mínimo vigente ao idoso. O acesso aos Benefícios Assistenciais é um direito do cidadão. Deve ser concedido primando-se pelo respeito à dignidade dos indivíduos que deles necessitem. Todo o recurso financeiro do BPC provém do orçamento da Seguridade Social, sendo administrado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e repassado ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio do Fundo Nacional de Assistência Social - FNAS.

O benefício em tela, apesar de estar, supostamente, calcado em critérios objetivos, desconsidera parâmetro fundamental para uma melhor distribuição dos recursos públicos, qual seja, o histórico de cada beneficiado no decorrer da sua juventude e de sua fase adulta, sob o mote de sua participação para a construção de uma sociedade solidária, visto ser esse o intuito da Seguridade Social.

Segundo prescreve o Art. 1º da Lei 8742/93 “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”. Apesar de o normativo ser bastante claro no que atine ao sujeito que deve prestar e o que deve perceber, deve-se atentar para o conceito de cidadão. Eis aí o que milita em desfavor de determinadas pessoas.

A compreensão do conceito de cidadania passa, necessariamente, pela necessidade de direitos e obrigações. Sem essa dupla via estamos diante de parasitado e parasitando. Assim, sua verdadeira acepção acontece pela contraprestação a determinado fato.

Apesar de o cidadão ter a obrigação de prestar determinado ato, possui, em contrapartida, o direito, seja efetivo, seja potencial, de receber algo. Lendo do prisma modo inverso: aquele que percebe algo, pressupõe-se, que em podendo, já dera algo em troca ou há expectativa que venha a dar, ou, em casos excepcionais, recebe para depois efetuar a sua contrapartida.

Hodiernamente há um aumento significativo de benesses assistenciais, por parte dos órgãos governamentais, aos idosos. Tal medida se faz necessária, pois aos desassistidos, a mão estatal deve estar presente. Contudo, na medida em que ditas benesses são alcançadas de forma quase indiscriminada, comete-se uma dupla injustiça, qual seja, o de auxiliar aqueles que, apesar de necessitarem, não deram a sua contrapartida à sociedade em tempo oportuno, bem como o de onerar aqueles que participam ativamente, produzindo recursos públicos sem a garantia de ulterior prestação. Dá-se um tratamento igual àqueles que não estão é pé de igualdade

O intuito primeiro, senão o único, de tal premissa é tratar os iguais na medida de suas igualdades e os desiguais na medida das suas desigualdades. Critério bastante simples e justo. Contudo, o que se vem observando ultimamente é a aplicação de tal princípio a rodo, ou seja, sem a utilização de critérios para uma melhor secção de pessoas. Exemplo típico se mostra no que toca aos benefícios assistenciais permanentes (percepção de 1 salário mínimo), já que o critério idade, bem como a necessidade, vem a serem os únicos utilizados. Causa com isso a agregação de pessoas que, a excetuar-se pelo fator temporal e a necessidade, podem não ter qualquer similitude.

O exemplo seguinte, possivelmente, foi vivenciado por todos os leitores: “A” e “B”, com idades parecidas, suponhamos 25/30 anos, seguem caminhos diferentes. O primeiro é afeto ao trabalho, laborando 40 horas semanais, sendo um contribuinte da Previdência Social, participando ativamente da economia.

Por seu turno, o segundo pouco ou nada produz. Quando o faz é para suprir vícios, como bebidas, jogos e afins. Sua preocupação para com o futuro inexistente. A aversão ao trabalho mostra-se acentuada. Não provê ninguém, para que no futuro possa receber a mesma benesse. Na espécie, salvo uma causalidade da natureza, a máxima de que “juventude ociosa, velhice vergonhosa” terá aplicabilidade certa. Na sua velhice a sociedade terá de se sacrificar para dar-lhe abrigo, já que dificilmente terá um teto, ou mantimentos para sua sobrevivência.

Tem-se aí um divorciamento do princípio da igualdade que em nada contribui para um viver coletivo. Ao revés, reprime boas ações. Reforça-se o afirmado com um exemplo bastante recorrente.

“A” e “B”, ambos necessitando de um transplante de pulmão, estão internados para o procedimento. “A” é fumante assíduo e não manifestou sua vontade, ao menos enquanto possuía saúde, de ser um doador. “B”, por sua vez, além de não ser fumante, sempre se declarou um doador de órgãos. Para efeitos práticos (política de saúde), entre eles não existe nenhuma diferença, estando em fila única no aguardo de um doador.

Contudo, aplicando-se o critério de Justiça (aquela em que os baluartes são os princípios da proporcionalidade/razoabilidade) “A” e “B” não estão em pé de igualdade, tendo em conta que a contribuição

(efetiva ou potencial) de cada qual não se deu na mesma medida, restando, evidente, haver um critério de preferência de “B” em detrimento de “A” amiúde porque, além de dar valor a sua saúde, foi/é um sujeito ativo, preocupado com o que possa vir a acontecer a si ou a outrem. Não fosse assim, qual o incentivo para que “A” e “B” alterem suas condutas? No que atine aos benefícios assistenciais, creio que tal máxima também se aplica.

Dos dois exemplos, apesar de haver entre os participantes uma diferença abissal, o Estado o proverá, sem aplicar qualquer critério de distinção. Pela inexistência de um histórico das atividades dos beneficiários, acaba-se por estender a todo e qualquer necessitado o benefício. Contudo, salvo melhor juízo, difícil legitimar um sacrifício da sociedade para aquele que nada deu em contrapartida. A todos é lícito viver no ócio prazenteiro e tranquilo. Não é dado aos entes públicos analisar os subterfúgios utilizados por aqueles que pretendem gozar uma vida ociosa. Se errante na vida, não cabe ao Estado questionar, dado ser decisão que circunda a esfera individual. O que causa espécie é, em nada tendo contribuído, podendo fazer, deleitar-se das benesses.

Para algumas situações, em especial a que ora se aborda, os direitos, ainda que fundamentais, deverão ser negados, porque os recursos são escassos. Nas palavras de Gilmar Mendes^[2], citando Stephen Holmes e Cass Sunstein “para levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”.

Não se deseja um controle absoluto do Estado. Contudo, um cidadão que nunca teve sua carteira de trabalho assinada, não possui qualquer contribuição à previdência, não há registro de que trabalhe no

meio rural, por certo deveria militar contra si a presunção de desinteresse para com a participação e contribuição à sociedade da qual faz parte.

Logicamente que é possível, por motivo alheio à sua vontade, encontrar-se em estado de miserabilidade, não podendo prover o seu sustendo nem o tê-lo provido por terceiro. Na espécie, o benefício assistencial seria possível, pois seu histórico advoga em seu favor. Pesar de forma diversa é legitimarmos um parasitismo desmedido. E mais. Acaba por incentivar uma cultura da não precaução.

Logo, há uma necessidade premente de que o Estado tenha um maior controle da vida ativa (ou inativa) daqueles que estão sob seu manto, para que, na necessidade de escolha, possa optar pelo cidadão consciente, que entende o sentido do viver em sociedade.

[1]Disponível em:

<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais>.

[2] Mendes, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 6ª ed., São Paulo. Saraiva, 2011 pag. 667

O POLÊMICO FATOR PREVIDENCIÁRIO

MARINA GOIS MOUTA: Sócia do Rocha & Mouta Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade Faculdades Metropolitanas Unidas (2001-2005); Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC/SP (2006-2007); Pós-graduada em Direito Público pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus (2008-2009); Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito (2011-2012); MBA em Gestão Estratégica de Escritórios de Advocacia pela Escola Paulista de Direito (cursando).

Ultimamente tem circulado na mídia a possibilidade do fim do fator previdenciário.

Criado pela Lei 9.876/99 como alternativa de controle de gastos da Previdência Social, o fator previdenciário nasceu com a finalidade de reduzir o valor dos benefícios previdenciários.

O fator previdenciário é a regra que utiliza idade, a expectativa de vida e o tempo de contribuição para reduzir o valor das aposentadorias por tempo de contribuição.

Diante do objetivo de “reduzir os benefícios” o famigerado fator previdenciário foi objeto de diversos questionamentos judiciais quanto a sua constitucionalidade.

Nos últimos anos, milhares de ações de revisão de aposentadoria foram movidas em nosso país com o intuito de que, no momento da concessão do benefício, fosse afastada sua aplicação.

Entretanto o nosso Poder Judiciário (mais precisamente o Supremo Tribunal Federal) entendeu pela constitucionalidade do fator previdenciário mantendo os “prejuízos” aos aposentados.

Diante da enorme discussão sobre a aplicação ou não do fator previdenciário os segurados da Previdência Social foram surpreendidos com a possibilidade de uma nova regra para a concessão das aposentadorias.

Denominada como REGRA 85/95, se aprovada, as aposentadorias serão concedidas sem a aplicação do fator previdenciário, utilizando a soma de idade e tempo de contribuição, sendo que o resultado deverá ser: 95 para homens e 85 para mulheres.

Com esta nova forma de cálculo da aposentadoria o homem poderá se aposentar com 60 anos de idade e 35 anos de contribuição $= (60+35=95)$, por exemplo.

De acordo com o Correio 24^[i] a mudança pode trazer ganhos, para o governo, a mesma medida pode significar uma perda estimada em mais de R\$ 40 bilhões na primeira década em que for aplicada. Isto porque a União terá que pagar integralmente o valor dos benefícios.

Para o ministro da Fazenda, Joaquim Levy, o fim do fator previdenciário acarretaria até mesmo na criação de novos impostos para cobrir as novas despesas.

Na prática, a chamada REGRA 85/95 fará com que os segurados possam se aposentar com proventos integrais (com base no teto da Previdência, que hoje chega a R\$ 4.663,75), o que é quase impossível atualmente com a aplicação do fator previdenciário.

Entretanto ainda é cedo para comemorar tendo em vista que o Senado e a Presidência da República ainda podem vetar essa nova Regra.

Nota:

[\[i\]http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/entenda-como-o-fim-do-fator-previdenciario-melhora-a-aposentadoria/?cHash=6eaa347ca1c9258a64dea93fa5eadf39](http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/entenda-como-o-fim-do-fator-previdenciario-melhora-a-aposentadoria/?cHash=6eaa347ca1c9258a64dea93fa5eadf39)

**ANÁLISE SOBRE AS ALTERAÇÕES DOS ARTIGOS 24 E 26 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO
PROPOSTA PELO PROJETO DE LEI Nº 1548 DE 2011**

GUILHERME JOSÉ PEREIRA: Graduado em Direito pela Universidade Santa Úrsula (USU-RJ), Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Universidade Candido Mendes (UCAM-RJ), Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes (UCAM-RJ).

EDUARDO MÁRIO DA SILVA SAMPAIO JÚNIOR: Graduado em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (FBCJ).

Resumo: O presente trabalho dispõe sobre o Projeto de Lei Federal de nº 1548 de 2011, de autoria do Deputado Federal Alexandre Leite (DEM-SP) que propõe mudanças sobre controle de materiais destinados à prática desportiva conhecida como *Paintball*, atualmente prevista em diferentes dispositivos legais, minudenciando aspectos relevantes sobre a proposta do legislativo, responsável por afetar substancialmente a comunidade esportista, alterando a Lei nº 10.826, de dezembro de 2003, popularmente conhecida como Estatuto do Desarmamento.

Palavras-chave: Paintball, esportes de ação, Projeto de Lei, ordenamento jurídico.

O Estatuto do Desarmamento completa em 2015 doze anos de vigência. Neste período ocorreram diferentes modificações por parte dos legisladores que visaram adequar a norma aos anseios da sociedade, disciplinando e criando barreiras para o porte de armas no país. Neste contexto a supramencionada lei não contempla em seu bojo o porte de marcadores para a prática de esportes de ação, dentre eles o “*Paintball*”

e “Airsoft”, atividades desportivas difundidas mundialmente, que não se encontram amparadas pelo referido estatuto.

A esse respeito, faz-se mister transcrever os art. 24 e 26 do Projeto de Lei nº 1548 de 2011, proposta pelo Deputado Federal Alexandre Leite, que alteram o Estatuto do Desarmamento, vejamos:

“Art.24: Excetuadas as atribuições a que se refere o art. 2 desta Lei, compete ao Comando do Exército autorizar e fiscalizar a produção, exportação, importação, desembaraço alfandegário e o comércio de armas de fogo e demais produtos controlados, inclusive o registro e o porte de trânsito de arma de fogo e demais produtos controlados de colecionadores, caçadores e atiradores desportistas, como os Marcadores de Paintball”.

“Paragrafo único: O Comando do Exército e o Departamento de Polícia Federal adotarão medidas para que os dados do Sigma e do Sinarm sejam de livre acesso a usuários cadastrados que operem os dois sistemas”.

“Art.26 parágrafo único: Excetuam-se da proibição as Réplicas e os Simulacros destinados à instrução, ao Adestramento, à Coleção, ou a Prática Esportiva de usuários autorizados, nas condições fixadas pelo Comando do Exército”.

A importância do tema se justifica pela presença de políticas públicas no combate a criminalidade no território nacional, com iniciativas até mesmo de criminalizar a venda de armas de brinquedo. Neste escopo, a polêmica em torno da utilização de marcadores para à prática delitiva, facultada pela sua similaridade com o armamento real, está presente nos noticiários do país, tornando-se algo comum em nosso cotidiano. O Estatuto do Desarmamento responsável por substituir a Lei nº 9.437/97 trouxe uma série de inovações ao nosso ordenamento jurídico, entretanto, ao não detalhar a questão do porte e transito dos marcadores recai não apenas em significativos transtornos aos atletas mais em toda a sociedade.

O direito a livre prática desportiva encontra-se consagrado como direito fundamental nos artigos: 3, 193, 217 e 225 da Constituição Federal de 1988, demonstrando a relevância para sociedade. Dentre os artigos citados, o artigo 217 sinaliza de forma cristalina que:

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

“I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;”

Diante da existência da cláusula pétrea do Direito Desportivo, torna-se dever do Estado “fomentar práticas desportivas”, como forma de promoção e interação social, ao não prever os marcadores no Estatuto do Desarmamento o legislador dificulta a atividade desportiva,

direito consagrada pela Constituição Federal de 1988, urgindo a necessidade em alterar os artigos 24 e 26 proposta pelo Projeto de Lei nº 1548 de 2011.

A esse respeito, a ausência normativa específica quanto aos marcadores na Lei nº10.826/03 gera uma grave insegurança jurídica, acarretando na apreensão ilegal dos equipamentos utilizados pelos atletas. Este fato comum é exposto na justificativa do autor do Projeto de Lei nº 1548 de 2011, vejamos:

*“Com efeito, de acordo com os adeptos desta modalidade esportista, **o mais significativo dos problemas recai sobre o esporte é a inexistência de uma regulamentação clara e objetiva para sua prática, o que dá margem à ocorrência de situações problemáticas a exemplo de indevida apreensão de material pelas forças políticas**”.*

Ademais, exemplos de diplomas estrangeiros forjados com o objetivo de fomentar o esporte são impulsos claros de políticas públicas voltadas para a prática desportiva. Algumas dessas referências estrangeiras podem ser facilmente citadas como exemplos a serem seguidos, em Portugal a aprovação da Lei nº5/2006, foi responsável por reconhecer os esportes de ação legalmente, regularizando a utilização dos marcadores, essenciais para a prática desportiva e fomentando o esporte, além de iniciativas regionais como a criação de Federações Estaduais, dentre elas: a Federação Paulista Desportiva de Airsoft (FPDA), além de iniciativas voluntárias de atletas que se reúnem em projetos

com o objetivo de fomentar o esporte, como o “Projeto Nacional”, responsável por aglutinar mais de 2.000 atletas em todo o país.

O Projeto de Lei nº 1548 de 2011 ao abordar o porte e transito dos marcadores para a prática desportiva, alterando os artigos supracitados, aperfeiçoa o Estatuto do Desarmamento, ampliando o alcance da lei ordinária aos praticantes do esporte denominado *paintball*, conforme prevê a alteração no art. 26, no qual dispõe: “*Excetuam-se da proibição as Réplicas e os Simulacros destinados à instrução, ao Adestramento, à Coleção, ou a Prática Esportiva de usuários autorizados*”.

Destarte, o art. 3º da Lei nº 9.615/98 define conceitua o desporte, indicando suas qualificações é importância para sociedade, nesse passo a doutrina e taxativa ao declarar que o desporto “*meio de promoção do homem e melhoria da sociedade, desdobrando-o em desporto educacional, desporto de participação e desporto de rendimento* (MELO FILHO, 2001, p.36)”, estando, portanto, em plena sintonia com o artigo 217 da Constituição Federal de 1988.

Assim, inegável os efeitos benéficos para o esporte, à modificação do primitivo Estatuto do Desarmamento se faz necessária frente aos anseios de toda comunidade esportista, já que a inclusão dos artigos supracitados pelo Projeto de Lei nº 1548/11, busca instruir a ausência de norma específica sobre o porte e transito dos marcadores que se encontram em descompasso com o direito constitucional em fase ao Estatuto do Desarmamento. Ao ocorrer a referida alteração se impedirá de imediato as ilegalidades, sendo tratado o tema com a devida relevância e responsabilidade que necessita.

Ressaltam-se algumas considerações sobre o Projeto de Lei ao analisar sua amplitude, proporcionando oportunidades iguais aos praticantes de ambos os esportes de ação. O ilustre Deputado ao suprimir em seu projeto o esporte intitulado “Airsoft” perde a oportunidade em regulamentar uma atividade desportiva que se encontra em vertiginosa ascensão. Igualmente, ao não abordar os acessórios, que estão em constante uso pelos operadores de ambos as práticas possibilita margens para dúvidas que podem resultar no atual problema, apreensões ilegais de equipamentos, marginalizando o atleta.

Nesse sentido, a necessidade em se adquirir acessórios para a prática desportista é real aos atletas, pela dinâmica dos esportes de ação, são feitas simulações de confrontos baseados em ações militares obrigando os operadores a aquisição de materiais secundários para sua prática, ao se debruçar na redação do Art. 12 da Lei nº 10.826, nota-se que a aquisição de acessórios pode incorrer em infração, não sendo sugerido pelo autor do projeto alteração neste dispositivo legal.

Ao limitar é marginalizar o atleta que busca adquirir acessórios para a prática desportiva o dispositivo se encontra em flagrante confronto com o Art. 17 do Código Penal Brasileiro, que indica: *“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”*. Ressalta-se, no caso dos marcadores, a utilização de acessórios em seu corpo não se busca ilícito, ao contrario, o objetivo é exclusivamente a prática desportista, assegurada na Constituição Federal, regulamentada pelo Exército Brasileiro.

Bibliografia:

BRASIL. Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm. Acessado em: 15 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acessado em: 20 de abril de 2015.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm. Acessado em: 03 de maio de 2015.

BRASIL. Portaria nº02 – COLOG, de 26 de fevereiro de 2010. Regulamenta o art. 26 da Lei nº 10.826/03 e o art.50, IV, do Decreto nº 5.123/04 sobre réplicas e simulacros de arma de fogo e armas de pressão, e dá outras providências. Disponível

em:<http://pt.scribd.com/doc/59174583/Port-N%C2%BA-02-COLOG-de-26-fevereiro-de-2010#scribd>. Acessado em: 20 de abril de 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1548 de 2011. Altera a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=885164&filename=PL+1548/2011. Acessado em: 05 de maio de 2015.

MELO. Filho Álvaro. O Desporto na Ordem Jurídico-constitucional brasileira. São Paulo: Malheiros, 1995.

PORTUGAL. Lei n.º 5/2006 de 23 de Fevereiro. Aprova o novo regime jurídico das armas e suas munições. Disponível em: http://www.psp.pt/Legislacao/Lei_5-2006.pdf. Acessado em: 02 de maio de 2015.