

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 880

(Ano X)

(17/11/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



14/11/2018 Kiyoshi Harada

» [Reforma Tributária, uma panacéia para todos os males](#)

ARTIGOS

16/11/2018 Anderson Mariano Melo de Lima

» [Crime impossível sob a ótica do STF e STJ em estabelecimentos comerciais vigiados por pessoas e por sistema eletrônico.](#)

16/11/2018 Welder Rodrigues Lima

» [Reforma trabalhista: análise da prevalência da negociação coletiva sobre os direitos trabalhistas legislados.](#)

16/11/2018 Maria Clara Rodrigues dos Santos

» [Alienação parental: violação aos direitos das crianças e adolescentes](#)

16/11/2018 Celina Girão Da Silva Mendes Bezerra

» [A eficácia da conciliação nas varas de família da comarca de Palmas-TO](#)

15/11/2018 Rayssa Cardoso da Silva Costa

» [Aplicação do IPTU progressivo em Palmas como medida coercitiva a promover o adensamento urbano.](#)

15/11/2018 Jaynara Cirqueira Lopes

» [A ineficácia das medidas protetivas de urgência para as mulheres vítimas de violência doméstica](#)

15/11/2018 Afonso Henrique Hanauer Flatin

» [Direito Digital: uma análise principiológica constitucional sobre a responsabilidade civil na internet](#)

15/11/2018 Lucia de Fatima da Silva Parente

» [Francisco Moura: na moldura de um cavalheiro](#)

14/11/2018 Pedro Vítor de Sousa Oliveira Rabello

» [O empoderamento da vontade das partes no âmbito do Código de Processo Civil de 2015](#)

14/11/2018 Higo Reis Sousa

» [Princípio da isonomia e suas influências sobre o regime da previdência dos servidores públicos](#)

14/11/2018 Tayna Alves de Andrade

» [Uma análise sobre a constitucionalidade do registro de uniões poliafetivas no Brasil](#)

14/11/2018 Maria do Rosário Helena de Macedo Coelho

» [Contextualizando uma abordagem sobre o modo humanizado de intervenção em saúde: o caso do município de Dormentes/PE](#)

13/11/2018 Elvislane Teixeira Santana

» [Atipicidade dos contratos eletrônicos e a segurança jurídica no ambiente virtual](#)

13/11/2018 Edson Luciano Pereira Figueirêdo Filho

» [O Biodireito como mecanismo transversal entre Direito e Saúde: velhas colisões e a proteção da dignidade humana](#)

13/11/2018 Priscilla Fernanda Rodrigues Arruda

» [A natureza jurídica da estabilização dos efeitos da tutela antecipada do CPC/2015, frente à coisa julgada](#)

13/11/2018 Isadora Carmo Pinheiro Nolasco

» [Audiência de custódia: as deficiências de sua aplicabilidade no sistema penal brasileiro](#)

12/11/2018 Júlia Milhomem Costa

» [Legítima defesa antecipada em casos de violência familiar sistêmica](#)

12/11/2018 Kelvin Nean Maciel Peres

» [A ausência de conhecimento técnico dos jurados do Conselho de Sentença, a soberania dos veredictos relacionados à falta de segurança jurídica](#)

12/11/2018 Raquel de Melo Tavares

» [A outorga uxória na união estável](#)

12/11/2018 Frederico da Silva Ferreira de Souza

» [Uma análise acerca das modificações trazidas pelas Leis 12.015/2009 e 13.718/2018 no crime de estupro](#)

REFORMA TRIBUTÁRIA, UMA PANACÉIA PARA TODOS OS MALES

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

A Reforma Tributária virou uma panacéia para curar todos os males das finanças públicas desorganizadas e quebradas, com crescimento astronômico dos déficits primário e nominal nos últimos anos.

O segredo para equilibrar as contas públicas e manter o equilíbrio permanente é muito simples: não gastar mais do que as possibilidades da receita pública; situar as despesas públicas dentro do PIB, o que se consegue mediante cumprimento rigoroso das normas legais de natureza orçamentária (PPA, LDO e LOA) tuteladas pela Lei de Responsabilidade Fiscal que, na prática, transformou-se em Lei de Irresponsabilidade Fiscal. Nenhum governante é responsabilizado criminalmente pelos seguidos desmandos orçamentários, apesar da tipificação dos crimes contra as finanças públicas nos artigos 359-A a 359-H do Código Penal. Crimes de responsabilidade, na verdade, infrações político-administrativas, (art. 85, VI da CF e art. 10 da Lei nº 1.079/50), também, não são levados em conta a não ser em casos excepcionais de ingovernabilidade do País, quando se impõe a interrupção do mandato presidencial. No mais, a LOA é patentemente infringida diariamente sem que nada aconteça.

A Reforma Tributária vem sendo invocada, durante décadas, a pretexto de simplificar o Sistema Tributário Nacional vigente e aumentar a capacidade produtiva do País, sem que, na verdade, não tivesse objetivo outro que não seja o de aumentar a arrecadação tributária por meio de

artifícios legislativos nebulosos, tendentes a encobrir a real carga tributária que pesa sobre os preços de mercadorias e de serviços.

Assim é que os tributos indiretos – ICMS, IPI, ISS e Contribuições Sociais – têm uma alíquota real bem superior àquela legalmente prevista. Só a título ilustrativo o ICMS de 18%, calculado por dentro resulta em uma alíquota real de 21,95% acusando uma diferença de 3,95% que não é percebida pelo contribuinte, nem pelo consumidor que acaba arcando com o ônus do encargo tributário, por força do fenômeno da repercussão econômica.

É assim que a carga tributária de 21% do início da década de 90 foi crescendo para 26%, 28%, 30%, 32% e 35% de hoje. A cada tentativa de Reforma há um aumento tributário! A atual carga tributária real gira em torno de 54% do preço das mercadorias e dos serviços, o que faz do Brasil o país que mais tributa no planeta, para financiar uma das maiores corrupções do mundo. Quanto maior a facilidade de arrecadação, por via de instrumentos legislativos truculentos para vencer a resistência dos contribuintes, maior é o desperdício de verbas públicas. Diz o ditado popular: *dinheiro ganho sem suar é dilapidado com facilidade*.

O atual quadro desastroso em termos de imposição tributária é fruto do falacioso discurso da Reforma Tributária para o fim de “simplificar o Sistema Tributário e diminuir o peso da imposição”. Essa expressão não mais representa o sentido etimológico da palavra. A simplificação significa exatamente o oposto: a complicação e a dubiedade, para dizer o menos. A diminuição do peso da imposição significa, na realidade, o aumento da carga tributária.

Dizemos isso com tranquilidade de quem tem participado dos debates sobre o assunto, desde o início da década de 90, participando de inúmeras comissões para discussão de propostas apresentadas pelo governo perante várias instituições civis, públicas e privadas, inclusive, participando de audiências públicas na Comissão Especial de Reforma Tributária na Câmara dos Deputados.

Nenhum dos projetos discutidos foi para frente, por absoluta falta de vontade política do governo, resultando todas eles em minipacotes ou em pacotões tributários aumentando os tributos.

O atual projeto de Reforma apresentado pelo Deputado Luiz Carlos Hauly a pretexto de simplificar o Sistema Tributário, em que pese as suas boas intenções, complica tudo ao misturar tributos arrecadatários com tributos regulatórios, colocando-os sob a regência de um imposto de base expandida com a denominação de IVA, inserido na competência impositiva da União, mas figurando os Estados como sujeitos ativo desse imposto gigantesco. Conseguiu com uma só canetada desfigurar a Federação Brasileira, de um lado, e de outro lado, concentrar uma quantidade enorme de tributos sob a denominação de IVA a ser tributado por dentro. De IVA só tem o nome. Ele mantém os mesmíssimos defeitos do atual ICMS que adota um regime de tributação nebuloso que mascara o real peso da imposição tributária e motivo de demandas judiciais intermináveis. Quando se pacifica um aspecto dessa tributação por dentro, logo se inicia a discussão de outro aspecto ligado a esse imposto que adota um regime de tributação retrógrado banido do mundo moderno pelos demais países.

A tão falada simplificação tributária não pode implicar afronta ao princípio federativo que assegura a autonomia e a independência dos entes federados. Se a forma do Estado Brasileiro fosse a de um Estado unitário, e não um Estado composto, poder-se-ia até admitir o chamado imposto único idealizado pelo economista Marcos Cintra que vem insistindo na sua implantação ao longo de décadas. A descentralização do poder por espaços regionais é próprio do Estado Federado. E o poder de tributar é uma parcela do poder estatal como um todo. A Federação Brasileira não tão simples. Ela é ímpar no mundo com a coexistência de três esferas políticas juridicamente parificadas. Assim, incogitável é a verticalização do poder de tributar.

Uma verdadeira Reforma Tributária só pode ser feita por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte, para a justa distribuição do poder impositivo às três esferas políticas, mas, isso jamais acontecerá porque os atuais detentores de mandatos parlamentares não irão abrir mão de continuar remendando os textos constitucionais. E uma Reforma Tributária

comandada pela União, detentora da maior fatia do bolo tributário, nunca poderia resultar em uma justa alteração do principal meio de obtenção de receitas públicas.

Daí porque é factível apenas a aprovação de emendas pontuais para tornar simples, transparente e de fácil compreensão do Sistema Tributário Nacional, como as preconizadas no capítulo 19 da nossa obra [1].

A título exemplificativo citemos três das sugestões feitas: (a) a proibição de utilização da medida provisória na seara do Direito Tributário, por implicar violação do princípio da legalidade tributária, além de contribuir para a diminuição do dinamismo caótico da legislação tributária que vem sendo alterada da noite para o dia; (b) a proibição de incluir o valor do tributo na sua própria base de cálculo e na de outros tributos, por implicar eleição do próprio tributo como fonte material de tributos causando demandas de toda espécie, responsáveis por mais da metade das discussões judiciais de natureza tributária; e (c) a obrigatoriedade de a lei complementar definir o fato gerador das contribuições sociais, com o objetivo de colocar um ponto final em “n” impostos inominados mascarados de contribuição social, anulando parcialmente o princípio discriminador de rendas tributárias.

No mais, é só expurgar dos textos voltados ao Sistema Tributário Nacional (arts. 150 a 156), aqueles que não se revestem de conteúdos constitucionais.

O § 7º do art. 150, inserido pela Emenda nº 3/1993, por exemplo, é uma das monstruosidades legislativas que contraria o corpo e espírito do Sistema Tributário esculpido pelo legislador constituinte originário; criou um verdadeiro caos na seara do Direito Tributário confundindo até os cultos e experientes Ministros do STF que levaram mais de uma década para pacificar a jurisprudência em torno do correto entendimento do aludido § 7º introduzido por essa emenda espúria que trouxe inúmeros outros males na área do direito tributário. Esse § 7º até hoje vem causando transtornos aos contribuintes e aplicadores quanto à maneira de executar a decisão plenária do STF que ordenou a restituição ao ICMS pago a maior na operação de substituição tributária para frente.

Outrossim, no art. 155 deveriam ser expurgados dos textos constitucionais inúmeros incisos e letras do seu § 2º que definem normas concernentes ao ICMS.

No Texto Constitucional só deveriam figurar a repartição de competências tributárias e os princípios tributários deixando tudo o mais para a legislação infraconstitucional, concorrendo para o desafogamento do STF composto de apenas onze Ministros.

Feito o expurgo de normas constitucionais desnecessárias por não se revestirem de natureza constitucional, e com as emendas pontuais como sugeridas teremos um Sistema Tributário Nacional enxuto, simples e transparente que implicará um custo menor para sua operacionalização, de sorte a eliminar o atual contingente de inadimplentes e sonegadores. Isso fará com que a arrecadação cresça, possibilitando ao Estado reduzir a carga tributária devolvendo ao setor produtivo o oxigênio que hoje está faltando para aumentar o PIB.

O novo governo que terá início em janeiro de 2019 está sinalizando, desde já, o saneamento das finanças públicas de modo correto. Pela primeira vez, nessas últimas décadas, pretende-se a diminuição das despesas públicas com a redução dos atuais 28 Ministérios para 15. Confiemos que isso não fique apenas no discurso! Ao invés de buscar o equilíbrio financeiro apenas e tão somente pelo lado do aumento da receita tributária, como vem acontecendo rotineiramente, até para cobrir o rombo aos cofres públicos perpetrado por malfeitores incrustados nos órgãos e instituições públicas, pensou-se na diminuição de despesas com a redução do tamanho do atual Estado paquidêmico que não mais cabe dentro do PIB.

Nada mais é preciso fazer, tornando inúteis e desnecessárias as emendas utópicas do tipo congelamento das despesas pelos próximos vinte anos, como se o mundo permanecesse inerte durante duas décadas.

Obtido o equilíbrio orçamentário, para sua manutenção, é preciso retirar cirurgicamente o mecanismo legal que permite a desmontagem da LOA, isto é, tornar expressa a proibição de quaisquer incentivos, isenções ou benefícios fiscais direcionados. Aliás, essa proibição está implícita no art.

151 do texto constitucional que proíbe os incentivos fiscais, ressalvados aqueles destinados a promover o equilíbrio socioeconômico entre as diferentes regiões do País. Para tanto, basta acrescentar no capítulo 1, do título VI da Constituição o princípio existente nas Constituições de outros Países, qual seja, de que “é dever de todos o pagamento de tributos”.

Não é possível continuar no atual círculo vicioso consistente no aumento da carga tributária seguido de exonerações tributárias por critérios até mesmo subjetivos (incentivos fiscais por encomendas) que redundam em um rombo anual de R\$245 bilhões a serem cobertos por novos aumentos tributários que atingem virulentamente os contribuintes não alcançados pelos benefícios fiscais espúrios. É claro que isso violenta o princípio da isonomia tributária, incorrendo em afronta a um princípio tributário de magna importância. Só um cego não percebe o óbvio, ou, então alguém está enxergando demais e tirando proveito dessa situação anômala e injusta.

Os incentivos aos setores agrícola, industrial, comercial e de serviços não de ser feitos por meio de verbas inseridas na LOA de forma pública e transparente, e não por meio de instrumentos tributários que devem manter a neutralidade na atividade econômica, ressalvados os impostos de natureza regulatória, nos limites permitidos pelos tratados bilaterais e multilaterais de que faça parte o Brasil.

Como se vê, a questão é bem simples, não havendo razão para tamanha gritaria em torno desse assunto ao longo de mais de duas décadas como se fosse um parto da montanha. Não se faz reformas com gritos, nem com discursos demagogos, mas com inteligência, sabedoria, bom senso e acima de tudo com ética e boa fé.

Nota:

[1] *Direito Financeiro e Tributário*, 27ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2018, p. 863 a 866.

CRIME IMPOSSÍVEL SOB A ÓTICA DO STF E STJ EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS VIGIADOS POR PESSOAS E POR SISTEMA ELETRÔNICO.

ANDERSON MARIANO MELO DE LIMA:

Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina - FACAPE

DANILO DE FREITAS^[1]

RESUMO: O presente trabalho propõe realizar uma abordagem ao instituto do Crime Impossível, realizando uma explanação conceitual do que seja crime baseado na Teoria Geral, pontuando suas características e principais elementos aplicáveis ao estudo, e, sob o escopo da ciência penalística, expor o entendimento doutrinário, o qual dará subsídio para estudo específico ao crime contido no artigo 17 do código penal. Após, será analisado o “quase crime”, de forma específica, apontando seus conceitos, principais teorias e disposição no ordenamento jurídico brasileiro, para que em seguida seja realizada uma abordagem sobre o entendimento do STJ e STF em relação à aplicação da tentativa inidônea em caso específico. Demonstrando de forma sistematizada qual dos tribunais possui um entendimento que gera efeitos mais positivos no tocante à sua aplicação em sociedade.

Palavras-chave: Crime. Art. 17. Código Penal. Decreto Lei 2.848/1940. Crimes Impossível, STF, STJ, eficácia jurídica.

ABSTRACT: The present work proposes an approach to the Institute of the Impossible Crime, realizing a conceptual explanation of what is crime based on the General Theory, punctuating its characteristic and main element applicable to the study, and, under the scope of the penal science, to expose the doctrinal understanding, which will give subsidy for specific study to the crime contained in article 17 of the penal code. Afterwards, the “almost crime” will be analyzed, specifically, pointing out its concepts, main theories and disposition in the Brazilian legal system, so that an approach is then taken on the STJ and STF's understanding of the application of inactive specific case. By demonstrating in a systematic way which of the courts has

an understanding that has more positive effects in terms of its application in society.

Keywords: Crime. Article 17. Criminal Code. Decree Law 2848/1940. Crimes Impossible, STF, STJ, legal effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

“Os homens não vivem em cooperação natural, como fazem as abelhas ou as formigas. O acordo entre elas é natural; entre os homens é artificial. Os indivíduos só entram em sociedade quando a preservação da vida está ameaçada”. (Thomas Hobbes).

O homem naturalmente é um ser que necessita de conviver em grupos, entretanto devido ao comportamento inadequado a contribuição da paz social, é preciso que seja imposto regras de proceder, a fim de limitar a liberdade individual, permitindo dessa forma a busca da boa convivência em sociedade.

No entanto essa interação social nem sempre é harmônica, pois nela o homem revela seu lado instintivo, ou seja a agressividade, e como ferramenta de controle desses fenômenos, e após passar por várias fases de coerção social, desde a vingança privada, passando pela vingança divina, chegando a vingança pública, estacionando momentaneamente pelo período humanitário, até surgir o Direito penal, com o intuito de proteger a coletividade e promover a paz social, por meio da justiça devidamente legitimada pelo poder exclusivo de punir do Estado “*Ius Puniend*”.

Dessa forma, o Direito Penal é conjunto de normas e princípios que tutela os bens jurídicos mais valiosos de uma sociedade, a fim de se fazer presente a paz social, as normas penais foram compiladas em um código conhecido como código penal, que em regra regulam as condutas tipificadas, por meio de sanções impostas ao infratores.

Dentre os vários institutos existente do Direito penal, se encontram o Crime Impossível, o qual se encontra no Art. 17 do Decreto Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940, in verbis:

Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Ocorre que, a simples leitura de uma disposição normativa, não é garantia de interpretação uniformizada pelos juristas, bem como não garante que aplicação da sentença decorrente dessa disposição, gere os mesmos efeitos aos agentes infratores que tem sua conduta tipificada nesse sentido.

É justamente por haverem divergências nas duas maiores cortes do Brasil, no que tange a aplicação da conduta de crime impossível, que intentamos em realizar neste trabalho uma abordagem a respeito do posicionamento dos dois maiores tribunais de justiça que compõe o poder judiciário no Brasil, quais sejam o SFT e STJ.

Será exposto pontos de vistas de Doutrinadores renomados sobre o assunto em lide, bem como, a aplicação e entendimento de nos citados tribunais, e por fim, será realizada conclusão por este acadêmico expondo qual o entendimento se amolda melhor ao espírito da lei, sugerindo qual das premissas devem ser seguidas para que se possa combater a criminalidade da forma que melhor proponha segurança jurídica.

2.0 CONCEITO DE CRIME

2.1 CONCEITO DE CRIME

O crime é uma espécie da infração penal cujo suas espécies são: crime ou delito e contravenção penal.

O artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940): descreve uma definição legal de crime como sendo:

“Crime é uma infração penal, que decorre em detenção ou reclusão, seja de maneira isolada, alternativa ou cumulativa com a pena de multa”.

Apud Luiz Alberto Machado, de maneira generica, "crime é uma desvalorização contida no tempo e no espaço por ocasião de alterações culturais, políticas e filosóficas".

No entanto, por ser o Direito Penal uma ciência criminal, é necessário que possa se teorizar conceituando de forma lógica e jurídica o que seja crime, não apenas pela prescindibilidade de se entender a natureza e ajudar nas investigações de correntes da Ciência Penal, mas, para que se possa impor as limitações individuais e coletivas decorrentes dentro da sociedade, assim se iniciam os contornos que dão origem ao arcabouço penal normativo. Conforme doutrina do nobre Professor Anibal Bruno, crime é fundamentalmente um fato decorrente de ação humana, que gera danos ou coloca em perigo bens jurídicos, que do ponto de vista penal merecem proteção, ou, conforme explica o citado jurista, "um ato que lesa ou ameaça um bem jurídico julgado fundamental devendo dessa forma receber tutela estatal.

2.2 CONCEITUAÇÃO DOUTRINÁRIA

Costumeiramente a doutrina tem conceituado o crime sob três definições que são, formal, material e analítico.

O conceito formal, refere-se ao crime que está prescrito na lei, pois foi formalmente produzido pelos legisladores que tiveram obediência ao crivo legal de elaboração normativa.

O conceito material, é definido sob a perspectiva ampla da realidade, onde enseja construir seu conceito com base na realidade fenomênica, conhecida universalmente como válida.

Assim, destacando-se por seu grau de eficácia, e conforme entendimento da doutrina majoritária, bem como por recepção do Código Penal, o conceito analítico busca firmar uma posição mais técnica e mais próxima da realidade, pois busca mostrar as características. Assim, analiticamente crime é a conduta por ação ou a omissão prescrita em uma norma, antijurídica ou ilícita e culpável. Conforme Heleno Cláudio Frago:so:

"analiticamente o crime se configura por meio de um processo de abstração científica, a partir do direito penal vigente. Através dele determinam-se os elementos gerais de toda a conduta delituosa descrita nas leis penais e por isso mesmo constitui ele a noção básica e fundamental do direito punitivo".

Portanto, não há fato punível sem que a ação ou omissão correspondam à descrição legal (tipo) e ofendam ao direito, salvo em situação que exclua a antijuridicidade. E, finalmente, sem que a ação ou omissão ilícita e descrita na lei penal corresponda a comportamento culpável.

Dentre as teorias existentes e ao estudar a teoria bipartida do crime, idealizada por Hans Wezel na década de 1930, a culpabilidade não se enquadra como aspecto do crime, uma vez que, se baseia na teoria finalística da ação, assim as características do dolo e da culpa sediados na culpabilidade passaram a integrar o fato típico.

Logo a estrutura da corrente bipartida consiste nos elementos fato típico, dentre eles estão a conduta (dolo ou culpa), resultado e nexa causal. Assim, com a ida do dolo e da culpa para o tipo penal, a culpabilidade passou a exercer um papel valorativo, cabendo apenas como critério para aplicação da pena. Dessa forma para a teoria bipartida o crime só é afastado se não existir os elementos da tipicidade ou antojuridicidade

Já a teoria que explica o sistema tripartido do crime, se baseia na idéia de que para que ocorra o crime o fato seja típico, ilícito ou antijurídico e culpável, na ausência de um desses elementos o crime é afastado. Então com base nesta teoria só não será crime quando o fato for atípico, ou seja a conduta do agente não corresponde a conduta descrita no tipo penal, em relação a ilicitude ou antijuridicidade, quando o fato se enquadra nas hipóteses de excludentes de ilicitude, quais sejam (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, art. 23, inciso, I, II e III do CP), ou quando se emoldar ao caso concreto as excludentes de culpabilidade, (potencial de desconhecimento da ilicitude, inimputabilidade, e inexigibilidade de conduta diversa).

3.0 DA TIPICIDADE

A natureza jurídica do crime impossível é uma causa excludente da tipicidade, sendo assim, o tipo é a descrição comportamental do fato proibido por determinada lei, em que se encontram as características objetivas e subjetivas do fato punível, ou seja, a referência reguladora legal e abstrata do modo inadequado do ponto de vista social, este sendo devidamente ajustado ao fatoconcreto irá constituir o crime.

Atendo-se ao conceito analítico de crime, e segundo alguns autores a culpabilidade é apenas um pressuposto para aplicação da pena, quem adota essa teoria adota o conceito bipartido de crime, que modernamente não é recomendado, pois atualmente o conceito de crime é baseado na teoria tripartite, considerando crime o fato típico, ilícito e culpável.

O fato típico é composto necessariamente por quatro elementos, sejam eles, conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. A teoria da imputação objetiva acrescenta um quinto elemento, que é o risco proibido.

Fato típico por si não é crime, pois deve o mesmo ser acompanhado de ilicitude (respeitado as causas de excludente de ilicitude: estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito e legítima defesa) e culpabilidade que para alguns é apenas um pressuposto da pena, trata-se da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, fechando assim o conceito de crime.

Dentro da idéia do conceito de crime, atualmente o entendimento majoritário seja da doutrina ou da jurisprudência, o dolo e a culpa estão previstos no fato típico, sendo o dolo a real intenção de agir ou assumir o risco do resultado e a culpa sendo o resultado obtido por decorrência de uma conduta considerada imprudente (realizar conduta sem adotar as cautelas devidas, Ex: condutor que passa no sinal vermelho), negligente (é uma omissão, ou comportamento negativo, ex: andar com veículo com pneus carecas) ou imperita (aquela pessoa que não sabe fazer determinada ação ao qual se dispôs fazer).

Para Zafaroni o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).

“Tipicidade é a adequação do fato da vida real ao modelo abstrato de conduta, é a justaposição do que acontece na vida real ao tipo. É a adequação da conduta a um tipo penal. Assim, a tipicidade só existirá se houver conduta, fenômeno próprio do mundo físico. Diante disso pode-se

afirmar que a tipicidade pertence ao mundo do “ser”, ao contrário do tipo. Importante ressaltar que a doutrina tende a afastar um conceito de tipicidade puramente formal (superação da teoria naturalista ou causal da ação) adotando um modelo de tipicidade material, aferindo-se a importância do bem no caso concreto. Daí ser afastada a tipicidade, por exemplo, nos delitos de bagatela”. (MARTINS,2008)

O tipo é uma ferramenta legal, necessária e de natureza descritiva, que tem por finalidade a especificação de condutas relevantes do ponto de vista penal, por serem legamente proibidas.

4.0 CRIME IMPOSSÍVEL

4.1 CRIME IMPOSSÍVEL

Crime impossível, é aquela conduta que deixa de ser típica, em virtude de absoluta ineficácia do meio utilizado ou absoluta impropriedade do objeto jurídico tutelado.

Não pode ser confundido com o instituto da tentativa por razão dos elementos definidores de crime estarem completos, quais sejam: tipicidade, ilicitude e culpabilidade, não vindo a se consumar o crime por situações alheias a sua vontade, como exemplo temos o agente que usa uma arma que ao seu conhecimento é de pleno funcionamento, e ao empregar a mesma na conduta de retirar a vida de alguém, a mesma vem a “mascar”, ou seja, não disparou, o meio se mostrou relativamente adequado a gerar o resultado desejado, devendo o infrator responder com base no art. 14, inciso II do Código Penal, crime de tentativa de homicídio.

A tentativa se apresenta na fase executória através de uma conduta dolosa e típica que, não se consuma por ocasião de surgirem fatores ou situações (circunstâncias), alheias a real intenção do agente, os quais vão impedir que se concretize o dano ao bem jurídico. Em existindo os mencionados elementos diz-se que o crime de tentativa se consumou, o que resulta na punição do agente com pena mais leve do que se o crime tivesse sido consumado, pois do ponto de vista material não houve a consumação do dano preterido.

Portanto, a ação delituosa com meio ineficaz ou sobre objeto impróprio para produzir o resultado configura uma tentativa inidônea ou um crime impossível”, sendo, conseqüentemente, impossível a sua materialização no mundo e impotente para causar dano⁴⁵, não existindo um mínimo de periculosidade para o bem jurídico protegido⁴⁶.

Portnto, quando se fala em crime impossível, conclui-se que a ação empregada para a realização do tipo penal, não pode chegar a produção do resultado devido circunstâncias existentes em relação ao meio e ao objeto do crime.

A inidoneidade, ou seja, as condições de ineficácia do meio e da impropriedade do objeto não podem se fazer presentes na consciência do agente, pois o erro quanto a idoneidade é requisito essencial para caracterização do “quase crime”, pois, se o agente é conhecedor das deficiências do meio e do objeto, consequentemente não haverá o dolo (vontade de produção do resultado), o que enseja em erro de tipo ao revés (a crença errônea na idoneidade da ação perpetuada).

4.2 TEORIAS DO CRIME IMPOSSÍVEL

Ao analisar o espírito do artigo 17 do CP, pode-se notar que a intenção do legislador ao tratar de crime impossível foi de elencar hipóteses que tornem o fato atípico, pois evicenciando-se caso de crime impossível, conseqüentemente não se tem crime, devendo desta forma ser analisado os elementos que formam o crime. Além disso, a natureza jurídica do Crime Impossível tem como definição ser causa de excludente da tipicidade, ou seja não há fato típico quando se fala em “quase crime”, devido as elementares do tcrime não estão presentes, não ha possibilidade de realização do tipo objetivo.

Para tentar explicar o fenômeno do crime impossível, várias teorias foram criadas, dentre elas existem as Teorias Subjetivas, que procuram explicar por meio de investigação o ânimo e a vontade do sujeito que praticar o crime, desconsiderando assim a ineficácia do meio ou impropriedade do objeto, devendo haver punição ao agente, pois importa o que está na mente do agente.

Surgiram também as teorias objetivas, que para este trabalho possui maior relevância dada a conexão notável com o Crime impossível, e tem como escopo estudar os elementos que devem ser constatados no plano dos fatos capazes de identificar e delimitar o conteúdo da proibição penal, quais sejam elas:

Teoria objetiva pura, que trata do oposto a teoria subjetiva, devendo ser considerado as situações de ineficácia do meio, ou impropriedade do objeto, sejam absolutas ou relativas, ao exemplo, o agente que utiliza uma arma quebrada, absolutamente inapta a realizar disparos, ou o agente que utiliza uma arma que não funciona bem, ou seja é relativamente apropriada para se consumir o crime.

Assim, referente ao meio ou ao objeto, tanto faz serem relativas ou absolutas, pois para essa corrente em havendo situação semelhante exposta acima é considerado crime impossível.

Por outro lado tem-se a Teoria objetiva temperada, quer dizer que, só existe crime impossível em caso de ineficácia absoluta do meio, ou absoluta impropriedade do objeto, ou seja , e atítulo de exemplo, se um agente utiliza uma arma que é relativamente capaz de realizar disparos, não há que se falar em crime impossível, pois é caso de tentativa.

A teoria objetiva temperada é a teoria adotada pelo código penal.

4.3 CRIME IMPOSSÍVEL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Em 1830, o arcabouço penal normativo, conhecido como Código Criminal do Império não amparava o crime impossível, tendo como maior proximidade ao instituto em lide, a jurisprudência, que afirmava que a tentativa poderia ser impune, se verificado que o meio era absolutamente ineficaz, bem como o objeto fôsse impróprio a produção do resultado.

O crime impossível veio aparecer pela primeira vez de forma discriminada em 1940, quando o Código penal que já recepcionava a teoria objetiva temperada, tratando no art. 14, tipificando que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”.

Em 1940, a antiga redação do Código Penal, adotando a teoria sintomática (duplo-binário), impôs a aplicação de medida de segurança (liberdade vigiada) aos autores de crime impossível, devido à periculosidade por eles demonstrada (art. 76, § único, e art. 94, inc. III).

Porém, a nova redação da parte geral do Código Penal (1984) afastou o sistema duplo-binário e a imposição de medidas de segurança para imputáveis, estabelecendo, em seu art. 17, que “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

5.0 CAUSUÍSTICA DO CRIME

5.1 IDONEIDADE ABSOLUTA DO MEIO E DO OBJETO

A tentativa de prática criminal será inidônea e, conseqüentemente, caracterizará um crime impossível, quando não é potencialmente eficaz para produzir o resultado, ou seja, dano ou perigo ao objeto jurídico, conforme demonstra a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Crime é conduta e resultado. Este configura dano ou perigo ao objeto jurídico. Além disso a execução deve ser idônea, ou seja, trazer a potencialidade para consumação do resultado. Execução idônea conduz à consumação ou à tentativa. Execução inidônea, ao contrário, leva ao crime impossível” (STJ - RHC 1.902-9 - Rel. Vicente Cemicchiaro _ DJU 05.04.1993, p. 5.859)⁸⁰.

Jurisprudencialmente, o meio absolutamente inidôneo é aquele que não oferece condições coerente a concretização do resultado, e o objeto absolutamente inidôneo é aquele que é impossível de ser lesionado:

“Necessária a verificação da idoneidade, se absoluta ou relativa, tanto dos meios quanto do objeto - distinção - Há idoneidade absoluta do meio quando este é fundamentalmente incapaz de produzir o

resultado, e relativa quando o meio, em si mesmo eficaz, se tornou impróprio pela maneira ou nas circunstâncias em que foi empregado.” (TACRIM-SP _ HC _ Rel. Rubens Gonçalves _ RJD 3/200) ⁸¹.

6.0 EMBATE ENTRE STF E STJ

Como já dito anteriormente o crime impossível acontece quando há absoluta ineficácia do meio, e absoluta impropriedade do objeto, e não é passiva de punibilidade a tentativa, em virtude de não ser possível alcançar o resultado preterido pelo agente.

Recentemente o STJ e STF tem se posicionado de formas distintas quanto à aplicação do art. 17 do CP, pois, existem por parte dessas honradas côrtes, interpretações diferentes da citada disposição ao momento de se realizar sua subsunção ao caso de furto praticado sob vigilância humana e eletrônica.

STF Superior Tribunal Federal – Segunda Turma, sob apresentação pela Defensoria pública da união, e relatoria do ministro Dias Toffoli, julgou o RHC nº 144516 em 22 de agosto de 2017, e por unanimidade dos votos, trancou a ação penal, por atipicidade da conduta, abertas na justiça paulista, contra um casal que tentou furtar três peças de carne no valor de R\$ 100, o ministro Dias Tófoli, relator do caso, reconheceu o crime impossível, e disse em seu voto que: “o acompanhamento ininterrupto do intercrimínis por parte dos funcionários, tornou o meio absolutamente ineficaz no que tange a consumação do furto”, aplicando dessa forma, o Crime impossível em um caso de furto em estabelecimento comercial com seguranças (funcionários) e vigilância eletrônica por meio de câmeras.

Decisão: Por votação unânime, com fundamento no art. 17 do Código Penal, deu provimento ao recurso para conceder a ordem, reconhecendo-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente na Ação Penal 0000802-76.2016.8.24.0039, nos termos do voto do Relator. Presente à sessão, em favor do recorrente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público

Federal. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 22.8.2017.

Em sentido contrário tem se posicionado o STJ - Superior tribunal de Justiça, visto que, por meio da Súmula nº 567 *in verbis*:

"Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto".

Seguindo a esteira do pensamento desse honrado Superior Tribunal de Justiça, a doutrina majoritária, tem adotado o entendimento que é plena à aplicação da citada súmula, pois o fato de existir o monitoramento por câmeras de vigilância, ou seguranças no local, por si, não torna ineficaz o meio utilizado pelo agente, restando para a configuração do crime em tela no caso concreto, que seja evidenciada a absoluta ineficácia do meio. Este também é o posicionamento adotado pela Teoria objetiva Temperada, a qual é seguida pelo código penal vigente.

7.0 CONCLUSÃO

O direito penal através de sua evolução histórica, tem buscado desenvolver sob o escopo da lei em consonância com o princípio da subsidiariedade ou *Última Ratio*, desenvolver mecanismos que possam coibir aqueles comportamentos tornados indesejados pela sociedade e que atrapalham o fiel cumprimento do contrato social realizado entre Estado e Pessoas.

É papel do Estado por meio do Poder Judiciário, executar as atividades concernente a interpretação das leis e consequente realização do fim desejado quer seja "justiça".

Para tanto a justiça brasileira está organizada de forma que tem-se em sua estrutura dois tribunais que possuem enorme relevância, que pelo poder constitucional são emandos aos mesmos, são eles, STF e STJ.

O sistema jurídico atual permite que aos magistrados seja realizada a interpretação das normas como melhor entenderem, salvo as disposições impositivas de obrigatória observação e aplicação, como são a título de exemplo as súmulas vinculantes elaboradas do Supremo Tribunal. O que não se discute, é que deve-se buscar extrair ao máximo a vontade do legislador e simultâneo *espírito das leis*, a fim de que se obtenha dentro de determinado caso concreto o melhor resultado possível para a sociedade.

Dentro do que foi demonstrado no presente trabalho, ao se realizar abordagem específica relativa ao instituto do crime impossível, o qual já ficou evidenciado neste que, nem sempre os magistrados possuem a mesma linha de cognição devido a sua liberdade funcional, e em se tratando dos dois maiores tribunais da nação, possuem os mesmos divergências que produzem efeitos muitas vezes indesejados do ponto de vista da “justiça social”

Para tanto, e após demonstrar de forma conceitual por meio de ponto de vistas da doutrina e da jurisprudência, os aspectos do crime de maneira geral, em seguida do crime impossível que é o objeto deste trabalho, pode-se perceber que, com a devido respeito ao honrado Supremo Tribunal, mas, me posicionando como operador do direito, entendo não possuir respaldo jurídico o entendimento do STF, demonstrado em casos aqui elencados, a saber o RHC 144156 de 22/08/2017.

O entendimento discordante em relação à suprema corte, se dá em razão de que, ao alegar no caso citado, o senhor Ministro relator Dias Tófoli que, o sistema de vigilância eletrônica em estabelecimento comerciais impedem de forma absoluta o cometimento do crime de furto por parte do agente, excluindo assim sua tipicidade e conseqüente posição de crime.

Em consonância com o STJ, a vigilância humana e eletrônica não impede que o crime seja consumado, a presença de sistemas de segurança em estabelecimentos comerciais, são apenas meios que dificultam a realização da prática criminosa, visto que não se pode prever a certeza da não consumação do crime, apenas por se fazerem presentes esses

obstáculos, representados como meios relativamente ineficaz para o alcance do resultado pelo agente.

Além disso, a doutrina majoritária tem entendido que para haver a consumação do crime de furto, não é necessário que o agente criminoso possua a posse mansa e pacífica do bem para que seja configurado o crime, o que reforça ainda mais a tese do STJ de interpretar o sistema de vigilância eletrônica e humana como meio relativamente

O Direito Penal tutela objetivamente proteger os bens jurídicos considerados mais importantes para a sociedade em associação com o princípio da lesividade, o qual, sob o escopo Direito Penal somente irá coibir as condutas lesivas a bens jurídicos, ou seja, não havendo crime quando a conduta inicialmente lesiva e prevista em lei, não resultar em dano relevante ao bem ou mesmo perigo de dano, e os princípios da intervenção mínima (subsidiariedade) e da fragmentariedade, sendo empregados apenas nas situações de ataques considerados mais graves aos bens jurídicos mais importantes devem ser objetos do Direito Penal (fragmentariedade) e, ainda assim, somente quando outros mecanismos não sejam suficientes, não se justificando, assim, a punibilidade do crime impossível.

8.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUNO, Aníbal. Direito penal, parte geral, t. Iº, 43 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 285.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral, volume 1, 63 edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

CREUS, Carlos. Derecho penal: parte general, 43 ed.. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 144 e 145; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 614.

CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral, v. I. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 258 ³⁰ Segundo alguns autores a

tentativa é um tipo independente (crime autônomo), entretanto, a posição doutrinária dominante considera a tentativa um delito incompleto.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral, 15° ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 141 e 142.

HERKENHOFF, João Baptista. Para Gostar de Direito, 2° ed.. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 21 a 25.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal: parte geral, 1° volume, 208 edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. Tipicidade: Conceito e classificação. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 13 dez. 2008. Disponível em: . Acesso em: 07 nov. 2018.

MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 77.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 07 e 08.

PRADO, Luiz Regis, e BITENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de direito penal: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino. Teoria do crime. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SEMER, Marcelo. Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, e PIERANGELI, José Henrique. Da tentativa: doutrina e jurisprudência, 4° edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOTAS:

[1] Professor da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina-FACAPE e orientador da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Instituição

REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DA PREVALÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA SOBRE OS DIREITOS TRABALHISTAS LEGISLADOS.

WELDER RODRIGUES LIMA: Advogado, Especialista em Direito Processual, Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/DF, Especialista em Gestão Orçamentária e Financeira do Setor Público, Bacharel em Ciências Econômicas, Assessor no Banco do Brasil S.A. Contato: welderlima@gmail.com

Resumo: Trata-se o presente de uma explanação acerca da inovação trazida pela reforma trabalhista, Lei 13.467/2016, no tocante à possibilidade da prevalência das negociações empreendidas em sede de convenção ou acordo coletivo, sobre a lei. O texto da reforma trouxe um rol exemplificativo de assuntos que poderão ser objeto de negociação, limitou outros (que não poderão ser objeto de negociação exclusiva), no entanto, deixou de cuidar para que os direitos mínimos estabelecidos na Constituição Federal não sejam objeto de negociação. Isso poderá acarretar prejuízos aos trabalhadores, com possível redução ou supressão de direitos, o que desafiará a manifestação do poder judiciário acerca da constitucionalidade ou não da inovação trazida pela reforma trabalhista.

Palavras-chave: reforma trabalhista, acordo, convenção coletiva.

Abstract: This is the present of an explanation about the innovation brought about by the labor reform, Law 13467/166, regarding the possibility of the prevalence of the negotiations undertaken in a convention or collective agreement, on the law. The text of the reform brought an exemplary role of subjects that could be negotiated, limited others (that can not be object of exclusive negotiation), however, it ceased to take care that the minimum rights established in the Federal Constitution are not subject to negotiation. This may cause harm to workers, with possible reduction or suppression of rights, which will challenge the manifestation of the judiciary over the constitutionality or not of the innovation brought about by the labor reform.

Key-words: labor reform, agreement, collective agreement.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS INICIAIS. 2.1 A autonomia das negociações coletivas na reforma trabalhista. 2.2 Ordem constitucional. 3

NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA – A PRVALÊNCIA DO ACORDADO SOBRE O LEGISLADO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017 promoveu diversas alterações na CLT, dentre elas destaca-se a vontade do legislador em atribuir a preponderância das negociações entre empregados e empregadores sobre as próprias disposições legais.

Há preocupações, especialmente por parte dos sindicatos de trabalhadores, de que tal prerrogativa poderá significar prejuízos aos empregados, por sua condição de desigualdade em relação aos patrões.

Os artigos 611 – A e 611 – B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzidos pela Lei 13.467/2017, disciplinam as matérias que podem ser objeto de negociação entre patrões e empregados, bem como a forma com a qual a negociação deverá ser feita.

Há a previsão, no texto legal de que as negociações se darão entre os sindicatos das partes, nas convenções coletivas, ou entre sindicato da categoria e a empresa, no caso de acordo coletivo. Isso indica que o trabalhador continuará amparado pelo sindicato da categoria.

Por outro lado, o artigo 444 da CLT excepciona a negociação diretamente entre empregado e empregador, nos casos de empregado de nível superior que perceba mensalmente salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Cumpra aprofundar os estudos acerca dos mecanismos trazidos pela Lei 13.467/2017 para verificar que as negociações nos moldes da reforma não signifiquem supressão de direitos aos empregados, bem como forma e limites das negociações.

2 ASPECTOS INICIAIS

Para o desenvolvimento do tema proposto faz-se necessário a explicitação de algumas ideias iniciais, a saber: a inovação introduzida pela reforma trabalhista no tocante às negociações coletivas e a abordagem constitucional sobre o tema.

2.1 A autonomia das negociações coletivas na Reforma Trabalhista

A Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, introduziu consideráveis alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tanto no tocante aos direitos individuais como coletivo.

A proposta do presente artigo é explanar justamente acerca de um aspecto que toca o direito coletivo dos trabalhadores, em especial o desejo apresentado no projeto de lei que originou a reforma e que se propôs a “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores”, segundo consta do PL 6787/16.^[1]

Desse modo, claramente quis o legislador conferir maior autonomia sobre as negociações coletivas, passando a ser preponderante inclusive sobre matérias legisladas.

2.2 Ordem Constitucional

A Constituição Federal (CF), em seu Artigo 7º deu reconhecimento à validade dos acordos em convenções coletivas, nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Coube, então, ao Tribunal superior do Trabalho (TST) estabelecer os limites das negociações coletivas, a título de exemplo reproduz-se o seguinte precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ACORDO COLETIVO – LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXVI, ao permitir que as categorias profissionais e econômicas disciplinem as relações por ela travadas, não o fez de maneira a possibilitar o vilipêndio a direitos indisponíveis dos trabalhadores. Dessa forma, o negociado somente se afigurará passível de se sobrepor ao legislado, naquelas situações em que ausente a afronta aos aludidos direitos, o que não ocorre nos casos em que desrespeita normas inerentes à saúde do

trabalhador, como é o caso da duração diária da jornada do trabalho.

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista AIRR - 77140-17.2005.5.01.0056, Órgão Julgador: 1ª Turma; Publicação: 07/08/2009; Relator: Ministro Vieira de Mello Filho.

Sobre o tema assim posiciona-se Maurício Godinho Delgado^[2]:

Há limites objetivos à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direito de terceiros, (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por uma negociação sindical coletiva. Tais parcelas são imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar mínimo civilizatório que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e valorização mínima deferível ao trabalho (art.1º, III e art. 170, caput, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação na CTPS, o pagamento de salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho.”

Ocorre que, na visão do legislador reformista, o posicionamento do TST gera um ambiente de incerteza jurídica quanto aquilo que foi ou o que pode ser negociado, fato que impede ou dificulta o desenvolvimento das atividades econômicas, além de gerar um passivo perante os Tribunais Trabalhistas a respeito da interpretação de cláusulas existentes em acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho.

Desse modo, até a entrada em vigor da reforma trabalhista, a jurisprudência tratou de estabelecer que as negociações coletivas não poderiam afrontar direitos previstos em lei, não podendo assim sobrepor-se ao legislado.

3 NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA – APREVALÊNCIA DO ACORDADO SOBRE O LEGISLADO

Com o advento da Lei 13467/16, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu Artigo 611-A, passou a prever expressamente as hipóteses exemplificativas sobre as quais a convenção coletiva passa a prevalecer sobre a lei, vejamos:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais:

II - banco de horas anual:

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas:

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a [Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015](#);

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança:

VI - regulamento empresarial;

- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Observe-se que além das hipóteses elencadas, a expressão “entre outros” confere característica meramente exemplificativa do rol apresentado, abrindo a possibilidade de que outros assuntos também possam ser objeto de negociação prevalente sobre a lei, desde que não signifique a supressão ou redução dos direitos constantes do Artigo 611-B, vejamos:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV - salário mínimo;

- V - valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII - salário-família;
- IX - repouso semanal remunerado;
- X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX - aposentadoria;
- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
- XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
- XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
- XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
- XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
- XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Observe-se a presença da expressão “exclusivamente” para que se caracterize a ilicitude da negociação acerca dos pontos elencados no Artigo 611-B, ao passo que infere-se que se houver negociação não exclusiva acerca desses mencionados direitos, haverá licitude.

Nesse passo, vislumbra-se um risco de redução de direitos a depender da negociação empreendida na negociação ou acordo coletivo, o que parece confrontar a Constituição Federal, Artigo 7º, pois lá estão previstos os direitos mínimos os quais os empregados fazem jus, além de direitos indisponíveis, não tendo a Lei 13.467/2016 feito nenhuma ressalva acerca da preservação desses direitos constitucionais mínimos.

4 CONCLUSÃO

A reforma trabalhista, Lei 13.467/16, estabelece que as convenções coletivas e acordos coletivos poderão prevalecer sobre a lei, trazendo um rol exemplificativo de temas que poderão ser objeto de negociação e excetuando outros temas.

Não houve, entretanto, nenhuma ressalva com relação aos direitos mínimos estabelecidos na Constituição Federal, o que desafiará a manifestação do poder judiciário no tocante à constitucionalidade de tal permissivo.

A forma com a inovação inaugurada pela reforma trabalhista apresenta-se, aparentemente traz risco à supressão ou redução de direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 30 de junho de 2018.

DELGADO. Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2008.

PROJETO DE LEI 6787/16. Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em 29 de junho de 2018.

NOTAS:

[1] PROJETO DE LEI 6787/16. Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em 29 de junho de 2018.

[2] DELGADO. Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LTR, 2008.

ALIENAÇÃO PARENTAL: VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

MARIA CLARA RODRIGUES DOS SANTOS:

Faculdade Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE). Acadêmica de Direito. Petrolina-PE.

WANIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO^[1]

Resumo: A entidade familiar passou por diversas mudanças ao longo dos anos. Com isso, o casamento tornou-se ínfimo, aumentando o número de divórcios. Além disso, nota-se filhos gerados ainda no namoro, assim verificou-se a chamada alienação parental através do comportamento dos filhos frutos desses relacionamentos. Objetiva-se refletir sobre a violação aos direitos das crianças e adolescentes frutos da prática da alienação parental. Na metodologia utilizou-se o método indutivo, através da pesquisa bibliográfica, bem como leituras e análise da legislação sobre a temática.

Palavras-chaves: Entidade familiar. alienação parental. Violação.

Abstract: The family entity has undergone several changes over the years. With this, the marriage became tiny, increasing the number of divorces. In addition, it can be seen children born still in the courtship, thus was verified the so-called parental alienation through the behavior of the children fruits of these relationships. The objective is to reflect on the violation of the rights of children and adolescents as a result of the practice of parental alienation. In the methodology the inductive method was used, through bibliographical research, as well as readings and analysis of legislation on the subject.

Keywords: Family entity. parental alienation. Violation.

Sumário: 1. Introdução – 2. Noções de família 2.1 Da guarda; 2.2 Dos princípios norteadores; 3. Da evolução histórica da alienação parental ecológico; 3.1 Da alienação parental; 4. Da violação aos direitos das crianças e adolescente; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo levar-nos a refletir sobre a violação aos direitos das crianças e adolescentes que ocorre no seio familiar com a prática da alienação parental. Por meio da análise da Lei da alienação parental (12.318/10), os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (CF/88) e o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

Nessa perspectiva, foi analisada os aspectos referentes as noções de família, como as guardas reconhecidas pelo ordenamento jurídico e os princípios norteadores; bem como a alienação parental, seu histórico e suas particularidades, e por último a violação aos direitos das crianças e adolescentes.

Ao verificar a evolução histórica da entidade familiar, percebe-se que houve várias transformações e com isso o casamento se tornou ínfimo, além disso, tornou-se comum ter filhos ainda no namoro. Com isso, observou-se, que os filhos frutos desses relacionamentos, geralmente, são vítimas de violência seja física, psíquica, verbal ou emocional o que foi chamado, por meios de estudos, de alienação parental.

Destaca-se que a alienação parental consiste na prática de atos que buscam interferir de modo negativo na relação com um dos seus genitores por aqueles que detém autoridade, guarda ou vigilância dos petizes. Por se tratar de um tema tão importante e recorrente na nossa sociedade, em 2010 o legislador nacional criou a Lei 12.318 com o intuito de prevenção. No entanto, a Lei não tem alcançada o seu objetivo.

Ante o exposto, nota-se a importância de demonstrar que a criança e o adolescente são os maiores prejudicados com a prática da alienação parental, tendo em vista que fere os direitos fundamentais e que traz conseqüências que, muitas vezes, são irreparáveis. Portanto, é imprescindível que haja reflexão.

Foi usado como metodologia pesquisas bibliográficas exploratórias e descritivas, como também método indutivo. Na sua elaboração fizeram

parte as técnicas de documentação direta e indireta e estudos de doutrinas e da legislação.

2. NOÇÕES DE FAMÍLIA

O conceito de família não é unânime de acordo com a compreensão doutrinária, considerando tamanha complexidade e evolução, mas segundo entendimento corroborado por Paulo Nader (2016, não paginado):

Família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Ainda, segundo como preleciona Rolf Madaleno (2018, p. 81) a concepção de família é dividida em *stricto sensu* e em sentido mais restrito:

Já a família *stricto sensu* compreende os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis até o quarto grau, enquanto a família em sentido mais restrito, e modelagem mais frequente no atual entorno social, respeita ao grupo formado pelos pais e por seus filhos, cada vez em menor número de componentes.

A Constituição Federal de 1988 tem fundamental relevância no modelo de família da atualidade, pois modificou o modelo trazido pelo Código Civil de 1916, o qual só reconhecia a família que fosse formada por meio do casamento, sendo patriarcal, hierarquizada e formada com base no patrimônio. Outra característica importante é que não poderia haver a indissolubilidade do casamento. (Dias, 2016, p. 80)

Diante das significativas transformações culturais e o clamor social fizeram com que o Código Civil fosse modificado. Dessa feita, em 1962 foi criada a Lei 4.121, chamada de "Estatuto da Mulher Casada", que trouxe à mulher a emancipação na realização de certos atos, assim como, a Lei 6.515,

que inovou ao estabelecer a possibilidade do divórcio e do reconhecimento de filiação dos filhos frutos da adulteração. (Madaleno, 2017, não paginado)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 teve fim as desigualdades jurídicas a respeito da família, trazendo assim previsão legal em seus artigos 226 e 227. O Caput do artigo 226 estabelece que a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado. Portanto, a família passou a ser entidade de Direito com direitos e deveres. (Venosa, 2017, p.32)

Portanto, essas mudanças ocorridas ao longo dos anos podem ser vistas na formação das famílias na atualidade, em que, por exemplo, há o reconhecimento pelo ordenamento jurídico da filiação pautada somente no afeto. Como também, tornou-se comum os filhos advindos do namoro, não sendo mais necessário o casamento formal para formação da família.

Além do mais, é visto que a flexibilização da formação da entidade familiar também tornou mais fácil a dissolução dos relacionamentos, com isso o divórcio passou a ser mais recorrente na nossa sociedade.

2.1. DA GUARDA

Com o fim do relacionamento é necessário que seja definida a guarda do petiz, seja unilateral, aquela exercida por um só ou a compartilhada, esta configura na que é exercida por ambos. É importante definir o que seria guarda:

Por guarda deve-se entender não apenas o poder de conservar o menor sob vigilância e companhia, mas fundamentalmente o de orientá-lo no cotidiano, dando-lhe a assistência de que necessita, sem com isto exonerar a responsabilidade de outrem. (Nader, 2016, não paginado)

Desse modo, ressalta-se que a guarda poderá ser exercida, de maneira excepcional, por pessoas como avó, avô, tio, tia e entre outros.

Além do mais, o Juiz poderá intervir nos casos em que os pais não consigam acordar sobre a quem pertencerá, se ambos ou um, decidindo, assim, quem deverá ter a guarda, após análise de quem tem melhor condição de exercê-la. (Nader, 2016, não paginado)

Constata-se que a guarda compartilhada estabelecida no art. 1583, §1º, no Código Civil, não era prevista inicialmente, somente, com a Lei 11.698/08 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, passou a ser obrigatória com o advento da Lei 13.058/14. (Nader, 2016, não paginado)

Assim, entende-se que a guarda compartilhada consiste no exercício do poder familiar por ambos os pais, por isso dividem as responsabilidades e decidem conjuntamente as questões relacionadas ao filho como a educação. (Madaleno, 2017, não paginado)

É importante diferenciar a guarda compartilhada da guarda alternada, esta consiste na alternância de residência pela criança ou adolescente, que então teria duas residências. Essa modalidade de guarda não é prevista no Código Civil, mas é estabelecida pela doutrina e jurisprudência. (Nader, 2016, não paginado)

2.2. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

As relações familiares, de acordo com Maria Berenice (2016, p. 65) são regidas por alguns princípios, os quais são dignidade da pessoa humana; solidariedade; igualdade; liberdade; afetividade; pluralismo das entidades familiares; da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos e da proteção ao retrocesso social.

A dignidade da pessoa humana é um princípio base para todos os outros, está previsto na Constituição Federal no art. 1º, inciso III, relaciona-se diretamente com o Direito de Família. Com fulcro no entendimento de Rolf Madaleno (2018, p. 97) a sustentação do Direito de Família é formada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual o relaciona com todas as outras normas vigentes, formando um único sistema, que busca a comunhão plena de vida de todos os que compõe a sociedade.

O princípio da solidariedade de acordo com os ensinamentos de Maria Berenice (2016, p. 79) dispõe sobre os deveres recíprocos do Estado e dos indivíduos em relação a garantia dos direitos fundamentais no âmbito familiar. O Estado estabelece esses deveres e não consegue assegurá-los, ficando a cargo dos integrantes da família, como exemplos: o dever dos pais de prestar assistência aos filhos, previsto no art. 229 da CF/1988 e a obrigação de prestar alimentos, estabelecida no art. 1694 do Código Civil de 2002.

Segundo Maria Berenice (2016, p. 77) o princípio da igualdade está previsto no preâmbulo do art. 5, como também nos artigos 5º, I e 226, § 5 da CF/1988. O Código Civil também trouxe esse princípio nas relações de família unindo-o ao princípio da solidariedade, tendo em vista que é baseado na relação mútua entre os indivíduos.

As relações familiares são norteadas pelo princípio da liberdade conforme os ensinamentos da doutrinadora Maria Berenice (2016, p. 75), cada indivíduo tem a liberdade para escolha do seu parceiro, como também o tipo de entidade familiar, ou até mesmo a dissolução do casamento ou exclusão da união estável.

A afetividade é um princípio que está presente no direito de família com o papel de embasar as relações socioafetivas e na comunhão da vida. Maria Berenice (2016, p. 84) aborda dois exemplos nos quais se pode visualizar a aplicação desse princípio: na união estável e na igualdade entre irmãos biológicos e adotivos.

Abarcando novos arranjos familiares, o princípio do pluralismo das entidades familiares, é aceito pelo Estado e foi possível com a Constituição Federal vigente. Esse princípio reconhece todos os modelos de família até mesmo aquele que são formados por meio da afetividade. (Berenice, 2017, p. 80)

O princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos traz que os direitos desses são prioritários absolutos, tendo em vista que possuem maior vulnerabilidade e fragilidade, necessitando de maior

atenção do Estado, Ordenamento Jurídico e sociedade. (Berenice, 2017. p. 80/81)

No que diz respeito ao princípio de retrocesso social, é vedado que haja retrocesso ou limitação em relação às garantias constitucionais nos aspectos relacionados à igualdade no seio familiar. (Berenice, 2016, p. 83)

Não obstante, Paulo Lobo (2011, p. 75) traz o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, o qual é previsto no artigo 227 da CF/88 e artigo 4º do ECA. Este princípio estabelece ser dever da família, do Estado e da sociedade primar pela efetivação dos direitos dos petizes, tendo em vista proporcioná-los um melhor desenvolvimento moral, social e psíquico.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em 1985, nos Estados Unidos, o psiquiatra e professor da Universidade de Columbia - Richard A. Gardner, iniciou os estudos sobre a Síndrome da Alienação Parental (SAP) quando trabalhava como perito judicial, após notar em seus pacientes, filhos de pais em processo de divórcio, comportamentos semelhantes, os quais traduzem-se na chamada "lavagem cerebral" realizada por um dos seus genitores para colocar o filho contra o outro genitor. (Madaleno, 2017, não paginado)

A "lavagem cerebral" foi denominada como Síndrome por Gardner, pois ansiava que fosse incluída no rol do DSM-IV (manual de diagnóstico e estáticas dos transtornos mentais), publicado pela Associação Psiquiátrica Americana, como forma de garantir o tratamento. Gardner discorre em um dos seus artigos sobre a utilização do termo "Síndrome":

Alguns que preferem usar o termo Alienação Parental (AP) alegam que a SAP não é uma Síndrome. Essa posição é especialmente vista nos Tribunais de Justiça, no contexto de disputas de custódia de crianças. Uma síndrome, pela definição médica, é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos, e que caracterizam uma doença específica. Embora, aparentemente os sintomas sejam desconectados entre si, justifica-se que sejam agrupados por causa de uma etiologia

comum ou causa subjacente básica. Além disso, há uma consistência no que diz respeito a tal conjunto naquela, em que a maioria (se não todos) os sintomas aparecem juntos. O termo síndrome é mais específico do que o termo relacionado a doença. Uma doença é geralmente um termo mais geral, porque pode haver muitas causas para uma doença particular. Por exemplo, a pneumonia é uma doença, mas há muitos tipos de pneumonia – p. ex., pneumonia pneumocócica e broncopneumonia – cada uma delas tem sintomas mais específicos, e cada qual poderia razoavelmente ser considerada síndrome embora não haja o costume de se utilizar comumente esse termo. A síndrome não tem clareza porque a maioria dos sintomas (se não todos) do conjunto manifestam-se previsivelmente como um grupo. (GARDNER, 2002).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) incluiu no CID-11 o termo “alienação parental” ou “alienação dos pais”, mas somente vigorará em janeiro de 2022. (IBDFAM, 2018)

Em 2001, François Podevyn propagou pela Europa os estudos sobre a SAP, foi quando houve o interesse do direito pelo tema, unindo-se a psicologia para entender os fenômenos emocionais ocorridos com os envolvidos no fim de um relacionamento, os quais refletem principalmente nos filhos. (Madaleno, 2017, não paginado)

No Brasil, a alienação parental foi positivada em 2010, pela Lei 12.318, essa trouxe o conceito, especificando a figura do alienador, as formas exemplificativas de praticar, medidas de combate, como interpor a ação e as punições que podem ser aplicadas ao praticante.

Embora, tal tema tenha se tornado lei em 2010, no ordenamento jurídico brasileiro, já existia a possibilidade de forma indireta de proteger as vítimas da alienação parental, através da perda do poder familiar do genitor que ferisse a moral e os bons costumes, previsto no inciso III, do artigo 1.638 do Código Civil de 2002. Assim como, se de forma reiterada o genitor

faltasse aos deveres inerentes ao poder familiar, previsto no art. 1637 e no inciso IV do art. 1638 do Código Civil de 2002. (Madeleno, 2017, não paginado)

3.1. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental, de acordo com Maria Berenice (2016, p. 907), também pode ser chamada de implantação de falsas memórias. Percebe-se que, geralmente, inicia-se após o fim do relacionamento com a disputa judicial pela guarda dos filhos, tendo em vista que com isso, um dos cônjuges, na maioria dos casos, não consegue lidar com o término e acaba transferindo a frustração, o sentimento de rejeição ou a não aceitação da traição para o filho.

A Lei da alienação parental (12.318/2010), em seu artigo 2º, traz o que seria considerado a alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avôs ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este.

É importante salientar que, como mencionando no artigo anteriormente citado, a prática da alienação parental não se restringe apenas aos genitores, pois os avôs ou os detentores da guarda ou vigilância também podem praticar. Assim como, pode haver a prática inversa, ou seja, a alienação é realizada por quem não detém a guarda ou vigilância em desfavor daquele que detém. (Madeleno, 2017, não paginado)

Dessa forma, nota-se que o alienador busca interferir no vínculo entre o pai e genitor alienado por meio de atitudes como, por exemplo, fazendo comentários negativos, dificultando o contato entre ambos ou até mesmo com comportamento considerados mais graves como a mudança

de endereço como traz o art. 2 da Lei em um rol exemplificativo. (Venosa, 2017, p.334)

Declara-se instaurada a alienação por completa quando a criança ou adolescente, após ter absolvido os atos de alienação efetuados pelo alienante, passa a externar por contra própria, em desfavor do genitor alienado atos como os elencados pela doutrinadora Ana Madaleno (p., 2017, não paginado) os quais são: injúrias, depreciações, agressões, interrupção da convivência e desaprovações em relação alienado.

Os efeitos da alienação podem ser devastadores, deixando graves sequelas na criança e no adolescente como as elencadas por Caetano Lagrastra:

Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - o quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos. (Apud Dias, 2017, p. 909)

Em alguns casos, a situação se agrava tanto que um dos genitores acaba acusando o outro de abusar sexualmente o filho. Haja vista, que o alienador faz com que as falsas acusações sejam repetidas pelo filho até que sejam criadas falsas memórias e o filho e o próprio alienador não consigam mais distinguir o que é verdadeiro daquilo que foi inventado. (Madaleno, 2017, não paginado)

A Lei da alienação parental estabelece que quando houver indícios de autoria de sua prática poderá ser ajuizada ação por meio de procedimento autônomo ou incidental, a qual terá tramitação prioritária. Além dos genitores, parentes ou detentores da guarda, o Juiz também pode instaurar a ação de ofício e o Ministério Público também é legitimado. O foro competente é o do domicílio dos pais. (Venosa, 2017, p. 333)

Com isso, havendo indícios da prática da alienação parental o Juiz poderá pedir uma perícia psicológica ou biopsicossocial, pois é necessário que seja minuciosamente periciado tendo em vista tratar-se de assunto tão delicado que envolve o interesse de um petize. (Venosa, 2017, p.333)

Uma vez comprovada tal prática o artigo 6º da Lei (12.318/10) estabelece que o juiz deve:

Art 6º: [...] cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Com o advento da Lei 13.431/17 a prática da alienação parental passou a ser prevista no rol das formas de violência a criança e adolescentes no artigo 4º, inciso II, alínea "b". Assim como, trouxe a aplicação de medidas protetivas inerentes a Lei da Maria da Penha aos casos de proteção da criança e do adolescente vítima e/ou testemunha de violência. (Meu site jurídico, 2018)

4. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Apenas em 1927, no Brasil, foi decretado o primeiro Código de Menores mais conhecido como Código Mello Mattos, todavia regimentava no que diz respeito à situação irregular como o trabalho infantil e o

abandono em Nacional do Bem-Estar do Menor – Funabem – (Lei 4.513/64), e em 1967, foi promulgada uma Constituição, e em 1979, foi criado um novo Código de Menores (Lei 6.697/79). (Oliveira, 2013)

No entanto, em 1959 foi assinado a chamada Declaração Universal dos Direitos das Crianças, na qual os países se comprometeram a zelar pelos direitos das crianças. Com a promulgação da CF/1988, o ordenamento jurídico estabeleceu os direitos das crianças e adolescentes no art. 227. (Oliveira, 2013)

Logo mais, no ano de 1990, foi criado o ECA (Lei 8.069/90), que abarcou todos os direitos já conhecidos pela sociedade, todavia direcionados aos menores, assim ratificando o que foi firmado pelo Brasil anteriormente, no ano de 1959. (Oliveira, 2013)

Em 2009, a Lei 8.069/90 sofreu alterações pela Lei 12.010/09, pois se observou uma necessidade social, sendo modificada aspectos como a adequação da maioria, substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, adoção e entre outros.

Assim, pode-se extrair do entendimento da legislação e doutrinário que os pais ou aqueles que detêm a guarda são detentores do poder familiar, o qual é um direito-dever. Portanto, são os responsáveis em proteger os interesses dos petizes. Ressalta-se que o poder familiar é inerente a ambos os pais, e que perdura do nascimento do menor até quando completar a maioria. O poder familiar é intransferível, irrenunciável, inalienável e imprescritível. (Madaleno, 2017, não paginado)

Mesmo nos casos de separação dos pais, o poder familiar continua a pertencer aos dois. Quando houver divergência pode-se interpor ação para saná-la e resguardando os direitos e deveres de ambos como o art. 1589 do Código Civil aduz: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.” (Madaleno, 2017, não paginado)

A CF/1988, por meio do art. 227, estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado primar pelos direitos fundamentais da criança e adolescente como a vida, a saúde, a educação e outros. Além de, protegê-los de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, opressão e crueldade.

De igual modo, o ECA (Lei 8.069/90) compartilha com essa concepção nos seus artigos 4º e 5º, ficando evidente o papel essencial dos detentores da guarda e seus deveres na formação das crianças e adolescentes.

É notório que a prática da alienação parental viola os direitos fundamentais dos petizes como a própria Lei menciona no seu art. 3º. Tendo em vista, que aqueles que deveriam primar pelo bem-estar do petiz, zelando para que haja um crescimento saudável, acabam tendo atitudes que podem causar efeitos devastadores como já mencionado anteriormente.

Desse modo, entende-se que as crianças e adolescente são os maiores prejudicados com a alienação parental, pois ainda estão em processo de formação mental, podendo deixar sequelas para vida adulta. E, principalmente, podem perder o contato definitivamente com um genitor alienado por atitudes totalmente inconsequentes do alienante. Sendo que o mesmo pode sofrer consequências graves, como preleciona o art. 6º citado anteriormente, por tal prática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tem como premissa maior, a reflexão sobre os direitos das crianças e adolescentes violados com o ato da alienação parental e os seus efeitos causados, tendo em vista que tem sido cada vez mais praticada, mesmo após ter sido matéria de Lei. Nota-se que não foi o suficiente para conter sua prática. É necessário que o poder Judiciário não se limite apenas ao que preleciona tal Lei, buscando melhorá-la, tendo em vista que essa é de cunho preventivo, entretanto, não tem conseguido alcançar tal objetivo.

É de fundamental importância que se iniba a prática da alienação parental, pois pode trazer efeitos irreversíveis à vida da criança e adolescente assim como a vida do genitor alienado, que poderá ter sua

relação com o filho rompida definitivamente. Além do mais, o petiz vitima de alienação tem grandes chances de ser um alienador na vida adulta e assim formar um ciclo que poderia ter sido evitado.

Por isso, é necessário que a sociedade seja conscientizada sobre a gravidade da alienação parental, para isso é importante entender o papel do planejamento familiar, uma vez que na atualidade muitos petizes são frutos de um namoro, ou seja, uma relação inconsistente. Além do mais, a falta de maturidade e falta do planejamento familiar geram inúmeros divórcios o que causa a alienação parental.

Ante o exposto, estabelece que esse trabalho teve o intento de explorar o tema aludido, sem, entretanto, o anseio de esgotá-lo. Demonstrando que com o ato da alienação parental a criança e o adolescente são os principais prejudicados, uma vez que seus direitos são violados.

6. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6022: Artigo em publicação periódica científica impressa - Apresentação. Rio de Janeiro. 2003.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. .Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL, LEI nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, jul 1990. Disponível em: . Acesso em: 13 set. 2018.

BRASIL, LEI no 10.406, de 10 de janeiro DE 2002.. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: . Acesso em: 17 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**.11. ed. São Paulo, SP: Revista Tribunais, 2016.

DINZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 5 v.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro, 2004. V.XVIII.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald. – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

GARDERNET, Richard A. M.D. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Manuscrito não publicado. Traduzido por Rita Rafaeli.[S.L.], 2002.

IBDFAM. **Entrevista: Alienação Parental no CID-11 - Abordagem médica**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6726/Entrevista%3A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+CID-11+-+Abordagem+m%C3%A9dica>> Acesso em: 08/11/2018.

LOBO, Paulo. **Direito civil : famílias** / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Direito civil).

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** / Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno. – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: Acesso em: 10/08/2018.

MEU SITE JURIDICO. **Lei 13.431/17 entra em vigor hoje e abre margem para prisão em razão de alienação parental**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/05/lei-13-43117-entra-em-vigor-hoje-e-abre-margem-para-prisao-em-razao-de-alienacao-parental/>> Acesso em: 20/10/18

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <

<https://forumdeconcursos.com/wpcontent/uploads/wpforo/attachments/4021/170-Paulo-Nader-Vol-5-Família-2016.pdf> > Acesso em: 07/08/2018.

OLIVEIRA, Thalissa Corrêa de. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro.** [S.L.], 2013. Disponível em: <http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_24.pdf > Acesso em: 20/10/10.

Paulino, Philiane Ferreira. **A alienação parental em termos de poder.** Revista de Doutrina e Jurisprudência. 51. Brasília. 107 (1). P. 86-105 / JUL-dez 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família** / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5).

NOTAS:

[1] Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora especialista em Direito Empresarial.

A EFICÁCIA DA CONCILIAÇÃO NAS VARAS DE FAMÍLIA DA COMARCA DE PALMAS-TO

CELINA GIRÃO DA SILVA MENDES BEZERRA: Graduanda do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - Fasec

LILIANE DE MOURA BORGES
(Orientador)¹

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de verificar o grau de resolutividade nas audiências de conciliação nas demandas da vara de família realizadas no CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Palmas-TO. A questão investigativa que norteou o estudo partiu da seguinte indagação: quais os procedimentos que envolvem a conciliação, principalmente no âmbito das varas de família? A metodologia utilizada foi descritiva, documental e bibliográfica. O estudo apontou que em relação à taxa de congestionamento o Judiciário do Tocantins conseguiu reduzir abruptamente essa taxa, e nas varas de família da comarca de Palmas-TO, se obteve o seguinte resultado no ano 2017: Duas mil novecentos e noventa e dois audiências de conciliação realizadas e em 2018: Um mil seiscentos e oitenta e um audiências de conciliação realizadas até o final do mês de setembro, conforme estatística interna do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Palmas-TO. O trabalho conclui que no tribunal de justiça do Tocantins houve eficácia nas conciliações nas varas de família na comarca de Palmas-TO

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação, Varas de Família, Tocantins

ABSTRACT: The study that follows has the objective of verifying the degree of resolution in conciliation hearings in the demands of the family court carried out in the CEJUSC - Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship of Palmas-TO. The investigative question that guided the study came from the following question: what are the procedures that involve conciliation, especially in the scope of family court? The methodology used was descriptive, documentary and bibliographical.. The study pointed out that in relation to the congestion rate the Judiciary of Tocantins was able to

¹ Professora Me. Faculdade Serra do Carmo – Fasec. prof.lilianeborges@fasec.du.br.

reduce this rate abruptly, and in the Palmas-TO District, the following result was obtained in 2017: Two thousand nine hundred and ninety-two conciliations carried out and in 2018: One thousand six hundred and eighty-one conciliation hearings held until the end of September, according to internal statistics Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship of Palmas-TO. The paper concludes that in the court of justice of Tocantins there was efficacy in the conciliations in family courts in the District of Palmas-TO

KEY WORDS: Conciliation. Family Court. Tocantins.

1 INTRODUÇÃO

A temática abordada a seguir tem como objetivo verificar o grau de resolutividade nas audiências de conciliação nas demandas da vara de família realizadas no CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Palmas-TO.

As audiências de conciliação se constituem em um meio alternativo e acessível às famílias que estão em processo judicial, seja na fase pré-processual, ou processual, pois, tem como alvo pôr fim ao conflito entre as partes de forma simples, célere e eficiente, alcançando a pacificação social, um dos objetivos do sistema judicial brasileiro.

Nesse contexto, trata-se uma opção alternativa de composição de conflitos, composto de maneira informal, mas estruturado, no qual um ou mais facilitadores auxiliam as partes a apresentar uma solução aceitável para todos. Com efeito, os métodos adequados de solução de conflitos contribuem para uma nova Justiça marcada pela oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual.

O parágrafo 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil) prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por

juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Trata-se de um trabalho fundamentalmente teórico, baseado no parâmetro metodológico da pesquisa bibliográfica, análise de textos científicos e informações técnicas do Conselho Nacional de Justiça. O tipo de pesquisa utilizada no estudo foi a pesquisa descritiva e documental. Para Gil (2008) a pesquisa descritiva exige do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar. Esse tipo de estudo pretende descrever os fatos e fenômenos de determinada realidade. Os estudos descritivos podem ser criticados porque pode existir uma descrição exata dos fenômenos e dos fatos.

Em relação a pesquisa documental pode-se citar que esta recorre a fontes mais diversificadas para tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, cartas, filmes, fotografias, pinturas, tapeçarias, relatórios de empresas, vídeos de programas de televisão, etc. (FONSECA, 2006).

Nesse contexto, o trabalho foi organizado trazendo em primeiro lugar uma análise sobre o uso da Conciliação e a Mediação nos conflitos de família, e no segundo momento verifica-se a prática das conciliações nas varas de família da comarca de Palmas. Por fim, pondera-se que há eficácia no uso da Conciliação como meio de solucionar as demandas processadas no CEJUSC-Palmas.

2 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O conceito de família ao longo dos anos foi gradativamente sendo objeto de mudanças, abandonando a visão preconceituosa, cedendo

espaço aos novos tipos de família, atendendo aos anseios da evolução da vida em sociedade.

No Código Civil de 1916, a família era voltada para seu círculo familiar, constituída exclusivamente pelo matrimônio, aplicadas algumas regras do direito canônico como o patriarcalismo, na qual prevalecia a autoridade do homem.

De acordo com Wald e Fonseca (2013), a Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, considerou ainda o vínculo matrimonial indissolúvel, regido pela comunhão universal de bens. O mesmo título explicitava a distinção entre filhos legítimos, havidos no casamento, e os concebidos fora do casamento, ou ilegítimos, além de instituir inúmeros pré-requisitos para a adoção.

Na explicação de Gonçalves (2015), neste contexto, os filhos permanecem na dependência dos pais, tanto econômica quanto psicológica. O homem foi compelido a assumir uma versão mais humana, com a exigência de que ele seja mais justo e submisso às leis, já que a esse ponto o Estado passa a ter o poder de acompanhar e intervir na família devido ao seu importante papel de organizador da sociedade. O referido autor ressalta que nesse contexto histórico começa-se a dar atenção para a figura dos filhos adquiridos fora do casamento e para a mulher.

Respectivamente, com a Lei do Divórcio, Lei 6.515 de 1977, permitiu-se a dissolução do vínculo do casamento desde que houvesse uma anterior separação judicial superior a três anos ou separação de fato a mais de cinco anos, este fato do casal poder divorciar-se pela própria vontade é vinculado a uma nova estrutura que visa à vontade do ser humano.

A Constituição de 1988 reproduziu significativas transformações da sociedade, e, quando colocou como princípio fundamental, a dignidade da

pessoa humana, já em seu artigo 1º, inciso III, deu novo enfoque aos valores, revolucionando o direito de família.

Na mesma linha de pensamento Wald e; Fonseca (2013) conclui que o artigo 3º da nova carta, com a redação do inciso IV, abriu novos horizontes ao constituir como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: "Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

As referências acima apontam que o termo pátrio poder foi substituído pelo termo poder familiar, ou seja, a responsabilidade é igual para as duas partes, sem a hierárquica vontade autoritária do homem. Foi instaurada a igualdade entre o homem e a mulher, estendendo à família total proteção jurídica estatal. Surgiu novos arranjos paralelos ao instituto do casamento; a união estável, a família monoparental, todos agora entendidos legalmente como entidade familiar.

Com a Carta de 1988, altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento- e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros (TEPEDINO *apud* GONÇALVES, 2013, p. 24).

Salienta Baptista (2010) que a família foi incorporando circunstâncias, tomando para si um papel voltado para a excelência das relações entre as pessoas. No decorrer do tempo uma família extensa, com foco econômico e intuito de procriação cedeu lugar à família com um número cada vez menor

de filhos e algumas famílias sem filhos, seja por livre escolha, seja em função dos anseios profissionais da mulher.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 premiou a entidade familiar com ampla regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família á luz dos princípios constitucionais.

3. CONCILIAÇÃO NOS CONFLITOS DE FAMÍLIA

3.1 CONFLITOS DE FAMÍLIA

Na maioria dos casos, sobretudo quando há uma separação de casais com filhos, as famílias optam pela jurisdição, ou seja, pelo Poder Judiciário para resolver o conflito. No entanto, existem meios alternativos, extrajudiciais ou ainda judiciais, que são passíveis de ser aplicados nos conflitos.

Assim:

Diversos tribunais brasileiros têm organizado treinamentos, *workshops*, aulas, grupos de apoio, oficinas, entre outras práticas para orientar o jurisdicionado a resolver melhor seus conflitos. Entre esses treinamentos, destacam-se as oficinas de parentalidade (ou oficinas de pais e filhos) que buscam orientar pais divorciados e seus filhos a lidarem melhor com os conflitos nessa fase de transição. Dessa forma, procura-se evitar a evolução de conflitos familiares. Seguindo a mesma premissa, existem também, no Brasil, oficinas de comunicação conciliatória que buscam transmitir aos participantes estruturas comunicativas recomendáveis para que esses possam melhor interagir com outras pessoas por meio do aperfeiçoamento das suas consciências verbais. Além de uma abordagem de clareza e habilidade de expressão pessoal, essas oficinas

possibilitam mudanças estruturais no modo de perceber e organizar as relações humanas (gestão de grupos e organizações) além de trabalhar a questão de responsabilidade, diminuindo a probabilidade de violência ou interações contraproducentes (CNJ, 2016, p. 25).

O Conselho Nacional de Justiça (2016) orienta que a matéria de família, seja abordada em sessões individuais, pois, as questões apresentam uma forte carga emotiva. Gonçalves (2015) ressalta que, mediante a natureza do conflito e o estado o qual ele se encontra, torna-se necessário buscar uma forma para a resolução deste, externa ao ambiente familiar.

Nessa concepção:

O mais tradicional ainda é a busca do Poder Judiciário para resolver esse conflito. Contudo, existem meios alternativos, alguns externos e outros já inseridos e incentivados pelo próprio Judiciário para a resolução do problema. Comumente, essas alternativas buscam a celeridade do caso, e ainda, diversamente da técnica do processo aplicado no Judiciário, tentam resolver questões que no processo comum não são resolvidas (GONÇALVES, 2015, p. 12).

É importante a resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que criou a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário. Por meio dessa Resolução, buscou-se os centros especializados nos meios de tratamento de conflitos, de forma que se dê soluções mais apropriadas a cada tipo de processo, através da participação dos envolvidos que satisfaça seus interesses e a preservação de relacionamentos.

3.2 PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA CONCILIAÇÃO

A conciliação é um método adequado de solução de conflito e é acessível ao cidadão, seja na fase pré-processual, ou processual tem como objetivo pôr fim ao conflito entre as partes de forma simples, célere e eficiente, alcançando a pacificação social, um dos fins do sistema judicial brasileiro.

Ainda assim:

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo (AZEVEDO, 2016, p. 81).

É importante mencionar o que Merlo (2012) expõe acerca dos princípios aplicados à mediação que também norteiam a conciliação. São eles:

a) Princípio da aptidão técnica: a conciliação não deve ser conduzida apenas pelo instinto do conciliador, mas deve ser pautada em técnica, aumentando assim a segurança das partes; b) Princípio da decisão informada: as partes devem ser devidamente informadas das consequências da solução escolhida para o conflito, para que, posteriormente, não sejam surpreendidas por algo que desconheciam; c) Princípio *pax est querenda*: também conhecido como Princípio da normalização do conflito. Significa que o conciliador deve, em todos os momentos, tranquilizar as partes envolvidas, uma vez que a solução desta desavença é almejada pela sociedade e, principalmente, pelos envolvidos; d) Princípio do empoderamento: visa formar os cidadãos, para que se tornem agentes de pacificação de futuros litígios em

que possam se envolver, tendo como base a experiência vivenciada na conciliação; e) Princípio da validação: o acordo estabelecido na conciliação deve ser fruto da decisão consciente e voluntária das partes, para que estas o cumpram fielmente. Deve expressar a vontade dos envolvidos, satisfazendo-os. Exige-se também que este acordo seja analisado como título executivo extrajudicial - certo, líquido e exigível (MERLO, 2012 p. 481).

Observa-se, assim, que a conciliação é um processo composto informalmente, mas estruturado, no qual um ou mais facilitadores auxiliam as partes a apresentar uma solução oportuna para todos.

Na fase que antecede a conciliação, devem ser observados alguns pontos relevantes:

Atentar para o fato de que qualquer indivíduo é cliente do Poder Judiciário, desde aquele inserido no mais alto escalão social até o que encontra no limbo da sociedade. Portanto, não é demais observar o linguajar a ser empregado. Ainda acerca da linguagem, o interventor deve não se valer de palavras tendenciosas ao interesse de uma das partes. Lembrar que todos os atos praticados, todas as palavras proferidas pelo conciliador incidirão de maneira fundamental para êxito na resolução do conflito de maneira pacífica ou não. Vencer a resistência do indivíduo a participar de um ato junto ao Poder Judiciário sem a presença do magistrado. Demonstrar plena disponibilidade e amabilidade para atender as partes (BRUNO, 2012 p. 173).

Vale ressaltar que a conciliação, com a Resolução nº 125 do CNJ/2010, ganhou destaque no âmbito jurídico e social, pois trouxe mudanças de paradigma no modelo judicial adotado no Brasil.

Por outro lado, o conciliador vem recebendo cada vez mais atenção, em razão da percepção renovada da sua importância na efetividade da

prestação jurisdicional. Ainda assim, a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), predecessora da Lei dos Juizados Especiais, foi o primeiro regulamento processual a não apenas prever a figura do conciliador (art. 6º), mas também a criar um procedimento com uma audiência de abertura obrigatória e inteiramente dedicada à conciliação (art. 22).

A Lei nº 9.099/95 manteve a mesma estrutura, tratando do conciliador (art. 7º) e mantendo a audiência de conciliação, de caráter obrigatório e prévio à apresentação da defesa (art. 22).

Vale citar que:

Inspirado pela experiência dos Juizados, o Novo CPC incorporou no rito comum (art. 334) a estrutura procedimental que prevê uma audiência de auto composição “obrigatória” e prévia à fase de defesa. A diferença fundamental é que no CPC/15 a audiência preliminar de auto composição pode ser de conciliação ou de mediação. Além disso, o Novo Código também estabelece expressamente a utilização da conciliação e da mediação nos procedimentos especiais, como no rito possessório (art. 565) e nas ações de família (art. 694) (BARROSO, 2017, p. 124).

Na percepção de Rocha (2016) tanto o conciliador como o mediador são auxiliares da Justiça que têm como principal missão conduzir a audiência de autocomposição, aplicando respectivamente, as técnicas de conciliação e de mediação. O regulamento básico dos conciliadores e dos mediadores repousa nos arts. 165 a 175 do CPC/15, na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) e na Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

3.3 O CONCILIADOR NAS VARAS DE FAMÍLIA

O Manual de Mediação e Conciliação (2016) prescreve as diretrizes curriculares, dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16, para o curso de capacitação para conciliadores e mediadores, que tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. Esse curso, dividido em 2 (duas) etapas (teórica e prática), tem como parte essencial os exercícios simulados e o estágio supervisionado de 60 (sessenta) e 100 (cem) horas.

Aqueles que obtiverem êxito no curso de formação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro dos tribunais, que manterão o registro dos profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. Posteriormente, o tribunal remeterá ao Juizado os dados necessários para que o nome do conciliador ou do mediador passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. Importante lembrar que, se as partes escolherem um conciliador ou mediador, de comum acordo, ele não precisará estar cadastrado para atuar (ROCHA, 2016).

O Código de ética do conciliador e mediador, no seu art. 7º preconiza que tanto o conciliador quanto o mediador ficam absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução (RESOLUÇÃO 125/2010 – CNJ).

A conciliação é um procedimento mais rápido e, na maioria dos casos, restringe-se a uma reunião entre as partes e o conciliador. Trata-se de mecanismo muito eficaz para conflitos em que inexistente entre as partes relacionamento significativo no passado ou contínuo a futuro, portanto,

preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial.

Não obstante:

A conciliação é um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo. Originalmente, estabelecia-se diversos pontos de distinção entre a mediação e a conciliação, sugerindo-se que: I) a mediação visaria à 'resolução do conflito' enquanto a conciliação buscava apenas o acordo; II) a mediação visaria à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscava o fim do litígio; III) a mediação partiria de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento enquanto a conciliação permitiria a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador; IV) a mediação seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões enquanto a conciliação seria um processo mais breve com apenas uma sessão; v) a mediação seria voltada às pessoas e teria o cunho preponderantemente subjetivo enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoque essencialmente objetivo; VI) a mediação seria confidencial enquanto a conciliação seria eminentemente pública; VII) a mediação seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções, enquanto a conciliação seria com enfoque retrospectivo e voltado à culpa; VIII) a mediação seria um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções enquanto a conciliação seria um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos (fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos por esses; IX) a mediação seria um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas como psicologia, administração, direito, matemática, comunicação,

entre outros, enquanto a conciliação seria unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito (AZEVEDO, 2016, p. 21).

Em relação às informações acima, se o conciliador ou o mediador não se sintam aptos para atuar em determinada causa para a qual foram designados, deverão comunicar o fato imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolver os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução consensual de conflitos, para que seja feita nova distribuição.

Na visão de Souza (2016) o conciliador das varas de família deve apresentar como principais qualidades: a independência, a imparcialidade, a dedicação, a compreensão da atividade na qual esteja atuando e a capacidade para valorar as informações que lhe são transmitidas pelas partes.

4 CONCILIAÇÕES NO TOCANTINS

4.1 CONCILIAÇÕES NA COMARCA DE PALMAS-TO

O Tribunal de Justiça do Tocantins por meio da Resolução n.º 15 de novembro de 2008. Promoveu a criação da Central de Conciliações da Comarca de Palmas² que veio viabilizar substancialmente a resolução pacífica dos conflitos, tendo o órgão, desde sua criação, já realizado mais de duas mil audiências, com mais de mil acordos homologados, nas áreas cíveis, família e Juizados.

² Fonte:

http://www.tjto.jus.br/conciliacao/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=9

Com a Resolução n.º 33 do Pleno do Tribunal de Justiça, publicada no Diário da Justiça no dia 09 de outubro de 2015, esta Central de Conciliação passou a se chamar Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

É importante citar as ações Regulamentadas pelo artigo 2º da Resolução do Pleno n.º 09 de 08 de agosto de 2012 que norteiam os CEJUSCs, são elas:

- a) Planejar e orientar o funcionamento dos Centros Judiciários de Mediação e Conciliação do Tribunal de Justiça, estabelecendo diretrizes norteadoras;
- b) Propor à Presidência do Tribunal a instalação de novos Centros, mantendo cadastro dos mediadores e conciliadores que forem nomeados, sempre observada a idoneidade dos indicados;
- c) Propor à Presidência do Tribunal a designação dos magistrados para integrarem os respectivos Centros;
- d) Acompanhar o desenvolvimento dos Centros de Mediação e Conciliação, seu desempenho e resultados, bem como informar à Assessoria de Estatística os dados estatísticos;
- e) Desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses estabelecida na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça;
- f) Planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política pública e suas metas;
- g) Atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede constituída por todos os órgãos do Poder

Judiciário, por entidades públicas e privadas, inclusive universidades e instituições de ensino;

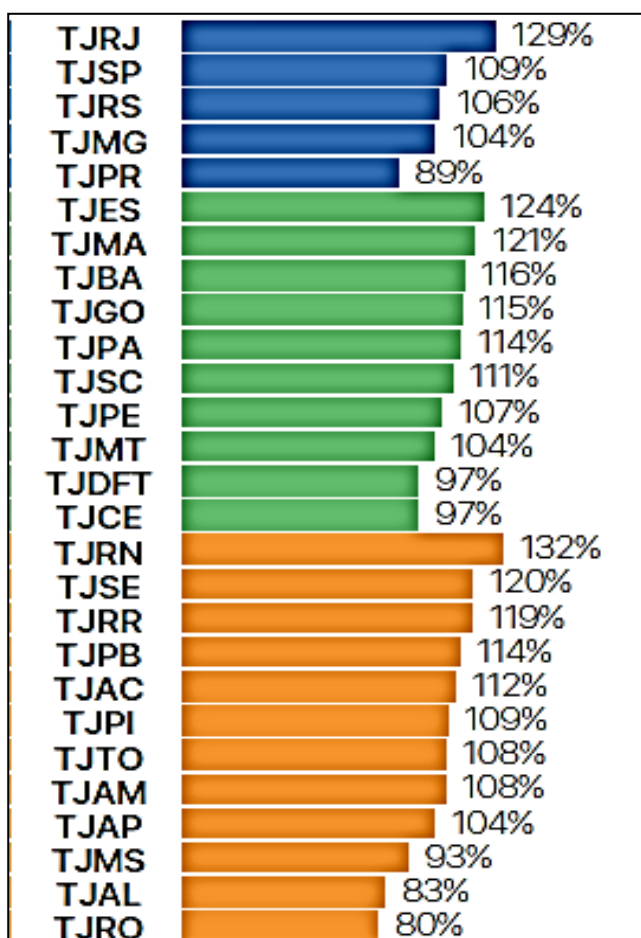
- h) Propor a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores;
- i) Promover em conjunto com a Escola Superior de Magistratura Tocantinense - ESMAT a inscrição, o desligamento, a capacitação, o treinamento e a atualização permanente de servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos, criando e mantendo cadastro atualizado, bem como a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, firmando, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça;
- j) Firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

É importante citar também o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC, que é o órgão do Tribunal de Justiça responsável pela política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, idealizado pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução n.º 125 de 2010).

No Estado do Tocantins, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC foi criado pelo Tribunal de Justiça em 08 de agosto de 2012, por meio da Resolução n.º 09.

Nas estatísticas sobre as conciliações no país, de acordo o CNJ (2018) em relação à taxa de congestionamento (líquida), o Judiciário do Tocantins conseguiu reduzir abruptamente essa taxa, como se observa no infográfico que segue divulgado pelo CNJ (2018).

O infográfico compara o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), por tribunal, em 2017 em relação aos outros tribunais do mesmo porte.

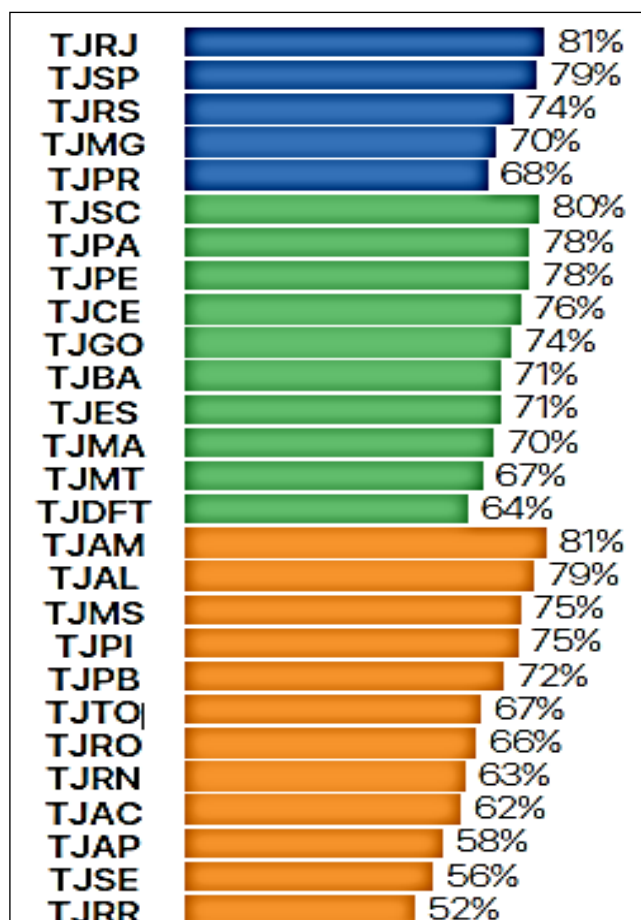


Fonte: CNJ, 2018.

A taxa de congestionamento líquida mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.

Este indicador é oriundo do Justiça em Números e já tem série histórica de apuração nos tribunais (CNJ, 2018).

O infográfico a seguir demonstra a taxa de congestionamento, em 2017 dos tribunais do mesmo porte do TJTO.



Fonte: CNJ, 2018.

O resultado coloca o estado do Tocantins em 6º lugar no ranking dos tribunais de pequeno porte em relação ao descongestionamento como aponta o quadro que segue de acordo o CNJ (2018).

TAXA DE CONGESTIONAMENTO	FASE DE CONHECIMENTO	FASE DE EXECUÇÃO
-----------------------------	-------------------------	---------------------

Tocantins	60%	77%
Média nacional	66%	87%

Fonte: CNJ, 2018.

Em relação às conciliações o CNJ (2018) divulgou os seguintes dados em relação ao TJTO e a média nacional.

CONCILIAÇÃO	FASE DE CONHECIMENTO	FASE DE EXECUÇÃO
Tocantins	22%	1,2%
Média nacional	14.2%	5,5%

Fonte: CNJ, 2018.

As informações acima apontam que o TJTO é o terceiro mais célere nas audiências de conciliação de todo o país.

Em relação aos atendimentos nas varas de família no município de Palmas-TO a tabela a seguir demonstra o total realizado pelo TJTO.

TRIBUNAL	UNIDADE JUDICIÁRIA	UF	MUNICÍPIO SEDE	ESTOQUE
TJTO	1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES	TO	PALMAS	2.319
TJTO	2ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES	TO	PALMAS	2.440
TJTO	3ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES	TO	PALMAS	2.529

Fonte: CNJ, 2018

As informações acima são do ano de 2017 e correspondem ao total geral de audiências realizadas nas três varas de família do município de

Palmas-TO. Já sobre a demanda de audiências de conciliação realizadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC nas varas de família da comarca de Palmas-TO, se obteve o seguinte resultado: 2017 – 2.992 (Dois mil novecentos e noventa e dois) Audiências de conciliação realizadas. 2018 – 1.681 (Um mil seiscientos e oitenta e um) Audiências de conciliação realizadas até o final do mês de setembro, conforme estatística interna do órgão, dados informados em relatório pelo CEJUSC de Palmas.

Um diferencial para a celeridade nas conciliações são as oficinas de parentalidade que o TJTO implantou seguindo a recomendação 050/2014 do Conselho Nacional de Justiça. Essa recomendação orienta os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação e que adotem oficinas de parentalidade como política pública na resolução e prevenção de conflitos familiares nos termos dos vídeos e das apresentações disponibilizados no portal da Conciliação do CNJ.

Fica claro que as ações regulamentadas pelo Tribunal de Justiça do Tocantins direcionadas para as oficinas de parentalidade no âmbito das conciliações promovem a reconstrução familiar e ameniza os traumas ocasionados pela separação, visto que, o auxílio é muito grande, pois, com a oficina de parentalidade é possível orientar os filhos e os genitores que estão passando pelo conflito e com o tratamento diferenciado, as demandas são solucionadas de forma mais pacífica e principalmente mais célere colocando o Tribunal de Justiça do Tocantins como um dos mais eficazes na conciliação das varas de família.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o estudo foi possível observar que a conciliação deve ser um procedimento que prime pela rapidez e segurança. Quanto mais dilatado é um procedimento, mais profunda é a atividade cognitiva do julgador e maiores as possibilidades de intervenção das partes na construção da decisão final.

O estudo demonstrou a eficácia da conciliação nas varas de família da Comarca de Palmas-TO, demonstrou também que o Tribunal de Justiça do Tocantins ficou em 1º lugar no índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau. Na fase de conhecimento registrou 22% (vinte e dois por cento) de conciliações realizadas, enquanto a média nacional é de 14,2% (quatorze vírgula dois por cento) Já na fase de execução, o índice do Tocantins é de 1,2% (um vírgula dois por cento) enquanto a média é de 5,5% (cinco vírgula cinco por cento).

Conclui-se que a conciliação é um processo composto informalmente, mas estruturado, no qual um ou mais facilitadores auxiliam as partes a apresentar uma solução oportuna para todos. Na legislação, o termo é empregado no sentido de procedimento do órgão judiciário, presidido por um terceiro imparcial (o conciliador), cuja atuação visa facilitar o acordo entre as partes.

Em suma, a conciliação é uma possibilidade que se apresenta às famílias que buscam a resolução de conflitos familiares. Nela, as partes refletem e dialogam com o objetivo de gerar vias de superação dos conflitos. É processo voluntário e confidencial, no qual a responsabilidade pela construção das resoluções, sua autoria, está nas mãos das partes e pode se afirmar, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça que há

eficácia nas audiências de conciliação realizadas nas varas de família da Comarca de Palmas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, A. G. de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª Edição. Brasília/DF:CNJ, 2016.

BAPTISTA, S.N. **Manual de Direito de Família**. 2 ed. Recife: Bagaço, 2010.

BARROSO, Luís Alberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em out: 2018.

BRUNO, S. **Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação e Conciliação** de acordo a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10. CNJ. Brasília, 2016.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010: **Código de Ética de Conciliadores e Mediadores**. [2010]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 28ª Edição, revista e atualizada. Malheiros Editores. São Paulo, 2016.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Fortaleza: UEC, 2006.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MERLO, A. K. F. **Mediação, conciliação e celeridade processual**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12349&revista_caderno=21>. Acesso em jun. 2018.

ROCHA, F. B. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. 8. ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

SOBRAL, Marina Andrade. **Princípios Constitucionais e as relações jurídicas familiares**. (2015) Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: jun. 2018.

SOUZA, A. H. **Manual de Mediação Judicial**. 6ª Edição. Brasília/DF: CNJ, 2016.

WALD, A.; FONSECA, P. **Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, 2008.

APLICAÇÃO DO IPTU PROGRESSIVO EM PALMAS COMO MEDIDA COERCITIVA A PROMOVER O ADENSAMENTO URBANO.

RAYSSA CARDOSO DA SILVA COSTA:

Graduando no curso de direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Este estudo teve por desígnio examinar a aplicação do IPTU progressivo em Palmas como medida coercitiva a promover o adensamento urbano. Tal problemática se mostra relevante frente a grande quantidade de vazios urbanos nas áreas centrais da cidade e bem dotadas de infraestrutura. Esse desadensamento é proveniente da inversão do planejamento de ocupação territorial pelo Executivo Estadual em favor do mercado imobiliário especulativo, a partir da dispersão da mancha urbana. Nesse viés, a aplicação do IPTU progressivo surge com o propósito de estimular o adensamento em áreas dotadas de infraestrutura com vistas a estimular o cumprimento da função social da propriedade, bem como maximizar o aproveitamento dos equipamentos públicos. A metodologia utilizada apoiou-se em abordagem quali-quantitativa, revisão bibliográfica e de campo, notadamente no estudo do Plano Diretor de Palmas e da Legislação Urbanística vigente. Constatou-se, a partir da execução do instrumento, o alcance de uma grande área de vazios urbanos na capital, em torno de 1.453,938,10 m², revelando-se, com isso, a grande potencialidade do imposto em efetivar o adensamento urbano. Para tanto, deve-se articular institucionalmente a gestão de aplicação do IPTU progressivo no tempo em conformidade com os demais instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade.

PALAVRAS-CHAVE: Palmas; IPTU Progressivo; Adensamento Urbano; Plano Diretor.

ABSTRACT: This study was designed to examine the application of progressive IPTU in Palmas as a coercive method to promote urban densification. This problem is relevant to the large number of urban voids in the central areas of the city and well endowed with infrastructure. This disarray is due to the inversion of the planning of territorial occupation by the State Executive in favor of the speculative real estate market, from the dispersion of the urban spot. In this bias, the application of the progressive

IPTU arises with the purpose of stimulating the densification in areas equipped with infrastructure to stimulate the fulfillment of the social function of the property, as well as to maximize the use of public equipment. The methodology used was based on a qualitative and quantitative approach, bibliographical and field review, notably in the study of the Palmas Master Plan and the current Urban Planning Law. The scope of a large area of urban voids in the capital, around 1,453,938.10m², was revealed from the execution of the instrument, revealing, therefore, the great potential of the tax in effecting urban densification. In order to do so, it is necessary to articulate the management of IPTU application in time according to the other urban planning instruments provided for in the City Statute.

KEYWORDS: Palmas; Progressive IPTU; Urban Mobility; Master plan.

1. INTRODUÇÃO

O processo de desenvolvimento das cidades envolve um planejamento de crescimento com sustentabilidade, voltado a garantir o bem-estar de seus habitantes. Na contemporaneidade é comum encontrarmos vestígios de um processo de urbanização excludente, marcado pela segregação socioespacial, a partir da periferização da população com menor poder aquisitivo.

A questão enfrentada neste estudo aborda a aplicação do IPTU progressivo em Palmas como medida coercitiva a promover o adensamento urbano. Tal problemática se mostra relevante frente a grande quantidade de vazios urbanos nas áreas centrais da cidade e bem dotadas de infraestrutura. Esse desadensamento é proveniente da inversão do planejamento de ocupação territorial pelo Executivo Estadual em favor do mercado imobiliário especulativo, a partir da dispersão da mancha urbana.

Nesse aspecto, a aplicação do IPTU progressivo surge com o propósito de estimular o adensamento em áreas dotadas de infraestrutura com vistas a estimular o cumprimento da função social da propriedade, bem como maximizar o aproveitamento dos equipamentos públicos.

A metodologia utilizada apoiou-se em abordagem quali-quantitativa, revisão bibliográfica e de campo, notadamente no estudo do Plano Diretor de Palmas e da legislação urbanística vigente.

Além da Introdução, Considerações finais e Referências, este artigo está organizado em 4 capítulos, distribuídos da seguinte forma: no primeiro capítulo, procedeu-se à revisão da legislação brasileira acerca da sistematização do imposto, a partir de sua conceituação e principais objetivos; no segundo, abordou-se a dinâmica de ocupação da cidade com enfoque para o seu processo de ocupação periférica e forte retenção especulativa na região central; no terceiro capítulo, estruturou-se a legislação urbanística local acerca do instrumento, expondo-se os critérios adotados para a aplicação do imposto no plano diretor; e por fim, no último capítulo, demonstrou-se as áreas sujeitas a incidência do imposto e os resultados obtidos com a sua aplicação.

Constatou-se, a partir da execução do instrumento, o alcance de uma grande área de vazios urbanos na capital, em torno de 1.453,938,10 m², revelando-se, com isso, a grande potencialidade do imposto em efetivar o adensamento urbano. Para tanto, deve-se articular institucionalmente a gestão de aplicação do IPTU progressivo em conformidade com os demais instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade.

2 - SISTEMÁTICA DO IPTU PROGRESSIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU tem previsão no art. 156 da Constituição Federal 1988, cuja competência foi atribuída aos Municípios e ao Distrito Federal. Sua incidência é descrita no art. 32 do Código Tributário Nacional - CTN, para o qual este imposto deverá recair sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Minardi (2015, p. 845) assinala que a origem desse imposto no Brasil remonta a chegada da Coroa Portuguesa, mais precisamente com o alvará de 27 de junho de 1808, onde o príncipe D. Fernando José de Portugal, criou o “imposto da décima dos prédios urbanos”, definindo que os proprietários de prédios urbanos deveriam pagar anualmente 10% do rendimento líquido para a Real Fazenda.

No tocante à estrutura geral do Imposto Predial e Territorial Urbano, a doutrina moderna descreve-o em três aspectos, a saber: o aspecto material, o espacial e o aspecto temporal.

Ao enfrentar a materialidade do IPTU, Minardi (2015) descreve-o, a partir do texto constitucional, como resultante da qualidade de ser proprietário de imóvel urbano. Para isso, a autora se vale da definição de propriedade contida no Código Civil Brasileiro, que dispõe no art. 1.228, que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Nesse contexto, a autora destaca que ao prever que o fato gerador recaia sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza ou ascensão física, o CTN está indicando que a incidência do imposto somente existirá quando for exercida a posse e o domínio útil como *animus domini*, ou seja, quando o possuidor tiver como sua a coisa possuída exteriorizando essa vontade, razão pela qual o locatário, o arrendatário, o comodatário, o mero detentor ou cessionário de uso de bem público não praticam o fato gerador do imposto.

Com relação ao aspecto espacial, tem-se que será competente para instituir, majorar e recolher o imposto, o município de localização do imóvel urbano (art. 32, CTN). Nesse passo, o CTN indica como zona urbana aquele definido em lei municipal observado o requisito mínimo da existência de 2 (dois) dos melhoramentos públicos referidos no § 1º, do art. 32, quais sejam: (i) meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; (ii) abastecimento de água; (iii) sistema de esgotos sanitários; (iv) rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; (v) escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

À vista disso, Sabbag (2016) descreve que a definição adotada no CTN para a caracterização de zona urbana é o critério geográfico, embora comporte uma exceção, quando se considera o critério da destinação econômica do imóvel - exploração vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial - ocasião em que mesmo o imóvel estando situado em zona urbana, este estará afeto a incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR e não o IPTU.

Por fim, o aspecto temporal destina-se a verificar o momento de incidência do imposto. Nesse viés, o Código Tributário Municipal de Palmas (Lei Complementar nº 285/2013) determina que considerar-se-á ocorrido o fato gerador no dia 1º de janeiro de cada ano (art.6º).

A definição da base de cálculo do IPTU leva em conta o valor venal do imóvel previsto na planta genérica de valores do respectivo município. Importante destacar que não faz parte desse cálculo o valor dos bens móveis mantidos em caráter permanente ou temporário (art. 33, parágrafo único do CTN).

Discorrendo acerca do conceito de valor venal, Sabbag (2017) afirma que:

Quanto à dimensão semântica da expressão “valor venal”, pode se afirmar que é crível considerar tal valor como o preço à vista que o imóvel alcançaria se colocado à venda em condições normais no mercado imobiliário. Todavia, a avaliação do valor do imóvel sempre será uma questão tormentosa Sabbag (2017, p. 1461).

Com efeito, o autor ainda nos informa que a base de cálculo do imposto em questão, assim como a respectiva alíquota incidente - variável em cada município - deverá ser originariamente prevista em lei, em atendimento ao princípio da legalidade tributária.

Atualmente, o IPTU apresenta-se como uma das principais fontes arrecadatórias do poder público local, responsável por financiar as políticas locais de desenvolvimento e, ainda, a implementação, pela gestão municipal, de recursos específicos em infraestrutura urbana e serviços públicos.

Para a consecução da gestão pública local, nossa Carta Política outorga aos Municípios competência legislativa para ordenar seu território, mediante o planejamento e controle do uso, como também do parcelamento e ocupação do solo (Art. 30, VIII, CF). A previsão constitucional em tela, antes de tudo, busca garantir que o município estabeleça em seu território uma política de desenvolvimento urbano voltada ao atingimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem-estar de seus habitantes (Art. 182, CF).

À vista disso, confere-se aos municípios a faculdade de exigir, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, e ainda, nos termos da legislação federal, que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, promova seu adequado

aproveitamento (art. 182, §4º da CF). Na hipótese de o particular não atender à exigência do poder público local, a constituição prevê um conjunto de providências sucessivas a serem adotadas como medida coercitiva de dar destinação à propriedade urbana, dentre elas vislumbra-se o IPTU progressivo no tempo, objeto de estudo no presente trabalho (art. 182, §4º, I a III):

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O IPTU progressivo no tempo é um instrumento de gestão territorial regulado no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), tendo por desígnio desestimular proprietários a manter seus imóveis vagos, ou subutilizados em atendimento as diretrizes do plano diretor municipal.

Cabe destacar que o IPTU apresenta dois tipos de progressividade: a progressividade fiscal e a extrafiscal. A progressividade fiscal é aquela aplicada ordinariamente, de cunho eminentemente arrecadatário voltado a angariar recursos aos cofres públicos. Já a progressividade extrafiscal, prestigia o cumprimento da função social da propriedade, tributando-se mais gravosamente aqueles proprietários que não deem destinação a propriedade urbana, trata-se, portanto, de uma sanção.

Nossa Carta Política, no art. 182, § 2º, estipula que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Para Harada (2016, p. 325), o que fundamenta a aplicabilidade de institutos jurídicos urbanísticos, tal como o IPTU progressivo, é o poder de polícia, que nada mais é do que “a atividade inerente do poder público que objetiva, no interesse público, intervir na propriedade e na liberdade dos indivíduos, impondo-lhes comportamentos comissivos ou omissivos”.

A cerca do tema, Sabbag (2017) preleciona:

Historicamente, à luz do art. 182, § 4º, II, da CF, sempre se admitiu ao IPTU a progressividade no tempo, para fins extrafiscais, como instrumento de pressão ao proprietário do bem imóvel que, devendo dar a ele o adequado aproveitamento, mantinha-se recalcitrante ao necessário cumprimento da função social da propriedade Sabbag (2017, p. 1466).

Nessa sistemática, o IPTU progressivo no tempo é aplicado como consequência do descumprimento das condições e prazos para o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do solo urbano, cabendo ao respectivo plano diretor de cada cidade estabelecer a área sujeita à aplicação do instrumento, e a uma lei municipal específica detalhar a sua aplicação (art. 5º do Estatuto da Cidade).

Em termos práticos, tendo o proprietário desatendido a notificação para edificar, o município poderá majorar a alíquota do IPTU pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos. Dentro desse período, a lei municipal deverá especificar a alíquota progressiva aplicável a cada ano, desde que a mesma não exceda duas vezes o valor referente ao ano anterior, limitada ao índice máximo de 15% (§ 1º do art. 7º do Estatuto da Cidade).

Após o decurso do prazo de cinco anos, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública (art. 8º Estatuto da Cidade).

Segundo a Secretaria de Finanças da Prefeitura de Palmas - SEFIN, os proprietários notificados para edificarem, terão prazo de um ano para a retirada do Alvará de Construção e mais dois anos para concluírem a edificação. Aqueles que não obtiverem o alvará no prazo acima referido estarão sujeitos à alíquota progressiva no tempo. Para a Secretaria, “o IPTU Progressivo não tem finalidade principal de arrecadação, e sim penalizar o

proprietário de imóvel que não cumpre a função social da propriedade, ao deixá-la sem edificação” [2].

3 - DINÂMICA DE OCUPAÇÃO TERRITORIAL EM PALMAS

Palmas, capital do Estado do Tocantins, é a mais recente capital projetada no país, fundada em 20 de maio de 1989. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e estatística – IBGE, o município possui uma extensão territorial de 2.218,942 km² e densidade demográfica de 102,9 hab/km² (IBGE 2010). Atualmente, estima-se que a população da capital é de 291.855 habitantes, conforme projeção do instituto para o ano de 2018.

Para que se possa compreender a importância da implementação do IPTU progressivo em Palmas, faz-se necessário demonstrar a dinâmica de ocupação da cidade com enfoque para o seu “processo de ocupação periférica e forte retenção especulativa na região central” (Bazolli, 2016, p.7).

Na época de fundação da capital, todo o país estava se preparando para sediar a maior conferência sobre o meio ambiente já realizada, conhecida como Rio 92. Esse evento trouxe uma nova perspectiva no planejamento da cidade, adaptando-a a uma estética funcional, com destaque para áreas verdes, praças e bosques nos centros das áreas destinadas a moradias (Nascimento, 2009).

Ao comentar sobre as perspectivas adotadas na implantação da cidade, Teixeira (2009) esclarece que:

De acordo com o plano urbanístico, uma vez implantada a rede básica de quadras, a partir da abertura das vias arteriais, cada uma delas seria objeto de parcelamento interno próprio, podendo as soluções variar em cada caso, inclusive quanto aos tipos construtivos permitidos para as edificações (casas, edifícios de apartamentos, residências geminadas, etc.). Nos miolos das quadras foram previstos equipamentos públicos básicos, como praças e escolas Teixeira (2009, p.95).

Para a elaboração do plano diretor da cidade, o governo estadual contratou uma empresa de Goiânia, conhecida como Grupo Quatro, que previu uma projeção de urbanização inicial de 1.624 hectares, equivalente a 110,8km², área capaz de acolher uma população 120 mil habitantes até o quinto ano da fundação da capital. Nessa projeção, Palmas atingiria uma população de 200 mil habitantes até o 10º ano de criação, com potencial de chegar ao 15º ano com 800 mil habitantes, sem causar transtornos de ordem social e com uma média de adensamento entre 300 a 350 habitantes por hectare (Bazolli, 2016).

Assim, a expansão da cidade foi dividida em etapas a serem progressivamente distribuídas de acordo com o ritmo de crescimento urbano, sendo implementada uma nova etapa apenas quando a anterior já estivesse suficientemente adensada. Ao todo, previu-se a distribuição do plano diretor em 5 etapas.

Teixeira (2009, p. 96) destaca que o objetivo dessa distribuição gradual era “evitar a dispersão das frentes de urbanização pela área total prevista para a cidade, garantindo o aproveitamento racional e econômico da infraestrutura dos serviços públicos que avançaria, por assim dizer, em ondas”. O autor aduz que a área destinada à primeira etapa, núcleo central, abrigaria uma população estimada de 200 mil habitantes nos primeiros dez anos. Nesse ritmo, a ocupação de toda a área reservada ao plano básico atenderia um aglomerado de 1,2 milhão de habitantes.

Não obstante a previsão de expansão demonstrada, o próprio governo estadual desrespeitou a ordem sequencial estabelecida, demonstrando um descompromisso institucional com o plano diretor ao adotar uma gestão de segregação sócio-espacial da população com menor poder aquisitivo em favor do mercado imobiliário especulativo.

Na instalação da capital, o Estado era o maior proprietário fundiário do município, pois foi o responsável pela desapropriação das grandes fazendas situadas na área destinada ao plano básico. Nessa perspectiva, o governo desempossou terras rurais e vendeu terras urbanas já valorizadas, o que permitiu o incremento de recursos para o custeio da implementação de infraestrutura básica na capital (Teixeira, 2009).

Ao explanar sobre a dinâmica de ocupação da cidade, Bazolli (2016) destaca que, para acomodar parte da mão-de-obra que chegava para a construção da nova cidade, foram criados bairros longínquos do centro administrativo previsto. Desta forma, deu-se início ao processo de

periferização na cidade, a partir do surgimento de *urbes* à margem da região central. Nesse quesito, Pizzio e Rodovalho (2015) pontua:

(...) Palmas, desde o início de sua implantação, reservou as vantagens de localização, com a otimização dos gastos de energia e tempo de deslocamento, para as classes sociais de mais alta renda e somente possibilitou a localização das classes mais baixas a 16 quilômetros do centro da cidade, fora da área do Projeto Urbanístico básico. (Pizzio e Rodovalho, 2015, p. 104).

Com a formação desses espaços distantes, o governo não só atendia a demanda social do momento, como também obtinha lucro, frente à especulação imobiliária decorrente da retenção de terras na região central, que eram cada vez mais valorizadas, pois dispunham de toda a rede de infraestrutura, comércios e equipamentos públicos.

Outro ponto de destaque no processo de ocupação e expansão da cidade de Palmas foi o crescimento para além do plano originalmente previsto, conforme pontua Bazolli (2016):

(...) Definiu-se inicialmente neste plano um perímetro urbano de 110,8km², mas esse espaço se multiplicou por várias vezes. Logo em 1992 ocorreu uma expansão linear da cidade para a região sul, que agregou à sua dimensão geográfica mais 117,4km² (maior do que a cidade original). Foram criados nesta região bairros emblemáticos: Aurenys; Santa Barbara e Taquari, dentre outros, todos destinados à população de baixa renda. Em 2002, com a instituição de um plano de macrozoneamento (PALMAS, 2002), a cidade chegou a ter extensão linear urbana de 35 quilômetros, por ver acrescido um novo perímetro urbano na sua região norte. Porém, de maneira racional, o Plano-Diretor municipal, aprovado em 2007 (PALMAS, 2007), reduziu o perímetro urbano da cidade e fez com que a região norte, em questão,

retornasse à condição de área rural. (Bazolli, 2016, p. 8).

Diante de todo o exposto, vislumbra-se a inversão do planejamento de ordenação da capital a partir da ocupação precoce de áreas pertencentes à quinta etapa do projeto inicial e que, portanto, só deveriam ser abertas a partir da urbanização de 70% da área projetada pelo plano diretor. Com essa atitude, houve um espalhamento da cidade, propiciando a formação de uma grande área ociosa dentro do perímetro urbano, notadamente na região central, em contraposição a uma densa ocupação precária na região periférica.

Essa inversão encareceu sobremaneira a implantação e a manutenção da rede de infraestrutura, equipamentos e serviços públicos na cidade fazendo com que Palmas apresente o maior custo urbanização per capita do Brasil, estimado em R\$ 216,79 (Bazolli, 2007).

Os estudos de Bazolli em 2007 demonstraram que a área de vazios urbanos na capital em 2006 era em torno de 4.127,81 hectares. Desse quantitativo, a região das ARSOs (Área Comercial 130, 140, 150 e das Áreas Residenciais 76, 82, 83, 84, 85, 86, 93, 94, 95, 96, 104, 105, 106, 113, 114, 115, 116, 122, 123, 124, 125, 126, 131, 132, 135, 141 e 151), detinha a maior área de espaços vazios, com 1.913,1 hectares, equivalente a 46% do total dos vazios. A segunda maior área fica na Região Sul, fora do plano diretor, com cerca de 1.245,3 hectares, equivalente a 30% do total dos vazios urbanos.

4 - LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA DE PALMAS DO IPTU PROGRESSIVO

O IPTU progressivo no tempo integra um grupo de instrumentos urbanísticos previstos na Constituição Federal de 1988 e regulamentados no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), tendo por finalidade precípua contribuir para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Esses instrumentos advêm da outorga legislativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios, no art. 30, VIII, para ordenar seu território, mediante o planejamento e controle do uso, como também do parcelamento e ocupação do solo.

Nesse viés, para a consecução do planejamento de ordenação territorial, o Estatuto da Cidade atribui aos municípios à gestão do Parcelamento Edificação ou Utilização Compulsória (PEUC) e dos

instrumentos que lhe sucedem: o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (art. 74º, inciso II, alínea “a”, “b” e “k”), cabendo ao plano diretor de cada cidade estabelecer a área urbana sujeita à aplicação dos instrumentos (art. 5º - EC).

É nessa perspectiva que o plano diretor municipal de Palmas (Lei complementar nº 155, de 28 de dezembro de 2007), estabelece como tema prioritário na gestão do plano diretor o combate à especulação imobiliária e à ocupação dos vazios urbanos (Art. 13º, inciso I, alínea b).

Assim, o IPTU progressivo no tempo surge com o propósito de estimular o acesso aos espaços ociosos no perímetro urbano, através da aplicação de sanção pecuniária àqueles proprietários que venham a descumprir os prazos para parcelar, edificar ou utilizar a propriedade.

Convém mencionar que o instrumento em tela não tem função arrecadatória. Mas sim a de estimular um comportamento socialmente desejável, voltado à efetividade da função social da propriedade, atendendo as necessidades sociais.

Para a operacionalização do imposto em referência, estabeleceu-se na legislação urbanística local a caracterização dos imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados no plano diretor.

No entanto, percebe-se a partir da redação do artigo que o legislador municipal fez “uma confusão entre os conceitos de imóvel não utilizado e imóvel subutilizado, de forma que ambos são tratados como se fossem um só fenômeno” - IPEA (2015, p. 57), citado por Bazolli (2016, p.10).

Lei nº 155/ 2007:

§ 1º Para efeito desta Lei, considera-se imóvel subutilizado e/ou não utilizado:

I - aquele cuja área construída seja inferior a 10% da área permitida para edificação no lote;

II - aquele cujo investimento na edificação for incompatível com o valor do lote, ou seja, cujo investimento seja inferior ao preço do lote;

III - edificações que tenham permanecido sem uso por período igual ou superior a 05 (cinco) anos;

IV - lotes ou glebas vazias em áreas dotadas de infraestrutura básica tais como: água e esgotamento sanitário, energia e acesso por vias pavimentadas e transporte coletivo acessível a menos de 800 metros.

Não obstante a confusão conceitual, Bazolli (2016) destaca que dada a atual conjuntura de Palmas, permeada por grandes vazios urbanos, o instrumento deve ser aplicado de forma a alcançar, principalmente, os lotes vazios.

Denota-se, nesse cenário, que o município deve primeiramente proceder à notificação do proprietário para parcelar, edificar e utilizar o terreno urbano enquadrado nas condições acima especificadas situados nas áreas de ocupação prioritária e preferencial do plano diretor participativo. Insta destacar que a regulamentação do PEUC no plano diretor de Palmas ficou a cabo da Lei Complementar nº 195 de 22 de Dezembro de 2009. Discorrendo acerca da notificação, o Plano Diretor Municipal (LC 155/2007) em seu art. 76, assim determina:

§ 1º A notificação far-se-á:

I - por funcionário do órgão competente do Executivo, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administrativa;

II - por edital, quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

(...)

§ 5º A transmissão do imóvel, por ato intervivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstos neste artigo, sem interrupção de quaisquer prazos, desde que averbado no registro imobiliário, pelo Poder Público Municipal.

Com base nessas premissas, as áreas estruturantes sujeitas à ocupação prioritária e preferencial no plano diretor ordenaram-se à volta das

avenidas comerciais Theotônio Segurado e Juscelino Kubistchek, principais eixos estruturantes de desenvolvimento e integração da cidade, daí porque a importância de estimular o adensamento nessa região com vistas a maximizar os investimentos públicos em infra-estrutura, equipamentos e transportes.

Posto isso, após o decurso do prazo estabelecido na notificação para parcelamento, edificação ou utilização compulsória, sem que tenha havido atendimento por parte dos proprietários, o município poderá majorar a alíquota do IPTU por cinco anos subsequentes até que o proprietário cumpra com a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, conforme o caso. Para tanto, é necessário que as alíquotas estejam previstas em lei específica (art. 7º EC).

Nessa medida, o Estatuto da Cidade nos informa que a alíquota a ser majorada não poderá exceder a duas vezes o valor relativo ao ano antecedente, e não poderá ultrapassar a alíquota máxima de 15% (art. 7º, parágrafo 1º).

A esse respeito, os dados do IPEA (2015, p. 35) esclarecem que:

O Estatuto da Cidade é claro ao determinar que a alíquota do IPTU progressivo no tempo não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15% (Art. 7º, parágrafo 1º). Em outras palavras, o Município aumentará a alíquota ao longo de cinco anos para os imóveis notificados e que continuam sem cumprir função social, mas esse aumento não pode ser maior do que o dobro do ano anterior. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não seja atendida nesse prazo, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima (15%), até que se cumpra a referida obrigação (Art. 7º, parágrafo 2º, EC).

No que concerne à previsão da progressividade das alíquotas, o Código Tributário Municipal de Palmas (Lei Complementar nº 285/2013), estabelece em seu art. 14 que essas alíquotas serão regulamentadas em legislação própria. Para esse fim, houve a edição da Lei Complementar nº

296, de 13 de julho de 2014, apontando que a alíquota a ser aplicada em cada ano, corresponde ao dobro da alíquota do ano anterior.

Assim, considerando que o município de Palmas pratica diferentes alíquotas a depender da zona fiscal do imóvel, o cálculo da progressividade consistirá sempre na duplicação ano a ano, da alíquota estipulada na legislação do IPTU.

Insta frisar que o lançamento do imóvel na progressividade do imposto “dispensa comunicação prévia ao proprietário do imóvel, uma vez que esse foi devidamente notificado para promover o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória e está ciente das consequências do descumprimento da notificação” conforme destaca os estudos de IPEA (2015, p. 62).

Uma vez aplicada à progressividade em referência, se o proprietário vier a cumprir a obrigação que lhe foi atribuída, a alíquota retornará ao valor ordinário, caso contrário, decorrido o prazo legal de majoração, qual seja, 5 (cinco) anos consecutivos, o município poderá proceder à desapropriação do imóvel com pagamento em títulos da dívida pública como forma de punir o proprietário que não deu destinação ao seu imóvel urbano.

Em Palmas, a Secretaria Municipal de Finanças - SEFIN é o órgão responsável por promover a notificação dos proprietários, bem como efetuar a averbação, nos registros imobiliários, das notificações realizadas.

5 - DAS ÁREAS INSERIDAS NO IPTU PROGRESSIVO EM PALMAS – TOCANTINS

Conforme já salientado no capítulo anterior, a Lei Complementar nº 195/09 definiu as áreas sujeitas à aplicação do PEUC em etapas sucessivas de notificação, aplicando-se, num primeiro momento, nas áreas de ocupação prioritária e preferencial.

Em 2011, Palmas iniciou a aplicação do PEUC, tendo publicado no Diário Oficial do Município de Palmas (DOM nº 280, de 16 de maio de 2011), a notificação de 262 imóveis enquadrados na legislação acima referida (254 para edificar e 8 para parcelamento compulsório). No entanto, logo em seguida, a própria prefeitura de Palmas cancelou as notificações realizadas ante a constatação de irregularidades relacionadas ao procedimento administrativo efetuado, tais como “a ausência de notificação

peçoal, a precária identificação dos imóveis, a inexistência de processos administrativos individualizados e de averbação das notificações” (DENALDI, *et al.*, 2017).

Somente em 2013, na gestão seguinte, o executivo Municipal retomou o processo de notificação dos imóveis, tendo expedido o Decreto nº 699, de 10 de janeiro de 2014 para regulamentar a execução do instrumento. Nesse aspecto, segundo dados informados pela Prefeitura de Palmas através do serviço eletrônico de informação ao cidadão – e-SIC, entre os anos de 2013 a 2015 houve a expedição de 532 (quinhentos e trinta e dois) notificações para edificação compulsória.

A partir disso, a Superintendência de Administração Tributária da Secretaria Municipal de Finanças publicou em 2015 a primeira lista de imóveis sujeitos à incidência do IPTU progressivo decorrentes do não cumprimento da obrigação de construir estabelecida nas notificações realizadas em dezembro de 2013 (DOM nº 1.218, de 17 de março de 2015), perfazendo um total de 205 imóveis sujeitos a alíquota progressiva naquele ano.

A segunda lista de proprietários notificados ocorreu em 2016, com o lançamento de mais 310 imóveis (DOM – nº 1.451, de 29 de fevereiro de 2016). No entanto, é importante destacar que esse quantitativo refere-se tanto aos imóveis relançados no exercício de 2016, comunicados inicialmente no DOM nº 1.218/2015, no total de 149 imóveis – que agora passam ao segundo ano de alíquota progressiva – quanto aos novos lançamentos aplicados aos inadimplentes do PEUC, no somatório de 161 imóveis.

Já em 2017, houve uma nova comunicação (DOM – nº 1699, de 22 de fevereiro de 2017), agora com o lançamento de 363 imóveis na progressividade do IPTU. Assim como referido no parágrafo anterior, essa soma reúne os imóveis relançados a partir dos exercícios de 2015, (terceiro ano de alíquota progressiva, no quantitativo de 113 imóveis); 2016 (segundo ano de alíquota progressiva, relativos a 124 imóveis) e também aos novos lançamentos efetivamente realizados em 2017, no somatório de 129 imóveis.

No ano de 2018, não foram efetuados novos lançamentos, porquanto as últimas notificações efetuadas para o PEUC encerraram-se em 2015. Os atuais imóveis sujeitos à progressividade decorrem da gradação

ordinária de majoração das alíquotas atinentes aos lançamentos já efetuados em 2015, 2016 e 2017. Segundo informado pela SEFIN, existem 323 imóveis na alíquota progressiva no ano de 2018.

Vislumbra-se, no atual cenário de Palmas, que as alíquotas majoradas encontram-se no quarto ano de incidência. Nesse ritmo, a partir de 2020 o município poderá proceder à desapropriação dos imóveis que até lá se encontrem sem função social.

Em depoimento à imprensa local no ano de 2013, o ex-prefeito Carlos Amastha anunciou a existência de “sete milhões de metros quadrados de vazios urbanos passíveis de se enquadrarem como áreas notificáveis na forma especificada pelo Plano-Diretor municipal” (Bazolli, 2016, p. 17). Nesse contexto, o ex-gestor municipal declarou que a aplicação do imposto significaria “a arrecadação de mais de R\$ 40 milhões ou abertura de 20 a 25 mil lotes nos sete milhões de m² de vazios urbanos da Capital^[3]”.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se no atual cenário da capital tocantinense a existência de uma grande área ociosa dentro do perímetro urbano, notadamente na região central, proveniente da inversão de planejamento de ocupação territorial pelo Governo Estadual em favor do mercado imobiliário especulativo, a partir da dispersão da mancha urbana.

Nesse aspecto, vislumbra-se a necessidade de ordenar e controlar o uso do solo no plano diretor, promovendo o adensamento em áreas dotadas de infraestrutura com vistas a estimular o cumprimento da função social da propriedade, bem como maximizar o aproveitamento dos investimentos públicos em infra-estrutura, equipamentos e transportes.

Foi nessa perspectiva que a Lei Complementar nº 195/09 tratou de regulamentar as áreas urbanas sujeitas ao Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórias – PEUC, delimitando as áreas submetidas à ocupação prioritária e preferencial no plano diretor, à volta das avenidas comerciais Theotônio Segurado e Juscelino Kubistchek, principais eixos estruturantes de desenvolvimento e integração da cidade. Com isso, a aplicação do IPTU progressivo se deu com o descumprimento das condições e prazos estabelecidos no PEUC.

Os resultados obtidos com a aplicação do instrumento desde as primeiras notificações efetuadas em 2015 demonstram o alcance de uma área equivalente a 1.453,938,10 m² de vazios urbanos sujeitos a progressividade na capital, o que corresponde a 20% dos sete milhões de metros quadrados vazios na cidade.

Assim, observa-se que o instrumento tem grande potencialidade em efetivar o adensamento urbano, devendo-se articular institucionalmente a gestão de aplicação do imposto em conformidade com os demais instrumentos urbanísticos previstos no Estatuto da Cidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAZOLLI, João Aparecido. **Os Efeitos dos vazios urbanos no custo de urbanização da Cidade de Palmas – TO, 2007**. Disponível em: <https://docs.uft.edu.br/share/proxy/alfrescoauth/api/internal/shared/node/GK8ZY_w2QOmgA3xD50ajMA/content/joaoaparecido_2007.pdf>. Acesso em 05, de Ago. de 2018.

BAZOLLI, João Aparecido. **Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios (PEUC): Avaliação e resultados da Aplicação em Palmas-TO**. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/2349>. Acesso em 01 de Ago. de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em . Acesso em: 15 de out. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1.966. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em Acesso em: 10 de out. de 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 26^a edição. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. v. único.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisas – DPE – Coordenação de População e Indicadores Sociais – COPIS. Cidades@.Disponível:. Acesso em: 15 de out. de 2018.

MINARDI, Joseane. **Manual de Direito Tributário**. 2ª edição. Salvador Bahia: Juspodivm 2015. v. único.

NASCIMENTO, Junior Batista. **Tocantins História e Geografia**. 7ª edição rev., atual. e amp. Tocantins 2011.

PALMAS. **Diário Oficial do Município de Palmas nº 1.218**, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://diariooficial.palmas.to.gov.br/>. Acesso em 01 de nov. de 2018.

PALMAS. **Diário Oficial do Município de Palmas nº 1.541**, de 29 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://diariooficial.palmas.to.gov.br/>. Acesso em 01 de nov. de 2018.

PALMAS. **Diário Oficial do Município de Palmas nº 280**, de 16 de maio de 2011. Disponível em: <http://diariooficial.palmas.to.gov.br/>. Acesso em 01 de nov. de 2018.

PALMAS. **Lei Complementar nº 155**, de 28 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=176542>. Acesso em 10 de Out. de 2018.

PALMAS. **Lei Complementar nº 195**, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=176530>. Acesso em 10 de Out. de 2018.

PALMAS. **Lei Complementar nº 285**, de 31 de outubro de 2013. Disponível em . Acesso em 11 de out. de 2018.

PALMAS. **Lei Complementar nº 285**, de 31 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=261379>. Acesso em 10 de Out.

PALMAS. **Lei Complementar nº 296**, de 3 de julho de 2014. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=272838>. Acesso em 10 de Out.

PIZZIO, A.; RODOVALHO, S. A. **Palmas (TO): Uma análise acerca do papel do planejamento urbano na produção do espaço na mais nova capital do Brasil**. Revista do Centro Interdisciplinar de Desenvolvimento e Gestão Social CIAGS, v.6, n.1, jan./jun. 2015 ISSN: 1982-5447. Disponível em: <http://www.periodicos.adm.ufba.br/index.php/cgs/article/viewArticle/522>. Acesso em: 05 de Ago. de 2018.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de Direito Tributário**. 9ª edição rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2017. v. único.

TEIXEIRA, Luis Fernando Cruvinel. **A formação de Palmas**. Dossiê Cidades planejadas na interlândia, 2009. Disponível em: <https://www.proec.ufg.br/up/694/o/06_Palmas.pdf>. Acesso em 05 de Ago. de 2018.

NOTAS:

[1] Antônia Maria. Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com.

[2] 23 mar. 2015. Secretaria de Finanças lança IPTU progressivo. Disponível em <http://www.palmas.to.gov.br/secretaria/financas/noticia/1499293/secretaria-de-financas-lanca-iptu-progressivo/>. Acesso em 01 nov. 2018.

[3] 11 jul. 2013. 2018. Caderno de Legislação. Disponível em: <https://maosaobratocantins.wordpress.com/2013/07/11/iptu-progressivo-e-arma-contra-especulacao-imobiliaria-em-palmas/>. Acesso em 01 de nov. de 2018.

A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PARA AS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

JAYNARA CIRQUEIRA LOPES:
Acadêmica de Direito da faculdade Serra do Carmo.

SIBELE LETÍCIA RODRIGUES DE OLIVEIRA BIAZOTTO[\[1\]](#)

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar a ineficácia das medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. São abordadas questões a respeito das origens da lei e seus dispositivos, bem como dos tipos de violência contra a mulher, além das espécies de medidas protetivas. Ademais, busca-se entender cada um dos fatores que mais contribui para a ineficácia das referidas medidas, destacando-se os mais relevantes. Ressalta-se, ainda, a ineficiência da fiscalização estatal no que se refere ao cumprimento das medidas protetivas de urgência, tal qual suas causas e consequências. O estudo foi feito por meio de uma pesquisa bibliográfica de compilação que reuniu uma série de informações destinadas a gerar uma discussão objetiva acerca do tema e, assim, construir um panorama que possibilite a reflexão e, conseqüentemente, o surgimento de ideias e sugestões para remediar o problema apresentado.

PALAVRAS CHAVE: medidas protetivas; violência; mulher; ineficácia.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate the ineffectiveness of the protective measures of emergency established in law nº 11,340/2006 – Maria da Penha Law. Through a literature search that build up and compiled a series of information to generate a frank and objective discussion about the topic. Nevertheless, are addressed questions about the origins of the law and it`s devices, as well as the types of violence against women. In addition to the kinds of protective measures. Furthermore, it seeks to discuss and understand each one of the factors that most contributes to the ineffectiveness of the measures. Highlighting the most relevants. It should be noted the inefficiency of State supervision as regards protective measures of emergency, as well as its causes and consequences, addressing each one in a different way in order to have a better understanding of the

theme and so build a panorama and realistic view, enabling the reflection about ideas and suggestions to remedy the problem presented.

KEY WORDS: Protective Measures; violence; woman; ineffectiveness.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é um dos maiores avanços no que se refere à proteção da mulher em face da violência doméstica e familiar. Essa lei introduziu uma série de ferramentas que visam a proteger os aspectos físicos, psicológicos e patrimoniais das vítimas de violência. Dentre elas se destacam as medidas protetivas de urgência que, mesmo tendo reconhecidas suas necessidades, têm a sua eficácia questionada.

A discussão do tema se justifica devido a questionamentos sistematicamente levantados em prol da aplicação das medidas protetivas de urgência. Desse modo, o problema que se apresenta é a necessidade de se discutir a eficácia ou não das medidas protetivas da maneira como atualmente são aplicadas e seus desdobramentos.

Levanta-se a hipótese de que as medidas protetivas como um todo não condizem inteiramente com a conjuntura atual, uma vez que os casos de violência em sua grande maioria carecem de soluções urgentes.

Conquanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar que as medidas protetivas de urgência não atingem o propósito para o qual foram elaboradas de maneira eficaz. Para tanto, pretende-se expor a história e os principais pontos da Lei Maria da Penha, bem como discutir os tipos de violência contra a mulher, além de discorrer sobre as distintas medidas protetivas e sua aplicação.

Para que os objetivos fossem alcançados, utilizou-se técnica de pesquisa teórico-bibliográfica, que visa a analisar doutrinas, artigos científicos, revistas, periódicos e outros com o intuito de obter informações que contribuam para uma melhor discussão do tema.

Em relação à estrutura da pesquisa, tem-se esta introdução, com a especificação do problema, hipótese, objetivos e metodologia, seguida do primeiro capítulo, que traz o referencial teórico com a abordagem histórica da Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. O segundo capítulo contém os tipos de violência, classificação das medidas protetivas, a (in)eficácia da Lei

Maria da Penha e a falha na sua aplicabilidade. Por fim, as considerações finais, que surgiram das informações obtidas por meio dos estudos bibliográficos.

1 APRESENTAÇÃO HISTÓRICA DA LEI N. 11.340/2006 – LEI MARIA DA PENHA – E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

As origens da violência contra a mulher no Brasil se confundem com as próprias origens da nação e estão diretamente relacionadas à antiga família patriarcal, que tinha a mulher como cidadã de segunda classe (TRINDADE, 2016).

Nesse sentido, pode-se dizer que o modelo patriarcal acabou por introduzir a ideia de que a mulher deveria se recolher ao lugar imposto pela sociedade e se calar em face de toda e qualquer violência praticada. Essy (2017, p. 5-10) assevera que violência

É um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror.

Tal sistema se perpetuou ao longo de todo o Brasil colônia, influenciado também pelo controle do Estado Português, que não apenas o praticava como atuava de modo que qualquer tentativa de rebeldia ou mesmo pensamento contrário fosse combatido de modo contundente (SOUZA; BARACHO, 2015).

Somente a partir do século XIX esse comportamento começa a se modificar por meio de alterações na maneira de pensar, bem como na atitude de mulheres corajosas. Estas, já cansadas, insatisfeitas e revoltadas com a maneira pela qual eram tratadas, com a violência a que eram submetidas e o descaso da sociedade, deram início a uma revolução silenciosa, que foi tomando forma e ganhado força à medida que se buscavam garantias devido à violação dos direitos da mulher (BARROS, 2018).

Apesar de os abusos persistirem, direitos foram conquistados aos poucos. O voto feminino, por exemplo, só foi instituído durante os anos trinta. A luta não parou e outros direitos finalmente foram reconhecidos e

transformados em leis que pudessem não somente garanti-los, mas, principalmente, protegê-los (TRINDADE, 2016).

Porém pode-se argumentar que medidas efetivas em relação ao combate da violência contra a mulher só foram realmente adotadas a partir da segunda metade do século XIX e tiveram maior respaldo com a promulgação da Constituição de 1988 e da Lei n. 11.340/2006, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha (ESSY, 2017).

A Lei n. 11.340/2006 é fruto da luta incessante da senhora Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de uma tentativa de homicídio praticada no ano de 1983, que teve como autor o seu marido. Depois de um grande embate jurídico, tanto nos tribunais Brasileiros quanto em várias cortes internacionais, a batalha por justiça dessa cidadã indignada foi transformada em lei no dia 22 de março de 2006 (TRINDADE, 2016).

O objetivo principal da Lei Maria da Penha é coibir e prevenir toda e qualquer violência doméstica praticada contra a mulher. Conforme Barros (2018), para atingir tal finalidade, a lei introduziu importantes mecanismos de prevenção e combate à violência contra a mulher.

Ressalta-se que a Lei se aplica a toda violência doméstica que gere morte, lesão corporal, violência sexual, violência psicológica e/ou dano moral ou patrimonial. A Lei também estabeleceu a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, que têm por objetivo oferecer atendimento mais ágil a mulher que ingresse com ações cíveis e criminais na mesma vara (SOUZA; BARACHO, 2015).

Aplica-se também ao âmbito da unidade doméstica, onde se dê o convívio de indivíduos, que tenham ou não vínculo familiar, e que se reúnam eventualmente, bem como ao âmbito familiar composto por pessoas que são ou se consideram aparentados, quer sejam unidos por laços naturais, afinidades ou mesmo vontade declarada. Aplica-se ainda a qualquer relação íntima de afeto, em que haja ou tenha havido convivência entre agressor e ofendida, mesmo sem que tenha existido coabitação (ESSY, 2017).

Ademais, a lei introduziu as medidas protetivas de urgência, que têm por objetivo proteger a vítima de qualquer ato de violência. Todavia o crime de lesão corporal leve se tornou objeto de investigação e consequente processo, mesmo contra a vontade da ofendida. A vítima adquiriu o direito

à assistência psicológica, social, médica e jurídica, dentre outras (BARROS, 2018).

Fica vedado que a vítima possa entregar intimação ou notificação ao acusado. Caso a agressão tenha sido praticada por indivíduo estranho à ofendida, como um vizinho ou prestador de serviço, os termos a serem seguidos são os termos circunstanciados (SOUZA; BARACHO, 2015).

Tornou-se obrigatória a garantia de proteção policial, quando necessária, bem como a comunicação imediata do Ministério Público e do Poder Judiciário. Além disso, deve-se também informar à vítima os seus direitos (TRINDADE, 2016).

Uma vez efetuado o registro da ocorrência, a autoridade deve ouvir a ofendida; imediatamente em seguida, deverá lavrar o termo circunstanciado e levar a representação a termo, caso apresentada. Deve ainda colher todas as provas inerentes ao fato. Remete-se, então, expediente apartado ao juiz no prazo de 48 horas com o pedido da vítima para que se conceda as medidas protetivas cabíveis. Cabe também à autoridade a expedição de guia do exame de corpo de delito e periciais. Toma-se o depoimento do agressor e testemunhas, se houverem, além de ordenar-se a identificação do agressor juntando aos autos seus antecedentes.

Constata-se, então, que a Lei Maria da Penha introduziu uma gama de instrumentos que contribuem para o combate mais eficiente da violência praticada contra as mulheres (ESSY, 2017), que podem ocorrer de diversas formas, conforme exposto na seção a seguir.

1.1 Os tipos de violência praticados contra a mulher

Deve-se ter sempre em mente, como expõe Barros (2018), que toda e qualquer abordagem sobre a violência contra a mulher não pode ser feita sem que se reconheça que tais atos de violência não são unos e homogêneos, mas sim distintos entre si, o que torna possível a classificação da violência praticada contra a mulher em diferentes modalidades.

De acordo com o que prevê a Lei Maria da Penha, são reconhecidas e tipificadas as seguintes modalidades de violência contra a mulher: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial (GUEDES; GOMES, 2013).

Vale ressaltar que tanto a violência psicológica como a física, via de regra, são praticadas em âmbito público ou privado (VIANA et al., 2018).

A violência física se caracteriza por qualquer forma de violência corporal, ou seja, qualquer conduta ou atitude que ofenda a integridade da

vítima e cause dano ao seu corpo, como, tentativa de homicídio, lesão corporal, tortura e outras (OLIVEIRA; PAES, 2014).

Já a violência psicológica pode ser descrita como qualquer conduta que cause dano emocional, diminua a autoestima, prejudique ou mesmo perturbe o pleno desenvolvimento. Também, qualquer conduta que vise a degradar ou controlar as ações, o comportamento, as crenças e decisões, em face de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outra ação cause prejuízo à saúde psicológica e/ou a autodeterminação da mulher (VIANA et al., 2018).

A violência moral se caracteriza por qualquer ação que dê origem a calúnia, injúria ou difamação. Consequentemente, a prática se dá quando o agressor afirma falsamente que a ofendida cometeu crime, quando a mesma não o praticou. A difamação caracteriza-se pela atribuição de fatos que maculem a reputação da vítima, desde que tais fatos sejam espalhados pelo agressor. Já a injúria ocorre quando o agressor ofende a dignidade da ofendida, por meio de opiniões contra a sua reputação moral, críticas mentirosas, xingamentos e outros. Ademais, vale ressaltar que atualmente esse tipo de violência também pode ocorrer por meio da internet (BARROS, 2018).

Além das já abordadas, existem ainda a violência sexual e a violência patrimonial. Violência sexual é toda e qualquer conduta que constranja a ofendida, que a mantenha ou a faça tomar parte de relação sexual não desejada, ou seja, quando não existe consentimento expresso. A conduta se caracteriza uma vez que haja ameaça, coação, intimidação ou uso de força. Além disso, a conduta também se configura mediante a indução, a comercialização ou a utilização de qualquer modo da sexualidade da ofendida que a proíba de usar qualquer método contraceptivo, que a obrigue ao casamento, a engravidar, praticar aborto ou a prostituir-se, em face de qualquer modo de chantagem, coação, manipulação, suborno ou mesmo que venha a anular ou limitar o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher ofendida (GUEDES; GOMES, 2013).

Outrossim, deve-se tratar da violência patrimonial, que se materializa pela prática de qualquer conduta que implique subtração, retenção ou destruição parcial ou total dos objetos, dos instrumentos de trabalho, dos

documentos pessoais, dos bens, dos valores e direitos ou dos recursos econômicos da mulher que tenham por finalidade a satisfação das necessidades dela (OLIVEIRA; PAES, 2014).

No entanto, em se tratando de violência, faz-se necessário entender a definição de violência de gênero, que também é considerada violência contra a mulher. Nesse sentido, Maria Amélia de Almeida Teles, citada por Essy (2017, p. 25,30), assevera que

A sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre homens e mulheres, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram polos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes.

Portanto, percebe-se que as modalidades de violência praticadas contra a mulher têm raízes profundas na maneira pela qual a sociedade enxerga homens e mulheres e ao papel que atribui a cada um, resultando em uma visão predominantemente machista, que espera, mesmo que de maneira velada, a submissão da mulher (VIANA et al., 2018).

Pode-se recorrer ao que dizem Guedes e Gomes (2013), ao argumentarem que a compreensão das modalidades de violência contra a mulher e suas peculiaridades é imprescindível, uma vez que aumenta a possibilidade de preveni-las, bem como a capacidade e a eficiência para combatê-las de modo mais eficaz e justo, ao passo que se ofereça um atendimento mais digno, que não cause constrangimento à vítima, a qual, por vezes, sente-se envergonhada ou mesmo responsável pela violência a que foi submetida, como tem ocorrido ao longo dos anos.

Com a consciência dos tipos de violência a que são submetidas as mulheres, pode-se agora expor as medidas protetivas utilizadas em defesa de sua integridade física e moral.

1.2 Das medidas protetivas

Uma das maiores contribuições da Lei n. 11.340/2006 foi a introdução das medidas protetivas de urgência, com o intuito não somente de proteger a mulher como também de lhe garantir o direito a viver sem violência. Vale dizer ainda que tais medidas possibilitam aos magistrados melhores condições de aplicação da Lei. Do mesmo modo, para que se entenda melhor do que tratam essas medidas, recorre-se ao que relata Dias citado por Jara (2014, p. 145), segundo o qual as medidas protetivas de urgência

[...] visam não apenas deter o agressor, mas garantir a segurança pessoal e patrimonial da ofendida e de sua prole, não sendo mais uma atribuição da polícia somente, mas do juiz e do Ministério Público também. Assevera, igualmente, que as providências trazidas pela Lei, chamadas de medidas protetivas de urgência, não se limitam àquelas previstas nos artigos 22 ao 24, mas há aquelas que se encontram esparsas na legislação, também denominadas de protetivas, cujo objetivo é a proteção da ofendida.

Assim sendo, constata-se que as medidas protetivas de urgência são de extrema importância no que se refere a garantir os direitos e a própria vida da mulher, não apenas em sentido físico e psicológico, mas também em referência às suas condições de sobrevivência (SILVA, 2013).

As medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha estão elencadas nos artigos 22, 23 e 24 da referida lei e se dividem entre as medidas que obrigam o agressor, as medidas protetivas à ofendida e as medidas de proteção patrimonial (BRANDÃO, 2012).

Todavia, para que se possa aplicar uma medida protetiva, é necessário que o pedido pretendido pela ofendida seja encaminhado a um dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A ofendida tem o direito de opção no que se refere à competência do foro onde deseja que os autos tramitem, desse modo, os mesmos poderão tramitar no domicílio da ofendida, no domicílio do agressor ou mesmo onde se deu a conduta violenta, como dispõe o art. 15 da Lei n. 11.340/2006 (BIAGI, 2014).

Entretanto, importa esclarecer que, nos casos onde não exista um Juizado específico de repressão à violência contra a mulher, os autos

referentes ao processo deverão ser encaminhados ao Juízo Criminal (SILVA, 2013).

Feitos os devidos esclarecimentos acerca do pedido, pode-se, então, tratar das diferentes medidas protetivas de urgência, de aplicação imediata ao agressor, que são: suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826/2003; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de determinadas condutas, entre as quais a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

As medidas elencadas no art. 22 são direcionadas a impedir ou diminuir o contato do agressor com a ofendida ou demais membros da família, bem com da prestação de alimentos provisionais, se isso se fizer necessário. Ademais, o art. 22 ainda trata da suspensão, posse ou restrição do porte de armas, nos termos da Lei n. 10.826/2003, que, combinada com a Lei n. 11.340/2006, garante a execução da medida mediante a comunicação à autoridade competente (BALZ, 2015).

No que se refere às medidas protetivas de urgência à ofendida, o art. 23 da Lei n 11.340/2006 dispõe:

Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar à ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Essas medidas são referentes à ofendida e também visam a garantir a sua proteção e bem estar, mesmo que isso determine o seu afastamento do convívio familiar. Outrossim, tais medidas são tomadas sem prejuízo para a ofendida (BIAGI, 2014).

Já no que se refere às medidas protetivas de urgência destinadas à proteção patrimonial, o art. 24 da Lei Maria da Penha determina:

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

As medidas do artigo 24 são direcionadas à proteção patrimonial e à garantia dos bens da mulher para que ela não seja prejudicada em uma futura separação que venha a gerar a partilha do patrimônio acumulado pelos cônjuges (SILVA, 2013).

Porém nem sempre as medidas protetivas são cumpridas conforme determinação judicial e, quando isso acontece, o juiz tem a faculdade de solicitar o auxílio das autoridades competentes para garantir que sejam efetivamente cumpridas. O juiz pode ainda decretar a prisão preventiva do acusado, de acordo com o que prevê o artigo 20 da Lei Maria da Penha. Isso porque a Lei introduziu a possibilidade desse tipo de prisão, se o crime estiver relacionado com violência doméstica e familiar contra a mulher,

como disposto no inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal Brasileiro (BIAGI, 2014).

Ademais, nota-se que mesmo estando elencadas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei n. 11.340/2006, as medidas protetivas de urgência encontram respaldo em outros instrumentos do ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se destacam os artigos 226 e 125 da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 313, inciso IV do Código de Processo Penal, na Lei n. 10.826/2003. Há também a Lei n. 13.641/2018, que altera a Lei n. 11.340/2006, incluindo o artigo 24-A, ao definir a tipificação da conduta de descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência, e, não menos importante, o Decreto n. 4377/2002, que trata da eliminação de toda e qualquer forma de discriminação contra a mulher (BALZ, 2015).

De acordo com Laste (2018), a nova alteração decorreu no intuito de que as medidas protetivas sejam rigorosamente cumpridas, tendo em vista que o número de ineficácia no cumprimento elevou-se nos últimos anos.

Conforme menciona o dispositivo supracitado, quando há descumprimento das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, o agressor que as infringiu poderá ser penalizado pelo crime de desobediência, com detenção de três meses a dois anos. Assim, se o agressor for preso em flagrante pelo delito cometido, somente o judiciário tem autonomia para conceder fiança (REVISTA CONSULTOR JURIDICO, 2018).

Desse modo, pode-se perceber a importância das medidas protetivas de urgência no que se refere à garantia dos direitos e da própria vida da mulher que é vítima de violência doméstica ou familiar (ALVEZ, 2017).

1.3 Da ineficácia das medidas protetivas

A introdução das medidas protetivas de urgência constitui um dos pontos mais importantes da Lei Maria da Penha, uma vez que garante o aumento na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Contudo se há de notar que nem sempre tais medidas são cumpridas de acordo com a determinação judicial ou simplesmente não são cumpridas (CARVALHO, 2017).

Nesse sentido, pode-se argumentar que, mesmo sendo um instrumento de extrema valia, a Lei Maria da Penha, especialmente em relação às medidas protetivas, não vem alcançando o efeito esperado. Isso

se deve muito à morosidade dos procedimentos legais que tratam da implementação das medidas. Jara (2014, p. 64), citando a Freitas, afirma que Grande parte desta ineficácia se dá pela falta de aparato às polícias e ao judiciário, onde o baixo número de agentes, servidores, juízes e promotores não conseguem suportar o número de procedimentos e processos que a cada dia avoluma-se nas delegacias e judiciário, não só decorrentes desta lei, promovendo um sentimento de impunidade aos agressores que possuem contra si medidas protetivas em favor de seus cônjuges, companheiras e namoradas, pois ora há demora na emissão de tais medidas, ora, quando são emitidas, sua efetividade é minguada pela falta de punição aos agressores que as descumpre.

Consequente, conforme escreve Melo (2011), percebe-se que a falta de aparato e a estrutura ineficiente do Estado contribuem diretamente para que as medidas protetivas sejam descumpridas ou mesmo ignoradas pelos agressores que, munidos do sentimento de impunidade, simplesmente não demonstram preocupação com as possíveis consequências de seus atos (BALZ, 2015).

Tendo em vista a importância e a necessidade da aplicação de medidas protetivas de urgência, também é necessário que estas sejam devidamente cumpridas, uma vez que não serão efetivas, caso isso não venha a ocorrer, trazendo graves prejuízos não apenas para a garantia dos direitos da vítima, como principalmente para o seu bem estar (BALZ, 2015).

Nesse sentido, a morosidade do poder judiciário no que diz respeito à análise e concessão das medidas protetivas de urgência está diretamente relacionada a sua posterior ineficácia. Isso se deve em grande parte à falta de pessoal, que implica acúmulo de processos e, em muitos casos, a resposta simplesmente não chega ou chega tarde demais. Segundo o que escreve Jara (2014, p. 59),

Não há necessidade de juntada de prova robusta, bastando boletim de ocorrência em que consta a narrativa sucinta do fato delituoso, o pedido da vítima relacionando as medidas protetivas solicitadas, uma breve justificativa dos motivos e o depoimento de

duas testemunhas que tenham conhecimento da prática do fato delituoso. Apesar de a lei não exigir a juntada de depoimentos testemunhais nesta fase inicial, por medida de cautela, deverá a autoridade policial juntá-los ao pedido de aplicação de medida protetiva de urgência, possibilitando, assim, que o juiz competente decida com mais segurança.

Isso implica dizer que se pode flexibilizar o procedimento de análise e concessão da medida protetiva, desde que reconhecida a sua inerente necessidade, produzindo uma resposta mais rápida e eficaz à vítima que, por vezes, encontra-se em real estado de perigo (ALVEZ, 2017).

Além disso, a autoridade policial, por muitos motivos, não é capaz de acompanhar o cumprimento das medidas e atender a todas as queixas que se acumulam em todo território brasileiro, desde a promulgação da Lei Maria da Penha (CARVALHO, 2017).

Não obstante, é evidente a falta de cooperação entre os diversos órgãos estatais envolvidos na concessão das medidas protetivas, quer seja pelo não compartilhamento de informações necessárias, quer seja pela demora em atender pedidos feitos ou mesmo por não dispor de equipamentos e tecnologia que viabilizem o processamento mais rápido dos pedidos de concessão e dos deferimentos das medidas. Além disso, existe ainda a dificuldade do poder judiciário em atender as reclamações feitas no que diz respeito a descumprimento das medidas (MELO, 2011).

Conquanto, nota-se que existem vários fatores que contribuem para tornar a aplicabilidade das medidas protetivas de urgência ineficazes que demandam aperfeiçoamento dos mecanismos e instituições para garantir que não se perca essa ferramenta tão importante para a proteção da vida das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar (ALVEZ, 2017). É o que se discutirá na próxima seção.

1.4 Da ausência de uma rede de proteção as vítimas e do silêncio destas

Um grande entrave à eficácia das medidas protetivas de urgência é a falta de uma rede de proteção estatal que esteja apta a receber mulheres vítimas de violência que não querem voltar ao lar por medo. Aliado a isso, soma-se o fato de que muitas mulheres ainda preferem o silêncio a

denunciar o agressor por medo, vergonha ou mesmo por se sentirem culpadas (SILVA, 2013).

Assim sendo, nota-se que o próprio projeto da Lei Maria da Penha previa a criação de uma extensa rede de acolhimento a vítimas de violência doméstica composta por abrigos, casas de apoio e outras facilidades que pudessem oferecer tratamento e aconselhamento, bem com um porto seguro para as ofendidas (BRANDÃO, 2012). Conquanto, tal rede nunca foi implementada e apenas uns poucos centros de apoios e alguns abrigos foram disponibilizados e encontram-se apenas nos grandes centros (BALZ, 2015).

Caracteriza-se, portanto, a total omissão do Estado no que se refere a oferecer uma rede de proteção ampla e bem estruturada, dotada de aparato, infraestrutura e profissionais devidamente qualificados, prontos a atender as necessidades das mulheres que se encontram em situação de risco (CARVALHO, 2017).

Ressalta-se que, como já foi mencionado, o silêncio ou a omissão das mulheres acaba por contribuir também para a ineficiência da atuação estatal, uma vez que, em muitos casos, mesmo comprovada a violência, a vítima insiste em não denunciar o agressor. Argumenta-se que a falta da rede de proteção pode ser um dos motivos, uma vez que muitas mulheres têm receio de voltar para casa, se prestarem queixa (SILVA, 2013).

Desse modo, ambos os fatores estão intimamente relacionados, e a resolução do primeiro pode contribuir significativamente para que o segundo deixe de existir gradativamente (BRANDÃO, 2012). Dessa forma, importante a atuação dos órgãos estatais para que as medidas sejam cumpridas.

1.5 Da ineficácia estatal sob o ponto de vista da fiscalização do cumprimento das medidas protetivas

O Estado tem se mostrado ineficiente no que se refere à fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência, mesmo tendo em vista que a legislação foi muito bem elaborada. Isto posto, fica evidente que a falta de estrutura acarreta prejuízos à implementação das medidas e acaba por gerar enorme descaso em relação aos direitos das vítimas (BRANDÃO, 2012).

À vista disso, a falta clara de pessoal, aliada ao seu mau preparo, em muitas localidades, bem com equipamentos obsoletos também atuam para

que não exista uma fiscalização concisa e atuante, afrouxando as regras e permitindo que agressores continuem agindo impunemente, mesmo sendo objeto de medidas determinadas pela justiça (MELO, 2011).

Ademais, em detrimento do tamanho do País, seria de suma importância a troca de informações entre os diferentes órgãos judiciais, o que não acontece com frequência. Nota-se, ainda, que a tecnologia pode ser de fundamental importância para facilitar a fiscalização do cumprimento das medidas. Além do que, por vezes, o agressor simplesmente não é encontrado para receber a intimação que determina o deferimento da medida protetiva. Nesse sentido, Carneiro (2010, p. 16), referindo-se ao que afirmam Martiello e Tibola, assevera que,

Nesta linha, é válido destacar que são inúmeros os casos em que o oficial de justiça não consegue encontrar o agressor ou ainda científicá-lo em tempo hábil. Aliás, existem casos em que o agressor está em local desconhecido, e sequer é encontrado para ser científico acerca das medidas. Ou na maioria esmagadora das vezes o agressor somente é científico após uma ou duas semanas da decisão e a vítima continua a sofrer reiteradas agressões e ameaças, estando todo o tempo vulnerável a algum atentado a sua integridade física ou psicológica.

Constata-se que a ineficácia do Estado em fiscalizar a aplicação das medidas contribui diretamente para que a vítima continue a correr perigo e, por vezes, vê-se deixada à mercê de um agressor que sequer foi notificado de que tem a obrigação de manter-se longe daquela (CARVALHO, 2017).

Pode-se dizer que, mesmo com todos os avanços, muito tem a ser feito, e o aperfeiçoamento do sistema estatal de fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência se faz necessário a curto prazo. A consequência da ineficiência dessa fiscalização tem se revelado desastrosa para as mulheres que são diariamente agredidas e mesmo mortas por um número de agressores que, em muitos casos, acabam simplesmente ludibriando o sistema (ALVEZ, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve contribuição positiva da Lei n. 11.340/2006 no que se refere ao combate à violência contra a mulher, especialmente por especificar os

tipos de violência e suas conseqüentes punições, assegurando maior segurança jurídica e novos mecanismos de garantia.

Verificou-se um aumento considerável no número de denúncias e processos abertos contra agressores, que há pouco tempo mantinham-se impunes ou se valiam de uma infinidade de recursos e outros artifícios legais para postergar possíveis condenações.

Dessa maneira, pode-se dizer que tal sistema garantia a continuidade do ciclo de ameaças e agressões a mulheres que, em face da impunidade, acabavam por se calar e por vezes terminavam transformando-se em apenas mais uma estatística, ou submetiam-se aos abusos, dando continuidade a uma seqüência de violência que ofusca qualquer possibilidade de melhora.

Os esforços de muitos acabaram por surtir efeitos práticos e, dentre estes, a introdução da Lei Maria da Penha, que trouxe uma série de avanços, dentre os quais se destaca a criação das medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22, 23 e 24 da referida lei, e se convertem em um mecanismo de suma importância no que se refere à proteção da integridade física e mental da mulher.

Apesar disso, o que se percebe é o fato de que, em muitos casos, as medidas protetivas de urgência, especialmente pela demora na análise do pedido, chegam muito tarde ou às vezes simplesmente não chegam. Isso as torna ineficazes e, dessa forma, não alcançam a sua finalidade, que é proteger a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da vítima de violência doméstica e familiar.

A ineficácia das medidas contribui para que o agressor continue não apenas livre, como em várias ocasiões agredindo ou ameaçando a ofendida. Isso conduz para a propagação de um sentimento cada vez maior de impunidade, que têm como efeito mais perverso a desconfiança das ofendidas em face da aparente inércia do estado frente a um problema que afeta diretamente todos os âmbitos da sociedade.

Conseqüentemente, pode-se argumentar que as medidas protetivas de urgência são instrumentos imprescindíveis para garantir a preservação da integridade da vítima, bem como para garantir os seus direitos. Contudo, para que sejam realmente eficazes, é necessário que exista um esforço conjunto de todas as partes envolvidas, desde as vítimas, que são as

maiores interessadas, até os membros do Poder Judiciário e agentes do Estado.

Assim, constata-se que as medidas protetivas de urgência são ineficazes no sentido de que a morosidade da justiça em analisá-las e concedê-las, ou não, implica diretamente não manutenção da situação que a tanto se tenta combater e joga por terra séculos de luta das mulheres em prol da garantia dos seus direitos e da proteção da sua integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. Pode-se argumentar que a Lei Maria da Penha só será de fato efetiva se todos seus dispositivos forem aplicados e implementados de maneira efetiva e eficaz. Dentre estes, destaca-se a eficácia das medidas protetivas de urgência, que se faz fator determinante para que a violência contra a mulher seja combatida de maneira contundente, afastando de uma vez por todas os questionamentos e a sensação de impunidade que são tão presentes no cenário atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleide Aparecida. **Feminicídio, poderá ser uma consequência da Ineficácia da lei Maria da Penha?** Monografia apresentada à disciplina de Monografia II, 9º período, no Curso de Direito como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito Faculdade de Sabará. Sabará. 2017.

BALZ, DÉBORA FERNANDA. **A lei Maria da Penha e a in: eficácia das medidas protetivas.** Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Trabalho de Curso - TC. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Santa Rosa. 2015.

BARROS, Renata. **Violência contra a mulher.** Parlamento Jovem. PUC – Minas. 2018.

BIAGI, Sandra Fernandes. **Lei Maria da Penha – A aplicabilidade das medidas protetivas de urgência como instrumento de prevenção e combate à reincidência.** Monografia apresentada ao curso de Especialização em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça-GPPGeR da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do Título de Especialista Universidade de Brasília – UnB. Faculdade de Educação. Curso de Especialização em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça-GPPGeR. Brasília. 2014.

BRANDÃO, Kellen Alves Jauhar Germano. **Da ineficácia das medidas cautelares previstas na Lei Maria da Penha – Impedimentos legais e demora judicial.** Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012.

CARNEIRO, Fabiana Daniele. **O estado na garantia do cumprimento da medida protetiva de proibição do agressor de se aproximar da ofendida da lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Apucarana. 2010.

CARVALHO, Kelly de Lima. **A (in) eficácia da Lei Maria da Penha e aplicabilidade das suas medidas protetivas de urgência.** Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA como requisito parcial para obtenção de graduação *Latu Senso* em Bacharel em Direito. Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. Direto. Caruaru. 2017.

ESSY, Daniela Benevides. **A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro:** do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF: 26 jul. 2017. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2018, 16:40:19.

FREITAS, Douglas Phillips. **Lei Maria da Penha: para além da medida protetiva.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3208, 13 abr. 2012. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2018, 13:25:10.

GUEDES, Brena Kécia Sales e GOMES, Flâmela Keyylla Silva. **Violência contra a mulher.** Faculdade Cearense. Ceará. 2013.

JARA, Julianna Mirta Vieira. **Os entraves à efetividade das medidas protetivas de urgência da lei nº 11.340/2006.** Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de Direito e obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB Centro universitário de Brasília – UNICEUB curso de direito. Brasília – DF. 2014.

LASTE, Lucas Chines Dalle. **As Alterações na Lei Maria da Penha a partir do advento da Lei 13.641/2018.** Ano 2018. <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-maria-da-penha/> Acesso em: 24 jun.2018, 16:22:10

MATIELLO, Carla; TIBOLA, Rafaela Caroline Uto. **In: eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3680, 29 jul. 2013. Disponível em: . Acesso em: 13 ago. 2018, 14:20:15.

MELO, Priscila Carla de. **A contextualização social, jurídica e a ineficácia parcial da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006.** Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Faculdade de ciências jurídicas e sociais de Barbacena – FADI curso de graduação em direito. Barbacena. 2011.

OLIVEIRA, Gabriela Cristina Costa de; PAES, Maione Silva Louzada. **Violência de gênero contra a mulher – A vivência deste fenômeno.** Revista Enfermagem Integrada. Unileste. v. 7 - nº 1 – Ipatinga. 2014.

Revista **Consultor Jurídico, PROTEÇÃO À MULHER Lei torna crime descumprir medidas protetivas da Maria da Penha.** Ano 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/lei-torna-crime-descumprir-medidas-protetivas-lei-maria-penha> Acesso em: 24 jun. 2018, 15:02:01.

RODRIGUES, Rafaela; JOFFER, Suzana. **Violência contra a mulher – Uma expressão da questão social em evidência.** I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS. Londrina PR, de 09 a 12 de Junho de 2015.

SILVA, Ana Cláudia Gonçalves da et al. **Violência contra mulher – Uma realidade imprópria.** Rev. Ciênc. Saúde Nova Esperança – Setembro 2013.

SILVA, Fátima Maria Marcelino da. **Da eficácia das medidas protetivas de urgência Previstas na lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.** Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba. 2013.

SILVA, Raissa Andrade. **A natureza jurídica e o procedimento das medidas protetivas de urgência da lei nº 11.340/2006.** Monografia apresentada ao curso de bacharelado em direito da Universidade estadual da Paraíba. Campina Grande. 2013.

SOUZA, Mércia Cardoso de; BARACHO, Luiz Fernando. **A lei Maria da Penha – Égide, evolução e jurisprudência no Brasil.** Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro – nº 11 – janeiro/agosto. 2015.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. **Lei Maria da Penha – Violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária.** XII Seminário nacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Catarina. 2016.

VIANA, Aline Lopes *et al.* **Violência contra a mulher.** Revista enfermagem UFPE *on line*. Recife, 12(4):923-9, abril, 2018.

NOTA:

[1] Sibeles Letícia Rodrigues de Oliveira Biazotto. Professora Mestre do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Palmas/TO. Advogada Criminalista. Email: slbiazotto@gmail.com

DIREITO DIGITAL: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET

AFONSO HENRIQUE HANAUER FLATIN:

Bacharelado do curso de Direito da Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA^[1]

(Orientador)

RESUMO: Com o surgimento da chamada sociedade digital, espaço onde as pessoas publicam informações, convicções pessoais, ideias e frustrações, surgem questionamentos a respeito de direitos constitucionais, tais como a liberdade de expressão e seus limites. A liberdade de expressão é um forte pilar do Estado Democrático de Direito, fruto de inúmeras batalhas travadas ao longo da história que permitem, hoje, a difusão e propagação da informação sem qualquer tipo de censura, tendo é claro, que seguir as limitações impostas pelo ordenamento jurídico, de modo que a sua usurpação não infira na prática de infrações penais e ilícitos civis, visando a proteção de um outro princípio constitucional de extrema importância que é o Direito à Privacidade, por meio da proteção à imagem, à honra e à dignidade do indivíduo. Nesse cenário, surge o Direito Digital, o qual possui o desafio de interpretar a realidade social e adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito digital. Internet. Liberdade de expressão. Sociedade.

ABSTRACT: With the emergence of the so-called digital society, where people publish information, personal convictions, ideas and frustrations, questions arise about constitutional rights, such as freedom of expression and its limits. Freedom of expression is a strong pillar of the Democratic State of Law, the result of numerous battles fought throughout history that today allow the dissemination and propagation of information without any kind of censorship, having, of course, following the limitations imposed by the legal order, so that their usurpation does not infringe on the practice of criminal and civil unlawful infractions, aiming at the protection of another extremely important constitutional principle that is the Right to Privacy,

through the protection of image, honor and dignity of the individual. In this scenario, Digital Law arises, which has the challenge of interpreting social reality and adjusting the solution to the concrete case at the same speed of society's changes.

KEYWORDS: Digital law. Internet. Freedom of expression. Society.

INTRODUÇÃO

A chamada Revolução Digital iniciada a partir dos anos 60, no auge da Guerra Fria, marcou um novo período na história da humanidade, principalmente no tocante a forma de telecomunicação, mudando drasticamente a velocidade, volume e variedade de informações que circulam o mundo.

Hoje, a sociedade está conectada de uma forma nunca antes vista, formando um conglomerado virtual e uma verdadeira hiperconexão de transmissão de dados e informações. Ao mesmo tempo que a tecnologia se torna uma ferramenta essencial na vida das pessoas, a era digital provoca cada vez mais desafios e necessita de um estudo aprofundado sobre suas atividades, sobremaneira às consequências jurídicas entre o legal e o ilegal, o certo e o errado, o ético e o antiético.

A responsabilidade para o enfrentamento desses novos desafios de estudo, organização, análise e regulamentação, fica por conta do Direito Digital, matéria esta encarregada pelo direcionamento regulatório e legislativo das mutações sociais provocada pelo advento da internet.

Neste contexto, é preciso estimular as pessoas para que percebam que tais tecnologias, no ponto de vista positivo, além de instrumento de interação social, diversão, lazer, cultura e educação, no aspecto negativo o seu mau uso pode acarretar inúmeras consequências danosas passíveis de responsabilização na esfera jurídica, uma vez que, o indivíduo que se sentir ofendido ou ameaçado pode recorrer à prestação jurisdicional, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que assegura "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Por se tratar de norma consagrada através do artigo 5º da CRFB de 1988 em seus incisos X e XII, é inegável que o direito à privacidade visa a proteção do usuário de exposições indesejadas de suas informações, dados pessoais, intimidade, imagem e honra, além de sua vida privada, enquanto o direito à liberdade de expressão, prevista no inciso IX, garante a possibilidade de manifestação de pensamentos, opiniões, convicções ou avaliações, vedando-lhe, de qualquer forma, o anonimato.

Fazendo uma análise dessa temática, percebe-se um inicial conflito aparente de princípios, pois, estamos falando de dois conceitos acolhidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, Direito à Privacidade e a Liberdade de Expressão, que possuem suma importância na ordem do estado direito como pilar fundamental assegurador da democracia.

Nessa linha de pensamento, este estudo compreende também os aspectos da responsabilidade civil quanto ao uso das redes sociais e aplicativos de mensagens, buscando entender quais são as consequências jurídicas geradas ante o conflito principiológico da liberdade de expressão e o direito à privacidade. Para tanto, foi utilizada a metodologia de estudo qualitativa, através do estudo bibliográfico de livros e artigos físicos e digitais publicados sobre a temática.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE

O Direito à privacidade é reconhecido e protegido mundialmente, possuindo como base o disposto no art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos, recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º., incisos X e XII. Tal direito visa a proteção do indivíduo, no que se refere a sua imagem perante as outras pessoas, a inviolabilidade à sua intimidade, à honra, à vida privada, sendo assegurado o direito de indenização por eventual dano causado. Vejamos:

Art. 12 (Declaração Universal de Direitos Humanos) -
Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e

reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A legislação brasileira proíbe expressamente qualquer forma de anonimato, entendendo que este pode gerar graves e irreparáveis danos. Sendo assim, todos têm liberdade de expressão, mas estão sujeitos a responder por suas declarações (PECK. 2016, p. 99).

Por sua vez, a liberdade de expressão está prevista no art. 5º, IX da Constituição de 1988 no qual exerce grande importância social e se estabelece como pilar fundamental para o estado democrático de direito, como um exercício livre do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, o art. 220 da CRFB também defende a liberdade da comunicação social, zelando pela livre manifestação de pensamento, criação, expressão, informação sob qualquer forma, processo ou veículo de informação.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 264) a garantia de liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou pessoa. Ou seja, fazendo uma análise perfunctória sobre o assunto, é possível tirar a conclusão que os princípios elencados pela Constituição do Brasil de 1988 são destacados de forma igualitária, não havendo vínculo hierárquico, sem qualquer sobreposição de um sobre o outro. Entretanto, essa antinomia principiológica deve ser analisada de acordo com o devido caso concreto.

Enquanto o direito à privacidade protege o seu detentor de exposições indesejadas de seus dados pessoais, suas informações, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, o direito à liberdade de expressão lhe garante a possibilidade de manifestação de pensamento (SILVA, 2016, pág. 204).

Como exemplos recentes e práticos, necessário se faz o destaque da criação dos aplicativos LULU e TUBBY, que geraram bastante polêmica e repercussão pois trouxeram à tona a discussão sobre privacidade e liberdade de expressão. O aplicativo LULU possuía como principal finalidade um sistema de avaliação no qual somente mulheres poderiam acessar, avaliar e comentar as suas percepções sobre usuários do sexo masculino que possuíam contas nas redes sociais Facebook ou Twitter, sem qualquer autorização prévia.

Já o aplicativo TUBBY teve a finalidade reversa e um pouco mais polêmico. A sua função era dar acesso ao público masculino, no qual estes avaliavam o comportamento e desempenho sexual de mulheres que possuíam contas em redes sociais, também sem a sua prévia autorização. No caso do aplicativo TUBBY, foi determinado a proibição de sua disponibilização no Brasil por meio de decisão judicial após uma ação com base na Lei Maria da Penha (11.340/2006), por este incitar a violência contra a mulher.

Percebemos com tais exemplos que, sim, há de certa forma um sobreposição de princípios, no qual a liberdade de expressão é restringida

ante o respeito ao direito à privacidade, à intimidade do indivíduo, e de modo geral, à proteção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Ou seja, seria uma inverdade dizer que não há hierarquia entre os princípios estabelecidos na Constituição de 1988, pois esta análise depende especificamente do caso concreto.

Por mais que pareça ser uma proteção isolada e individual de restringir a utilização de um aplicativo, que de certa forma, emite uma opinião do usuário, neste caso o interesse público prevalece ao interesse particular, pois, dentro de uma razoabilidade, é interesse comum que ninguém afete a vida alheia através de comentários difamatórios e caluniosos.

2. DIREITO DIGITAL, UM NOVO RAMO DO DIREITO?

O maior desafio da evolução humana é voltado para o aspecto cultural, e nesse sentido, pode-se dizer o mesmo do Direito. Como instrumento de regulação de condutas, o Direito deve refletir a realidade da sociedade e se adaptar às mudanças necessárias. É certo que a sociedade moderna está em constante transformação, principalmente com o advento da internet que possibilitou a disseminação do conhecimento e informação por todo o mundo. Ante a agilidade do desenvolvimento social, necessário se faz que o Direito também acompanhe as transformações e se adeque à realidade.

A sociedade humana vivem em constante mudança: mudamos da pedra talhada ao papel, da pena com tinta ao tipógrafo, do código *morse* à localização por Global Positioning System (GPS), da carta ao e-mail, do telegrama à videoconferência. Se a velocidade com que as informações circulam hoje crescem cada vez mais, a velocidade com que os meios pelos quais essa informação circula e evolui também é espantosa. (PECK, 2016).

Contudo, é evidente a dificuldade do sistema legislativo para acompanhar essa evolução social, principalmente com o surgimento das

telecomunicações como o telefone, fax e principalmente com a internet, que vem fazendo com que a sociedade mude em uma velocidade cada vez maior.

Sobre a relação entre o Direito e a sociedade, Ada Pellegrine Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2008), estabelecem:

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e Direito. E a resposta está na função que o Direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor conflitos que se verificarem entre os seus membros.

O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito em todos os seus aspectos e áreas já existentes. Não se trata de um novo ramo, mas sim um conglomerado dos institutos já existentes focados tão somente para o mundo digital, como Direito Penal, Direito Internacional, Direito Tributário, Direito Econômico, Direito Autoral, entre outros, tendo como destaque no presente caso o Direito Civil e Constitucional, que serão analisados de forma singularizada no momento oportuno.

Não existe um Direito da Internet propriamente dito, assim como não há um direito televisivo ou um direito radiofônico. De acordo com Peck (2010, p.72) "há peculiaridades do veículo que devem ser contempladas pelas várias áreas do Direito, mas não existe a necessidade da criação de um Direito Específico". Desta forma, pode-se dizer que a internet não criou especificamente um novo direito, mas sim um veículo de comunicação apenas, no qual deve aplicar os institutos já existentes no Direito, assim como é feito nos demais meios de telecomunicação.

Com base nos ensinamentos de Patrícia Peck Pinheiro (2016, p. 82):

Não devemos achar, portanto, que o Direito Digital é totalmente novo. Ao contrário, tem ele sua guarida na maioria dos princípios do Direito atual, além de

aproveitar a maior parte da legislação em vigor. A mudança está na postura de quem interpreta e faz sua aplicação. É errado, portanto, pensar que a tecnologia cria um grande buraco negro, no qual a sociedade fica a margem do Direito, uma vez que as leis em vigor são aplicáveis à matéria, desde que com sua devida interpretação.

Ainda conforme os ensinamentos de Patrícia Peck Pinheiro, quando se trata de Direito Digital, prevalecem os princípios em relação às regras, pois o ritmo de evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa (PECK. 2016, p. 78). É neste exato ponto que é destacado a importância dos princípios constitucionais elencados na Constituição Federal do Brasil de 1988, principalmente no tocante às garantias fundamentais do direito à vida, à liberdade, à honra e a proteção da imagem.

Em nosso ordenamento jurídico ninguém pode alegar desconhecimento da Lei, conforme norma ínsita contida no artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-Lei nº. 4.657/42). Infelizmente, grande parte das pessoas tem o pensamento de que estão protegidas atrás da tela de um computador e com isso podem fazer e falar o que bem entenderem. Isso acontece por que o anonimato está associado a impunidade, o que por consequência faz aumentar a agressividade e a violência entre as pessoas dentro da internet, algo muito comum, como exemplo, são os casos de crimes contra honra (artigos 138, 139 e 140 do Código Penal).

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

A internet é um poderoso meio para o pleno exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, porém, este deve ser feito com cautela, uma vez que este mesmo princípio é posto em rota de colisão com alguns outros direitos fundamentais de igual força normativa, como a vida privada e a intimidade, por exemplo.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET

Para o Direito, a responsabilidade civil, em linhas gerais, é a existência de um determinado nexos causal entre um ato, ação ou omissão, capaz de gerar um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, que deve ser devidamente recompensado pelo causador.

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade (LYRA, 1977, p. 30). É fundamental estabelecer um paralelo no tocante ao direito de liberdade de expressão em relação ao advento dos novos mecanismos de comunicação e a sua disseminação. Para isso, necessário se faz destacar um breve comparativo à luz do Código Civil.

Nas palavras de Flávio Tartuce (2016, p. 486) o Ato ilícito é conceituado da seguinte maneira:

Ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

Com o advento da internet, as práticas de atos de calúnia, injúria e difamação se tornaram cada vez mais comuns, se propagando com uma velocidade ainda maior, facilitando ataques contra a honra dos indivíduos.

O Código Civil em seus artigos 186 e 187 trata dos aspectos do ato ilícito no qual aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Não obstante, a mesma legislação infraconstitucional, garante em seu art. 927 que, aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo na forma da lei.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme assevera José de Aguiar Dias (1979, p. 13):

Os novos inventos, a intensidade da vida e a densidade das populações aproximam cada vez mais as pessoas, intensificando suas relações, o que acarreta um aumento vertiginoso de motivos para a colisão de direitos e os atritos de interesses, do que surge a reação social contra a ação lesiva, de modo

que a responsabilidade civil tornou-se uma concepção social, quando antes tinha caráter individual.

Ao analisar as jurisprudências emitidas pelos tribunais pátrios, é possível perceber um número relevante de ações que visam uma reparação judicial em decorrência de atos ilícitos causados através da internet.

Dentre eles, podemos mencionar a responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos na internet, com a propagação do *cyberbullying*, inclusive combatido pela recente Lei nº 13.185, de 6 de Novembro de 2015. A condenação pelos danos morais causados em decorrência de ofensas praticadas pela internet. A responsabilidade solidária dos portais de notícias pela publicação de conteúdos ofensivos emitidos por seus usuários. Além da responsabilidade de blogs e sites jornalísticos pelas informações ali inseridas, cabendo a análise prévia editorial para averiguar as informações devidas. A exemplo disso, vejamos as seguintes jurisprudências:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS PELOS FILHOS MENORES. ART. 932, INC. I, C/C 933, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. CYBERBULLYING. CRIAÇÃO DE COMUNIDADE NO "ORKUT". CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM DA AUTORA. VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. DANOS MORAIS IN RE IPSA.

INDENIZAÇÃO. MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DIREITO DO CONSUMIDOR. BULLYING SOFRIDO POR ALUNO. ESCOLA PARTICULAR. O SERVIÇO PRESTADO DE FORMA DEFEITUOSA, POR NÃO TER A ESCOLA PARTICULAR GARANTIDO A SUA ALUNA A SEGURANÇA ESPERADA, DEIXANDO DE ZELAR PELA SUA INTEGRIDADE EMOCIONAL E FÍSICA, DIANTE DA OCORRÊNCIA DE BULLYING, ENSEJA DANO MORAL, PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO.

DANOS MORAIS. OFENSAS PROFERIDAS CONTRA A EMPRESA-RÉ E SUA OMBUDSMAN ATRAVÉS DE PÁGINA NA INTERNET. REPERCUSSÃO INIMAGINÁVEL DO MEIO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. PORTAL DE NOTÍCIAS. RELAÇÃO DE CONSUMO. OFENSAS POSTADAS POR USUÁRIOS. AUSÊNCIA DE CONTROLE POR PARTE DA EMPRESA JORNALÍSTICA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PERANTE A VÍTIMA.

“DIREITO CIVIL. INTERNET. BLOGS. NATUREZA DA ATIVIDADE. INSERÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA. RESPONSABILIDADE DE QUE MANTÉM E EDITA O BLOG. EXISTÊNCIA. ENUNCIADO Nº 221 DA SÚMULA/STJ. APLICABILIDADE. Nos termos do enunciado nº 221 da Súmula/STJ, são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação. 3. O enunciado nº 221 da Súmula/STJ incide sobre todas as formas de imprensa, alcançado, assim, também os serviços de provedoria de informação, cabendo àquele que mantém blog exercer o seu controle editorial, de modo a evitar a inserção no site de matérias ou artigos potencialmente danosos.

É certo que as mudanças sociais ocorridas pelo avanço tecnológico podem expor em apenas um clique toda a vida de um indivíduo, dominando integralmente seu espaço e ferindo os seus direitos à privacidade, à intimidade, à imagem, fazendo com que a vítima retalhe em sua memória de forma perpétua as angústias, humilhações e prejuízos causados por uma ofensa na internet.

Em meio aos estudos sobre esta temática, não é raro encontrar relatos de que seria mais fácil suportar uma dor física causado por uma agressão do que ver de forma odiosa a divulgação de um vídeo íntimo, por exemplo, ou a disseminação de uma ofensa que afeta a honra do indivíduo em uma determinada comunidade virtual que alcança milhares de pessoas em apenas segundos.

Deve ficar claro que não existe impunidade para os crimes cometidos pela internet. Aquele que porventura causar dano a outrem, tem o a obrigação de efetivar a devida reparação, sem prejuízo de eventuais responsabilizações na esfera criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que o presente estudo se coloca em uma posição de extrema relevância, uma vez que refere-se a um novo fenômeno jurídico ainda pouco explorado que merece a devida atenção ante as transformações sociais causados pelo advento da internet.

Inúmeros são os casos que batem diariamente à porta do judiciário para discutir as entrelinhas do conflito entre liberdade de expressão, direito à privacidade e eventuais responsabilizações pelos danos causados. Entretanto, é correto afirmar que a legislação existente é perfeitamente aplicável aos casos concretos e fatos jurídicos ocorridos no mundo das redes sociais, identificando devidamente o infrator e o dano causado, medido a extensão do dano, e aplicando as penas civis e penais prevista na lei vigente.

É indubitável que os direitos ora discutidos quanto a liberdade de manifestação de pensamento e proteção a intimidade são pilares democráticos que devem ser defendidos e preservados a todo custo, devendo prevalecer, antes de qualquer coisa, a proteção da dignidade da pessoa humana em consonância com o bem estar social. Somente desta forma será possível estabelecer uma harmonia na convivência não só no mundo real, mas também neste novo e inexplorado mundo virtual.

De fato, não se pretendeu exaurir o tema ou delimitar o vasto campo sobre este assunto, mas sim, mostrar a importância deste e a relevância que

vem tomando ao longo dos últimos anos mediante a sua larga proporção e alcance entre a população, devendo não só o direito mas também seus operadores se adequarem, e estarem preparados para atender os anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1306066/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 02/05/2012)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1352053/AL, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 30/03/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1352053/AL, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 30/03/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1381610/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1381610/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Roraima, APL: 00227428120108220001 RO 0022742-81.2010.822.0001, Relator: Desembargador Alexandre Miguel, Data de Julgamento: 10/07/2013, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 18/07/2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, CR: 5533714500 SP, Relator: Caetano Lagrasta, Data de Julgamento: 12/11/2008, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/11/2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, (Apelação Cível Nº 70042636613, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/05/2015).

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC: 70042636613 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 27/05/2015, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/06/2015.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: Acesso em: 30/10/2018

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: Acesso em: 30/10/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30/10/2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine. Teoria Geral do Processo. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, José de Aguiar, Da responsabilidade civil, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 1.

LYRA, Afrânio. Responsabilidade Civil. 2ª edição Editora Vallerich. Bahia, 1977.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. Ed., rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 263.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: Acesso em: 30/10/2018. Art. 5º - Constituição da República Federativa do Brasil 1988.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6ª Edição Editora Saraiva 2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital: 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio, Manual de Direito Civil – Volume Único. Responsabilidade Civil. 6ª Edição. Editora Método 2016.

NOTA:

[1] Defensor Público Federal de 1ª Categoria na Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito nas Relações de Consumo pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Membro da Comissão de Revalidação de Diplomas de Mestrado Obtidos em Universidades Estrangeiras da Pró-Reitoria de Cooperação e Convênios Internacionais da Universidade Candido Mendes - UCAM (licenciado). Aprovado no 1º Concurso para Provimento na 3ª Classe de Cargos de Procurador do Município de Nova Iguaçu, Estado do Rio de Janeiro. Professor e orientador da graduação (bacharelado) do curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Ipanema (licenciado). Professor da graduação e da pós-graduação do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - UBEC. Autor de artigos jurídicos com diversas participações em seminários e palestras.

FRANCISCO MOURA: NA MOLDURA DE UM CAVALHEIRO

LUCIA DE FATIMA DA SILVA PARENTE:

Bacharel em Serviço Social pela Faculdade Terra Nordeste - FATENE. Especialista em Gestão de Políticas Públicas

"A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo."

Nelson Mandela

RESUMO: Esta pesquisa busca apresentar o perfil de um educador que proporcionou por meio de seus exemplos em relação à educação e ao aprendizado alunos preparados para enfrentar o desafio do mercado de trabalho e adquirir suas conquistas tendo como exemplo seu educador. Nesse sentido, ressaltamos que Francisco Moura dedicou sua vida a educação, preparando e orientando para um futuro promissor, como afirma a Lei maior brasileira, onde com o preparo, ter acesso à cidadania apresenta um viés facilitador. Com seu conhecimento e respeito sobre o ser humano, desempenhou com facilidade sua premissa na área da educação e formou personagens que hoje fazem parte de sua história. O objetivo geral da pesquisa foi: apresentar Francisco Moura, na moldura de um cavalheiro. A metodologia aplicada foi qualitativa, documental, de campo, com um questionário semi estruturado e bibliográfica, pesquisando em livros, sites, revistas e leis, assuntos sobre a educação e o educador, para se chegar à conclusão da pesquisa.

Palavras chave: Educador; Educação; Cidadania.

ABSTRAT: This research seeks to present the profile of an educator who has provided, through his examples in relation to education and learning, students prepared to face the challenge of the labor market and to acquire their achievements, taking as an example their educator. In this sense, we emphasize that Francisco Moura dedicated his life to education, preparing and orienting for a promising future, as stated in the Brazilian Law, where, with the preparation, having access to citizenship presents a facilitating bias. With his knowledge and respect for the human being, he easily played his premise in the area of education and formed characters that are now part of

his history. The general objective of the research was to present Francisco Moura, in the frame of a gentleman. The applied methodology was qualitative, documental, field, with a semi structured questionnaire and bibliographical, researching in books, websites, magazines and laws, subjects on education and educator, to reach the conclusion of the research.

Keywords: Educator; Education; Citizenship.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. O CONHECIMENTO E OFERTA DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL. 2.1 O bullying na escola. 2.3 A família e a escola. 3. UM PASSEIO NA HISTÓRIA DE FRANCISCO MOURA EM 1988 POR LUCIA PARENTE. 4 METODOLOGIA. 4.1 Tipo de pesquisa. 4.2 Sujeitos. 4.3 Local. 4.4 Coletas de dados.

4.5 Procedimentos éticos. 5 RESULTADOS E DISCUSSÕES. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A educação é um direito social amparado pela Constituição Brasileira de 1988 e pode ofertar conhecimentos em ambientes públicos e particulares. Através da absorção de conteúdos transmitidos pela escola, o ser humano começa a crescer, adquirir cidadania e destacar-se profissionalmente.

Podemos ponderar que a escola é um ambiente onde o ser humano inicia sua absorção de disciplina e educação desde a infância, passando por fases da vida que acompanham o seu desenvolvimento escolar até concluir sua formação profissional.

A educação direcionada as crianças quando seguem a trajetória escolar, permite que ao tornarem-se adultas, tenham conhecimentos das formas de comportar-se na sociedade para tornarem-se um indivíduo social e alcançar a elevação profissional através da aprendizagem.

A educação é a primeira mediação entre o homem, a realidade material e social, que leva ao trabalho. A compreensão desta relação esclarece a importância do trabalho como princípio educativo, evidenciando que o ser humano é produto de sua realidade, e assim, pode transformá-la como sujeito de sua própria história.

2. O CONHECIMENTO E OFERTA DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL

Por ser a educação um direito pautado na Constituição Federal de 1988, é necessário um preparo para executar de forma qualitativa e quantitativa com exemplos moldados em seus educadores que possam ser refletidos em seus alunos.

Para tanto, quem oferta por meio de instituições o desempenho do aprendizado, deve seguir como reflexo positivo para aqueles que necessitam de formação:

Assim esclarece o Artigo 205 da Constituição Federal de 1988:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Formar um cidadão faz parte da organização da sociedade que destaca a educação como forma de ascender socialmente e podemos inferir com o pensamento de Cury (2002) que hoje, praticamente, não há país no mundo que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação básica. Afinal, a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio são indispensáveis para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional.

O Plano Nacional de Educação – PNE, Brasil, (2001), tem como objetivos a elevação global do nível de escolaridade da população; a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis; a redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência, com sucesso, na educação pública e democratização da gestão do ensino público, nos estabelecimentos oficiais, obedecendo aos princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Por ter acompanhado o crescimento da humanidade, a forma de educar vem mudando e seguindo gerações e apresentando a forma de educação formal e informal. Biesdorf (2011) salienta que a educação informal sempre ocupou um papel fundamental na sociedade, é ela que norteia o bom relacionamento entre os indivíduos. Já a educação formal possui a função de preparar o educando para atuar efetivamente junto à sociedade, para tanto oferece o conhecimento científico.

A educação é um direito de todos e dever do estado pra o desenvolvimento do ser humano na sociedade de acordo com as Diretrizes e Bases da Educação Nacional o Artigo 3º afirma que o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
- IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII - valorização do profissional da educação escolar;
- VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

- IX - garantia de padrão de qualidade;
- X - valorização da experiência extraescolar;
- XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
- XII - consideração com a diversidade étnico-racial. (BRASIL, 1996).

É importante ressaltar que a escola é um universo, onde se deve exercer o respeito à liberdade, mas existem momentos em que o exercício desse respeito, gera um conflito escolar. "A escola é palco de umas diversidades de conflitos, entre os quais os de relacionamento, pois nela convivem pessoas de várias idades, origens, sexo, etnias e condições socioeconômicas e culturais." (NUNES, 2011, p.14).

O controle e capacitação profissional são viés que devem ser executado na escola para evitar conflitos. Uma equipe preparada atinge a qualidade da oferta do aprendizado. Para Moura (2015, p. 108) "O professor aguardava os alunos na sala. Ao adentrarem a sala, os alunos deveriam cumprimenta-lo de acordo com o turno". Os professores do Educandário 4 de outubro, fundado pelo professor Francisco Moura, conforme o mesmo, tinham o preparo de atender as demandas apresentadas por seus alunos.

2.1 O bullying na escola

O bullying é uma forma de conflito que não deixa de fora alunos das escolas, tendo os mesmos grupos formados para desenvolvê-los, gerando um conflito, desta forma Nunes (2011) explica que:

Dentre os papeis representados pelos alunos, temos aqueles que só sofrem o bullying (alvos), aqueles que ora sofrem e ora praticam o bullying (alvos/autores), aqueles que somente praticam o bullying (autores) e aqueles que não sofrem nem praticam o bullying, mas convivem no ambiente no qual o fenômeno ocorre (testemunhas). (NUNES, 2011, p. 26).

Moura (2015) apresenta em seu livro: a evolução no tempo, uma passagem sobre bullying na escola, sendo o mesmo a sofrer por conta de uma "tosse" o desafio: "Se irritava com a brincadeira de mau gosto amplificada pelas risadas dos outros alunos. Sentia-me humilhado e marcado para sempre". (MOURA, 2015, p. 64).

Ainda em relação ao bullying: "A escola é palco de umas diversidades de conflitos, entre os quais os de relacionamento, pois nela convivem pessoas de várias idades, origens, sexo, etnias e condições socioeconômicas e culturais." (NUNES, 2011, p.14).

De acordo com depoimento de Francisco Moura, em escolas fundadas e administradas por ele, o bullying seguia um processo controlado. Para Moura (2015) Disciplina era o que se via no Educandário 4 de outubro e a metodologia aplicada não se focava apenas na educação, no aprendizado, mas na formação do cidadão, seus valores e respeito pelo próximo.

2.3 A família e a escola

A família tem a atribuição de formar o caráter do indivíduo, mesmo antes de ingressar no ambiente escolar, dessa forma é possível evitar conflitos e assegurar uma qualidade do aprendizado na educação.

Biesdorf (2011) a família é a principal instituição responsável pela educação informal, na qual são ensinados os costumes humanos, como falar, andar, comer, religião, cultura... Já a escola seria a instituição responsável pela educação formal, local em que seriam construídos os conhecimentos científicos, e esta ainda tem a função de oferecer uma formação onde o ser torne-se capaz de fazer análises científicas, críticas e reflexivas a respeito dos temas.

Vale ressaltar que a relação família e escola devem ser mantidas no sentido do desempenho de qualidade de ensino e troca de realizações. Moura (2015) relata que a família é à base de tudo e a figura de educador está refletida na imagem da família.

Para Biesdorf (2011) a educação possui um papel fundamental perante a sociedade. Na atualidade, vive-se uma crise: por um lado, a nova estrutura familiar não mais está educando os filhos, repassando este papel à escola; já a escola não assume este papel, e nem está preparada para esta função.

3. UM PASSEIO NA HISTÓRIA DE FRANCISCO MOURA EM 1988 POR LUCIA PARENTE

“Vamos Mouralizar!” “Sete horas são sete horas, não sete e cinco e nem cinco pras sete”. Essas frases citadas por Francisco Moura, em 1988, ficou marcada em minha mente, como um desafio proposto pela figura de um conceituado educador.

Consta na Constituição de 1988 que a educação é um direito de todos e um dever do Estado, através dela temos o preparo para exercermos a cidadania e uma qualificação profissional.

Conheci Francisco Moura em Maracanaú, na década de 1980, mais precisamente 1988, onde o mesmo pleiteava uma candidatura a prefeito daquele município recém-emancipado e com uma história trágica de seu primeiro mandatário lavada com sangue.

Fui candidata à vereadora em apoio a sua legenda. Na época, Moura sabia dos desafios que se apresentariam se fosse sufragado prefeito daquele município. Com o assassinato de Almir Dutra, primeiro prefeito do município em 1985, Maracanaú sofreu lentidão na oferta de direitos sociais a população.

A Fundação Francisco Moura, tinha uma estrutura de qualidade em termos de educação e cultura e a mesma ofertava além da educação, lazer, às crianças e jovens que viviam vulneráveis e em desigualdade social. O espaço foi criado para educação, cultura e lazer, daqueles que não tinham condições de acesso a tal qualidade de vida.

Maracanaú, não tão diferente da atualidade, recebeu um volume significativo de habitantes, dos conjuntos residenciais que nasciam no seio e aos redores daquele município, entre eles os conjuntos: Acaracuzinho (No qual residi de 1984 a 1992), Novo Oriente, Timbó, Novo Maracanaú e Jereissati I,II e III.

Com o aumento populacional, surgem as demandas e a carência em um município que surgiu recentemente, emancipado de Maranguape e teve o sangue de seu primeiro prefeito derramado. Essas questões sociais foram refletidas na população.

A saúde e a educação se tornaram gritante e Moura, presente frente a esses desafios, ofertando solidariedade e gerando emprego e renda, através da educação, com suas escolas no Município de Maracanaú e em Pajuçara.

Rousseau (1995) afirma que nascemos fracos, precisamos de força; nascemos desprovidos de tudo, temos necessidade de assistência; nascemos estúpido, precisamos de juízo. Tudo que temos ao nascer e que precisamos adulto é dado pela educação.

O avanço do desejo de contribuir para a formação de um povo, estava trilhando o caminho de Moura, que não desistiu de seu legado, promovendo direitos sociais aos menos favorecidos, diante de um cenário de atrasos, que na época Maracanaú vivenciava.

Tais contribuições são destacadas na aplicação de um ensino baseado na construção de cidadãos questionadores da sociedade a qual estão inseridos. Na busca por respostas aos conflitos impostos a eles, os alunos formados pelos exemplos de Moura terão poder de decisão, sendo capazes de sintetizar concepções e de estabelecer diálogos entre educandos, educadores, família e comunidade.

Aliando a estrutura física da Fundação, junto a estrutura pedagógica, todo o trabalho desenvolvido por Moura foi desempenhado a fim de promover cidadãos capazes de lidar com questões sociais, formando

opiniões e sabendo como inserir suas concepções a nível global e, dessa forma, atendendo às demandas político-sociais da atualidade.

Considero Moura, pautado num ideal de construção de cidadãos, buscando a igualdade social, uma vez que seus primórdios favorecem a formação de uma população capaz de lidar de forma clara, pacífica e convincente, assim como seu educador, com os demais integrantes da nossa sociedade.

As situações desafiadoras criadas pela evolução da sociedade necessitam de um profissional gabaritado como Moura a encorajar cidadãos a enfrentar tais desafios, tendo como exemplo um passado marcado por lutas e conquistas, situações essas presentes na biografia de Francisco Moura.

A vulnerabilidade e risco social permeiam na contemporaneidade. A desigualdade gera questões sociais como a negação de direitos a uma população que é ampara por Lei. Moura, não separa classes! Com sua visão de progresso e solidariedade, contribuindo por meio da arma mais poderosa que um ser humano pode ter para o social, que chamamos de educação, ficou registrada sua marca.

A amplitude de seu sucesso está presente em seu livro: **“Evolução no tempo: uma história de vida”**. Onde é contada sua biografia de forma clara e objetiva, deixando um relato de uma figura que contribui e contribui para a criação de novos saberes.

Moura superou desafios, quebrou barreiras e ensinou, por meio de suas escolas, seus alunos a encontrar meios de enfrentar desafios semelhantes aos seus. Pacheco (2010) afirma que o Brasil de hoje participa do ciclo de revolução tecnológica com conhecimentos suficientes para que haja um processo de transformação no contexto científico e tecnológico, o que é essencial para o crescimento do país.

Assim, entendemos que Moura é um educador que marcou a história com seus ideais, projetos, objetivos e feitos, onde posso comprovar os fatos aqui relatados, por ter vivenciado uma parte dessa sua trajetória. É importante ressaltar que a reprodução da vida moral e profissional de

Francisco Ribeiro de Moura envolve a reprodução de religião, política, cultura, educação, por meio das quais o ser humano necessita para tomar consciência de sua condição de vida na sociedade. MOURA, um educador que marcou. Após ter compreendido sua história de vida, em sua obra publicada em 2015, percebo que sua história não se detém apenas na literatura, mas um cavalheiro na moldura.

4 METODOLOGIA

4.1 Tipo de pesquisa

A metodologia da pesquisa desenvolveu-se de forma qualitativa, documental, bibliográfica e de campo. A metodologia explica o percurso a ser desenvolvido pela pesquisa científica, de acordo com Gil (2008) a pesquisa qualitativa tem como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas.

Em relação à pesquisa bibliográfica, Gil (2008), salienta que a mesma é desenvolvida com base em material já elaborado, que se apresentam em livros e artigos científicos.

Em relação à pesquisa documental Lakatus e Marcondes (2003) salientam que a característica dela é ser a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primária.

4.2 Sujeitos

Foi entrevistado o educador professor Francisco Moura

4.3 Local

A pesquisa foi realizada na residência do entrevistado, localizada em Maracanaú/Ce.

4.4 Coletas de dados

Foi utilizado um questionário semiestruturado, contendo oito perguntas e que constam nos apêndices.

4.5 Procedimentos éticos

Foram respeitadas questões éticas e todos foram e informados sobre as entrevistas e foram realizadas com os devidos consentimentos. Foram seguidas as Normas de pesquisa da Resolução nº 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde, que cita normas para o desenvolvimento da ética com pesquisa envolvendo seres humanos.

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os resultados da entrevista com o professor Francisco Moura serão elencados a seguir:

Foi perguntada sobre qual sua visão sobre educação

{...}A minha visão sobre educação, é bem sucinta, levando-se em consideração que, a educação é a base fundamental do ser humano, a partir da educação formal, se não houver uma base sólida na família, a educação informal torna-se mais difícil o aprendizado, na formação social, intelectual e profissional.

Podemos compreender que para Moura, a educação informal terá seu desempenho com qualidade, se a educação formal estiver atuando de forma a ensinar o aluno a portar-se no ambiente escolar. Dessa forma Biesdorf (2011) explica que a educação informal prepara o ser para o conhecimento científico, estando presente como atribuição da escola e a formal, prepara o ser para um bom relacionamento entre si e sendo atribuição da família e da escola.

Procuramos saber como considera a educação nos dias atuais

{...} Tenho analisado muito bem a Educação na atualidade, com certa preocupação, principalmente no que se refere ao aprendizado. Temos uma educação voltada simplesmente para o resultado. O aluno aprende apenas o necessário para prestar um exame, ou a preocupação de passar de série. Existem muitos meios para recuperação do aluno, com a visão de que o aluno não pode ser reprovado, diminuiu a preocupação do aluno cada vez estudando menos, levando-se em consideração mais os alunos da classe menos favorecida.

Na visão do entrevistado, podemos perceber sua preocupação com a questão da educação e do aprendizado. Podemos perceber em sua expressão que o aluno presta seus exames com a finalidade de “passar” de ano e não com o aprendizado. Devemos lembrar que o mercado de trabalho na contemporaneidade é bastante competitivo e exigente. A Constituição Federal de 1988 já mostra em seu texto no Artigo 205 que: a educação deverá ser incentivada visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Indagamos sobre o conceito sobre família

{...} A família, considero a base de sustentação da vida, da moral, é o equilíbrio do comportamento humano, uma família desequilibrada gera um grande transtorno na sociedade.

Podemos refletir com a resposta a pergunta que o entrevistado tem uma visão de família ser um alicerce de tudo e seu desequilíbrio poderá refletir no desenvolvimento positivo da sociedade. Moura (2015) já relata em seu livro *Evolução no tempo* que a família é à base de tudo e a figura de educador está refletida na imagem da família.

Em sua opinião, qual a relação família e escola?

{...} A família tem um papel de grande relevância na sociedade, na escola, sua parceria é indispensável, levando-se em consideração que a educação formal e a base do aprendizado do aluno pela família, daí facilitando o desempenho da aprendizagem do aluno e uma educação continuada.

Vale ressaltar com a resposta do entrevistado que a relação educação formal e informal poderá resultar na qualidade do aprendizado. Biesdorf (2011) explica que a família não mais está educando seus filhos e delegando essa atribuição à escola.

Qual sua visão do sentido: educação e sociedade?

{...} Vejo que a educação na sociedade leva-se a um equilíbrio, uma sociedade formada por pessoas com um baixo nível de educação, o seu próprio comportamento é percebido, tomando-se como parâmetro de uma com a educação elevada, daí pode-se perceber que a relação entre ambas é muito importante.

Levando em conta a resposta do entrevistado, percebemos que ele quis repassar o sentido e diferença de uma sociedade instruída e com conhecimentos, para uma sociedade desprovida de tais benefícios. Essa visão vem de encontro ao estudo de Cury (2002) afirmando que hoje, praticamente, não há país no mundo que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação básica.

Como se sente em ter contribuído com a educação?

{...} Por muitas vezes tenho parado para pensar fazendo uma análise dos resultados, aos quais vejo quando encontro-me com pessoas que passaram por nossos colégios, e expressam suas satisfações em ter estudado e o quanto foi importante, o que aprenderam para a vida, daí vem o prazer à satisfação em ter contribuído para o engrandecimento de parte

do nosso povo, vejo o reconhecimento por todos e a felicidade do dever cumprido.

Podemos perceber com a resposta do entrevistado, sua satisfação por ter contribuído e investido na educação. Em seu livro a Evolução no tempo, Moura descreve o sucesso das fundações de seus educandários e o progresso de seus alunos. Vale a pena ressaltar que mesmo a rede sendo privada, disponibilizava bolsas de estudos e essa satisfação vem de encontro aos objetivos do Plano Nacional de Educação – PNE, Brasil, (2001), onde entre seus objetivos estão a elevação global do nível de escolaridade da população; a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis; a redução das desigualdades sociais.

Qual sua opinião em relação aos conflitos escolares?

{...} Levando em conta o que acontece nas escolas, vejo que os conflitos existem por culpa do próprio sistema educacional.

O entrevistado em seu livro a Evolução no Tempo, relata um caso de quando criança foi vítima de bullying escolar. Para Nunes (2011) a escola é palco de diversidade e conflitos.

Qual o maior desafio encontrado para consolidar seu projeto de educador?

{...} Quando decidi abraçar o ramo da educação, tive que fazer uma análise da situação Educacional da época, com muita vontade de vencer, a situação econômica precária, sem condições de fazer investimentos, em instalações, equipamentos e outros. Tive que pensar em um diferencial na educação que chamasse atenção e que fosse um atrativo. Daí pensei na disciplina implantei o sistema denominado de LINHA DURA seria uma forma tipo militar, então criei as normas e as coloquei em prática, logo as famílias tomaram conhecimento a partir do

primeiro ano já lotavam as salas de aulas sucesso total, me orgulho de tudo que fiz como educador. Só tenho que agradecer a Deus, São Francisco e as comunidades que atuei com todos meus Colégio.

Dessa perspectiva, podemos ressaltar que o sucesso do entrevistado na área da educação surgiu após implementar em seu plano pedagógico uma técnica de inovação que contribui para a formação de seus alunos e cooperou com a parceria educação formal e informal. Esse pensamento vem de encontro ao de Cury (2002) quando diz que afinal, a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio são indispensáveis para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos com esta pesquisa que a educação é uma arma poderosa para o progresso de uma nação e que pessoas comprometidas com esse cenário poderão mudar o País. Atingimos o objetivo geral da pesquisa com o arcabouço literário e a pesquisa de campo, onde em contato com o entrevistado e a apropriação do conteúdo de seu livro, podemos conhecer sua trajetória e finalizar a pesquisa com o objetivo geral alcançado de ter apresentado **Francisco Moura**: na moldura de um cavalheiro.

REFERÊNCIAS

BIESDORF, Rosane Kloh. **O papel da educação formal e informal: educação na escola e na sociedade.** 2011. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/rir/article/view/20432/0>. Acesso em 16 out. 2018.

BRASIL, Presidência da República, **LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 12 out 2018.

_____, Presidência da República, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____, Presidência da República, **LEI Nº 10.172 DE 9 DE JANEIRO DE 2001**.

Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm. Acesso em 14 out. de 2018.

Conselho Nacional de Saúde. (2016). **Resolução nº 510/2016**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em 15 out 2018.

CURY, Carlos Roberto Jamil, **Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença**. Cad. Pesquisa. Nº. 116 São Paulo July 2002.

GIL, Antônio Carlos, **Métodos e técnicas da pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008

LACKATUS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: ATLAS, 2003.

MOURA, Francisco Ribeiro de, **Evolução no tempo: uma história de vida**. Fortaleza: RDS Editora, 2015.

NUNES, Antônio Ozorio, **Como restaurar a paz nas escolas**. Um Guia para educadores. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

PACHECO, Eliezer Moreira. **Os Institutos Federais: uma revolução na educação profissional e tecnológica**. Natal: IFRN, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Emílio ou da Educação**. 3ªed. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995.

O EMPODERAMENTO DA VONTADE DAS PARTES NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

PEDRO VITOR DE SOUSA OLIVEIRA RABELLO:
Acadêmico do curso de direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O estudo que segue tem como objetivo tecer sobre os negócios jurídicos atípicos contemplados no Código Processual Civil de 2015, mais especificamente o art.190. As descrições esposadas no estudo pretendem responder a seguinte indagação: como o Novo Código Processual Civil de 2015 no seu artigo 190 aborda a questão do empoderamento das partes? Para alcançar esse objetivo delineou-se no trabalho os seguintes tópicos: negócios jurídicos processuais; negócios jurídicos processuais atípicos no art. 190 do CPC; objeto dos negócios jurídicos processuais - ônus, faculdades, deveres e poderes; controle judicial da validade dos negócios processuais e, por fim, o princípio da boa-fé e o empoderamento das partes no código processual civil. Em regra, os negócios jurídicos processuais, dispostos no Artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, expandiram de forma inédita as hipóteses em que as partes podem tratar na esfera do direito processual, dispondo a possibilidade de realização dos chamados negócios jurídicos processuais atípicos.

Palavras-chave : Negócios Jurídicos; Negócios Atípicos; Empoderamento das Partes; Controle Judicial dos Negócios Jurídicos Processuais.

ABSTRACT: The purpose of this study is to demonstrate how the empowerment of the parties in the Code of Civil Procedure is processed, specifically in Article 190, which deals with atypical procedural legal transactions. To achieve this objective, the following topics were outlined in the work: procedural legal affairs; procedural legal transactions atypical in art. 190 of CPC; object of legal proceedings - liens, faculties, duties and powers; judicial control of the validity of the procedural businesses and finally the empowerment of the parties in the civil procedural code. As a general rule, the procedural legal business, provided for in Article 190 of the

Code of Civil Procedure of 2015, unprecedentedly expanded the hypotheses in which the parties can deal in the area of procedural law, thus providing the possibility of carrying out so-called legal deals atypical procedures.

Keywords: Legal Business; Atypical Business; Empowerment of Parties.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo compreender o empoderamento da vontade das partes no âmbito Código Processual Civil de 2015. Partindo da seguinte indagação investigativa: como o Novo Código Processual Civil de 2015 no seu artigo 190 aborda a questão do empoderamento das partes? Pretende-se descrever os negócios jurídicos processuais e identificar no CPC (2015) como é a negociação sobre o procedimento, bem como o controle judicial da validade dos negócios e por fim descrever sobre o fortalecimento do princípio da boa-fé no empoderamento da vontade das partes no Código de Processo Civil de 2015.

Os negócios jurídicos processuais são uma ferramenta pouco utilizada pelos aplicadores do direito. Tal falta de aplicação ocorre pela inobservância da diferença conceitual existente entre os Negócios Jurídicos do Código Civil com o instituto contido no Artigo 190 do CPC/2015.

Nesse sentido, além de primar pela composição amigável, o novo caderno processual privilegiou o chamado empoderamento das partes, viabilizando a celebração de negócios jurídicos processuais, que confere às partes a possibilidade de convencionarem sobre o procedimento a ser seguido em eventual demanda judicial.

Sublinha-se que os negócios jurídicos processuais já existiam sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a exemplo da convenção de cláusula de eleição de foro e da possibilidade de suspensão do processo para composição amigável, que eram diuturnamente utilizadas pelas partes no âmbito judicial e extrajudicial, todavia, de uma forma mais restrita quando comparado ao novo código processual civil.

O trabalho a seguir partiu de uma investigação bibliográfica baseada nas principais doutrinas sobre o assunto em voga, dentre eles os doutrinadores DIDIER JR (2016), MELLO (2016), além do disposto no próprio art. 190 do Código Processual Civil de 2015.

Os pontos elencados no estudo foram delimitados para alcançar os objetivos são eles: negócios jurídicos processuais; negócios jurídicos processuais atípicos no art. 190 do CPC; objeto dos negócios jurídicos processuais: ônus, faculdades, deveres e poderes; controle judicial da validade dos negócios processuais; o princípio da boa-fé e o empoderamento das partes no código processual civil.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento (DIDIER Jr., 2016).

Para Medina (2017), a definição de negócio jurídico se destina justamente à distinção entre os atos negociais e os atos jurídicos em sentido estrito, e abrange os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, decorrentes do autorregramento da vontade.

Nesse contexto jurídico ainda é cabível acrescentar que:

Há negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm por objeto o próprio processo, em sua estrutura, como o acordo para suspensão convencional do procedimento. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, e deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento (CABRAL, 2016, p. 240).

Para Tavares (2017), há diversos exemplos de negócios processuais típicos previstos no Código Processual Civil (2015), a saber: a eleição negocial do foro; o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente; o calendário processual; a renúncia ao prazo; o acordo para a suspensão do processo; organização consensual do processo; o adiamento negociado da audiência; a convenção sobre ônus da prova; a escolha consensual do perito; o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação; a desistência do recurso; o pacto de mediação prévia obrigatória.

Convém, no entanto, aludir sobre algumas particularidades dos negócios jurídicos que Hatoum (2017) descreve como negócios jurídicos bilaterais, pois costumam ser divididos em contratos, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e acordos ou convenções, quando as vontades se unem para um interesse comum.

Nesse diapasão, ainda sobre as peculiaridades dos negócios jurídicos, pode-se conceber que:

Não se nega a possibilidade teórica de um contrato processual, mas é certo que são mais abundantes os exemplos de acordos ou convenções processuais. Há também negócios plurilaterais, formados pela vontade de mais de dois sujeitos, como a sucessão processual voluntária. É o que acontece, também, com os negócios processuais celebrados com a participação do juiz. Os negócios plurilaterais podem ser típicos, como o calendário processual e a organização compartilhada do processo, ou atípicos, como o acordo para realização de sustentação oral, o acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, o julgamento antecipado do mérito convencional, as convenções sobre prova ou a redução convencional de prazos processuais (HATOUM, 2017, p. 380).

Como se pode observar, sempre que a lei prever um negócio jurídico processual de forma expressa, tem-se um negócio jurídico processual típico.

Nesses casos, é possível que os requisitos de admissibilidade também estejam previstos de forma específica.

Convém, no entanto, considerar os critérios de classificação dos negócios jurídicos processuais, em coerência aos princípios conceituais já estabelecidos. Na concepção de Didier Jr. (2016), assim se subdivide:

(I) negócios relativos ao objeto litigioso (como o reconhecimento da procedência do pedido) e negócios que possuem por objeto o próprio processo (como o acordo para suspensão do procedimento); (II) negócios unilaterais (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade, como a desistência e a renúncia; negócios bilaterais (que se perfazem pela manifestação de duas vontades); e negócios plurilaterais (que se perfazem pela vontade de mais de dois sujeitos, como a sucessão processual voluntária ou os negócios que contam com a participação do juiz); (III) negócios expressos (como o foro de eleição) e negócios tácitos (como o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária); (IV) negócios jurídicos processuais que precisam de homologação judicial (como a desistência) e negócios que dispensam esta chancela (como o negócio tácito sobre a modificação de competência relativa ou a desistência do recurso); e, finalmente (V) negócios jurídicos processuais típicos e negócios jurídicos processuais atípicos (DIDIER Jr., 2016, p. 231).

Entretanto, diferentemente do diploma legal revogado, o Código de Processo Civil (2015) passou a antever de forma expressa uma cláusula geral de negócio jurídico processual, de forma a consentir, além das proposições específicas de negócio processual típico, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais, consideradas atípicas.

2.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO ART. 190 DO CPC

A regra geral dos negócios jurídicos processuais, disposta no Artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, ampliou de forma única as possibilidades em que as partes podem transacionar na esfera do direito processual, dispondo, assim, a possibilidade de realização dos chamados negócios jurídicos processuais atípicos.

O caput do Artigo 190 do CPC predispõe o seguinte: “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (CPC, 2015).

Com base nessas informações, Neves (2016) leciona que a cláusula geral disposta no Artigo 190 do Código de Processo Civil, consoante disposto em seu parágrafo único, estará sujeita ao controle do Poder Judiciário, que validará ou não a convenção procedimental entabulada entre as partes, razão pela qual um dos objetivos específicos do vertente trabalho é o de elencar as condições de validade estabelecidas pelo judiciário, no âmbito dos negócios jurídicos processuais.

Didier Jr. (2016) preceitua de forma análoga que negócio processual é fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais, ou alterar o procedimento. Paradoxalmente, Medina (2016) assevera que atípicos ou inominados são os negócios jurídicos processuais cujo regime não possui previsão legal, e o art. 190 do CPC/2015 estabelece, textualmente, a possibilidade de as partes celebrarem acordo sobre procedimentos, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Nessa configuração:

Tem-se, então, que o negócio jurídico processual atípico, celebrado, portanto, a partir da cláusula geral

inserta no caput do art. 190, possui por objeto as situações jurídicas processuais, ônus, faculdades, deveres e poderes processuais e também o ato processual (DIDIER JR., 2016, p. 296).

Mediante a reflexão acima, é importante transcrever as acepções do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, citado por Mello (2016), que traçou algumas hipóteses para a aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos, previstos no Art. 190 do CPC (2015), a saber:

Pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal (MELO, 2016 p. 397).

Em suma, a autorização para que as partes convençionem sobre procedimento, disposta no caput do art. 190 do CPC/2015, autoriza também a celebração de negócios jurídicos processuais que tenham por objeto ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ou seja, que modifiquem, criem ou extingam situações jurídicas processuais.

2.2 OBJETO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: ÔNUS, FACULDADES, DEVERES E PODERES

Nas percepções de Gonçalves (2018), o negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais, a saber: ônus, faculdades, deveres e poderes “poderes, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos” (GONÇALVES, 2018, p. 76).

Nesse contexto, o negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais ou para a reestruturação do procedimento. Se presume, nesse sentido, que há a possibilidade de celebração de negócios processuais *atípicos*, lastreados na cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no art. 190, CPC, cuja principal concretização do princípio do respeito ao autorregramento processual.

Acerca do ônus, faculdades, deveres e poderes destaca-se que:

A ideia de ônus, por sua vez, associa-se com a estrutura de cenários jurídicos, contrastando-se à definição de dever exatamente pelo fato de se referir a uma conduta exigida para atender interesses próprios. As faculdades processuais são escolhas a serem realizadas durante a tramitação do procedimento. Os deveres se relacionam às obrigações atribuídas aos litigantes, que, em caso de descumprimento, serão alvos de sanções. Os poderes são, segundo o referido autor, poderes-ônus, uma vez que os litigantes não estão obrigados a praticá-los, mas possuem a necessidade (não o dever) se tiverem interesse em atingir determinados resultados ou obstar cenários desfavoráveis (CARVALHO, 2017, p. 04).

É importante ressaltar que a expressão “poderes”, mencionada no dispositivo em análise, “deve ser compreendida da forma mais ampla

possível, abarcando direitos subjetivos e potestativos e poderes propriamente ditos” (DIDIER JR., 2016, p. 385).

Já o ônus, deve admitir conduta comissiva ou omissiva como condição para obter vantagem ou para não suportar desvantagem. Remete-se assim que o cumprimento das obrigações e dos deveres, que se realizam em benefício de outro sujeito, observando o ônus, traz-se um benefício àquele que os cumpre, sempre em seu próprio interesse. “É por este motivo que o cumprimento do ônus não pode ser exigido da parte e seu descumprimento não implica em ilícito, na medida em que a ninguém prejudica, a não ser ao próprio sujeito que não o cumpre” (DINAMARCO, 2017, p. 165).

Ainda conforme Dinamarco (2017), em relação aos deveres, por outro lado, se apresentam como indispensáveis do interesse alheio, e isso porque não os cumprir significa prejudicar um terceiro e não a si próprio, como é, no caso do ônus.

É importante elencar mais algumas peculiaridades acerca do objeto dos negócios processuais atípicos que Didier Jr. (2016) cita em oito pontos que devem ser considerados, eis que seguem:

1. na dúvida, deve admitir-se o negócio processual.
- 2 a negociação atípica somente pode se realizar em causas que admitam autocomposição.
- 3 o que se aplica à licitude do objeto do negócio jurídico privado também se aplica ao negócio jurídico processual.
- 4 sempre que regular expressamente um negócio processual, a lei determinará os contornos do seu objeto.
- 5 sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela é lícita.
- 6 não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível; trata-se de negócio com objeto ilícito, porque dispõe sobre o afastamento de alguma regra processual cogente.
- 7 é possível inserir negócio processual em contrato de adesão, mas ele não pode ser abusivo.
- 8 no negócio processual atípico as partes

podem definir outros deveres e sanções para o caso de seu descumprimento, distintos do rol legal de deveres e sanções processuais (DIDIER JR.2016, p. 67).

Conclui-se, mediante o exposto, que esta significativa ampliação do objeto que pode ser negociado pelas partes no âmbito do negócio jurídico processual, nasce também indagações que se referem aos limites de atuação dos sujeitos processuais, inclusive no que toca o papel do controle judicial na validade dos negócios processuais.

2.3 OS LIMITES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

A partir da redação do art. 190 do CPC/15 é possível perceber no seu parágrafo único que existem algumas limitações para a celebração de negócios jurídicos processuais, quais sejam: o direito deve admitir autocomposição, as partes devem ser capazes, assim como é imperativo a igualdade de condições entre elas.

Para Didier (2016), como o tema ainda é recente na doutrina, a abordagem desses elementos é constituída de algumas divergências tanto em relação à forma de categorização, quanto à definição dos próprios requisitos ou pressupostos de validade. Nessa aresta, vejamos:

Em relação ao objeto e sua conseqüente necessidade de licitude, o tema é ainda mais controverso, de forma que serão abordados (I) os limites impostos expressamente pela lei, como a restrição aos direitos que admitem autocomposição e as disposições que buscam preservar a igualdade entre as partes; e (II) os demais parâmetros de licitude não previstos expressamente em lei, mas que a doutrina entende como decorrentes da sistemática processual, como o respeito às normas cogentes e de ordem pública ou às matérias reservadas à lei (DIDIER JR, 2016, p. 279).

Convém ressaltar que o exercício da liberdade negocial prevista no art. 190 do CPC/2015 subordina-se a determinados requisitos. Há

pressupostos subjetivos e objetivos, ou seja, parâmetros de negociabilidade processual subjetiva e objetiva. (TALAMINI, 2017).

Destarte, verifica-se que o acordo incide na atividade jurisdicional no que tange a direção e o julgamento da causa, assim não bastará tão somente que seja permitida a participação do magistrado no acordo, pois o processo não pertence a um juiz determinado, ao passo que não é possível que um acordo feito por um magistrado seja oponível a outros que dele não participaram.

Sobre a alusão acima, é respectivamente considerável:

A objeção mais frequentemente utilizada contra relevância do referido negócio jurídico processual, sendo esta a impossibilidade de a vontade afetara eficácia do ato, em virtude de as consequências estarem previstas em lei, demonstra também o critério topográfico utilizado para negar a possibilidade de haver negócio processual exterior ao procedimento, com o que já se anunciou que não se concorda, porque a sede do ato não configura um parâmetro adequado para mensurar a influência do negócio no processo. (GODINHO, 2015, p. 129).

Diante das inúmeras possibilidades de interpretação do artigo 190 do CPC/15, o tema é, certamente, um dos principais objetos de divergência doutrinária. Em relação as divergências, no que compete a capacidade, Cambi (2015) entende que:

[...] a capacidade prevista no art. 190 do CPC/15 é uma espécie de disposição para agir, de per si, sem representação ou assistência no processo. Por isso, em relação aos materialmente incapazes, entende que, com intermédio de representante ou assistente e com a oitiva do Ministério Público, acaso necessário, não haverá qualquer empecilho à realização da convenção processual. A capacidade de que trata o art. 190 do NCPC é a capacidade processual. Porém, não há na celebração dos contratos processuais ou na fixação de

calendário procedimental se a parte incapaz, por meio de seu representante ou assistente, e ouvido o Ministério Público, se for o caso, assim o fizer (CAMBI, 2015, p. 167).

Tavares (2017) também defende a necessidade de capacidade processual para a realização de negócios jurídicos processuais, a qual entende tratar-se de “aptidão para praticar atos processuais, pessoalmente ou pelas pessoas legalmente indicadas”, assim, também conclui que, no caso de incapacidade material, não seria possível a realização de convenções processuais sem a devida representação ou assistência.

Mediante o exposto, pode-se concluir que em temas de maior pertinência e relevância, o ordenamento jurídico, por cautela do legislador, estabelece que determinadas normas jurídicas serão reservadas à lei, de forma que as partes não poderão convencionar livremente a seu respeito (CAMARA, 2016).

2.4 CONTROLE JUDICIAL DA VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

No parágrafo único do art. 190 do CPC (2015) está estabelecido que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Em casos como esses, para Gonçalves (2018), embora o caput do art. 190 do CPC mencione apenas os negócios processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional. Da mesma forma:

Seja porque há exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz, como já examinado, o que significa que não é estranha ao sistema essa figura; seja porque não há qualquer prejuízo (ao contrário, a participação do juiz significa fiscalização imediata da validade do negócio), seja porque poder negociar sem a interferência do juiz é

mais do que poder negociar com a participação do juiz (GONÇALVES, 2018, p. 134).

Se o negócio jurídico processual for firmado após o ajuizamento da ação, o controle pelo magistrado deverá ser prévio, analisando a possível existência de desprovimento de uma parte perante outra, evitando-se, assim, a legitimação de eventuais imposições de ajustes procedimentais ao litigante em situação de vulnerabilidade.

Brandão (2018) ainda ressalta que o objetivo fundamental da nova perspectiva estabelecida no Código de Processo Civil de 2015 se sintetiza na prestação jurisdicional adequada, mediante um resultado, o fim esperado para quem interviu e provocou a jurisdição, pouco importando se enseja na procedência ou não de uma demanda, mas o interesse preconizado pela parte.

Nessa linha, Lopes (2016) assevera que o processo civil moderno repudia o formalismo irracional, mediante a flexibilização das formas e a interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir. As exigências formais estão na lei para assegurar a produção de determinados resultados, como meios preordenados a determinados fins: o que substancialmente importa é o resultado obtido, ou o fim atingido, e não tanto a regularidade formal no emprego dos meios.

Paradoxalmente, como qualquer negócio jurídico, os negócios jurídicos processuais também passam pelo plano da validade dos atos jurídicos e, também, como qualquer negócio jurídico, o negócio jurídico processual pode ser invalidado apenas parcialmente.

Para Carvalho (2017):

Consta no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 que o julgador irá controlar a validade das convenções, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Assim, não cabe ao magistrado julgar o “mérito” dos pactos, tampouco a conveniência ou oportunidade da

celebração dos negócios, mas tão somente analisar a validade do acordo (se as partes são plenamente capazes, ou se não o forem se estiveram assistidas, se há violação de norma de ordem pública etc.) (CARVALHO, 2017, p. 122).

Considera-se, nesse viés jurídico, que para serem válidos, os negócios processuais devem: ser celebrados por pessoas capazes; possuir objeto lícito; observar forma prevista ou não proibida por lei (arts. 104, 166 e 167, Código Civil). O desrespeito a qualquer desses requisitos implica nulidade do negócio processual, reconhecível *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC (2015).

O decreto de invalidade processual deve obedecer ao sistema das invalidades processuais, o que significa dizer que não haverá nulidade sem prejuízo. Cabral (2016) sobrepõe outra função de relevância do juiz:

A função de fomentar consiste, segundo o aludido autor, no incentivo pelo Estado de manejo de mecanismos de autocomposição e, por consequência, de solução consensual dos litígios (nos termos do art. 3º, § 2º, CPC/15), sendo que isso é justamente propiciado por intermédio das convenções processuais. Ademais, cabível tecer breves considerações sobre a homologação judicial, sem, contudo, adentrar nas divergências doutrinárias sobre o tema, já que consubstancia outra atividade a ser desempenhada pelo magistrado no âmbito desses acordos. A regra geral é que os negócios processuais independem de homologação prévia ou posterior, de modo a fazer prevalecer a autonomia de vontade das partes (CABRAL, 2016, p. 34).

Tavares (2017) assegura, nessas condições, que a validade dos negócios processuais, por seu turno, é tema que movimentará, e muito, não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência dos tribunais, nos próximos anos. De início, é importante observar que o repertório da teoria dos atos jurídicos é aplicável aos negócios processuais.

3. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O EMPODERAMENTO DAS PARTES NO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL

A partir da observação do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que o processo sobre direitos que admitam auto composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Contudo, é o princípio da boa-fé que norteia todos os negócios, fatos e atos jurídicos civis, é de suma importância para não somente a verificação dos requisitos de validade dos negócios jurídicos, mas também, para que possa verificar se o que fora tratado em sede de negociação é pautado e resguardado pela sua boa-fé (BRANDÃO, 2015).

Leva-se em conta ainda que de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (GONÇALVES, 2018).

Se presume, portanto, que a cooperação, como dever imposto aos sujeitos do processo, também pressupõe uma harmoniosa sintonia na prática de atos processuais, os quais devem ser realizados sempre sob o signo da boa-fé (WAMBIER et al., 2015).

Para Godoy (2015) no mesmo parâmetro de que os negócios jurídicos processuais foram tutelados a partir do direito material é notório que a boa-fé, como pressuposto aos negócios jurídicos, foi abrangida pelo direito processual, ainda mais no do Código de Processo Civil de 2015.

Nessa égide, resta expressamente claro que com o advento do Código de Processo Civil de 2015 houve a tutela expressa da boa-fé para a realização dos negócios jurídicos processuais, vez que a boa-fé, mesmo que não disciplinada de forma expressa, já deveria ser resguardada para todo o negócio jurídico onde quer que esteja situado (GODOY, 2015).

Atualmente, o modelo processual busca conferir às partes uma porção do protagonismo nos negócios processuais jurídicos, dando-lhes certo empoderamento. Segundo o CNJ-Conselho Nacional de Justiça (2016), "Empoderamento é a tradução do termo em inglês empowerment e significa a busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos".

No empoderamento das partes nos negócios jurídicos processuais para Barreiros (2016) as partes tornam-se mais aptas a examinar as questões, negociar com a parte contrária e, sobretudo, preparadas para lidar não apenas com uma situação semelhante, mas também possíveis futuras controvérsias acerca de temas diversos.

Contudo, configura-se nesse âmbito que a complexidade dos atos sociais dentro da dinâmica dos negócios jurídicos processuais atípicos, dá ensejo a conflitos cada vez mais específicos e singulares (CABRAL, 2016).

Mesmo porque a relação jurídica processual se constitui por meio da reunião de diversos cenários processuais que possuem como intérpretes as partes, os serventuários, o juiz e os auxiliares do juízo. E no negócio processual atípico, as partes podem definir deveres processuais e sanções para o caso de seu descumprimento.

Para Marinoni (2015), sobre o negócio jurídico processual formalizado antes da ocorrência do processo, é possível consignar que o jurisdicionado poderá moldar o procedimento como bem entender, salvo no que tange às disposições do magistrado quanto aos seus poderes, sendo que o Poder Judiciário não pode suportar disciplinas de particulares em seu modo de agir e pensar.

É preciso compreender, todavia, que CPC (2015), ao permitir as negociações processuais atípicas, o fez em relação a mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa ou em relação aos "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes.

Nesse âmbito, considera-se que não é possível que as partes, sozinhas, negociem mudanças relativas aos poderes e deveres do órgão

juiz. Isto porque tais poderes e deveres não parecem estar compreendidos na expressão "mudanças no procedimento", cujas especificidades dizem respeito à organização dos atos processuais, e não às regras gerais do processo (TAVARES, 2017).

Nesse contexto:

O princípio do empoderamento estabelece a necessidade de haver um componente educativo no desenvolvimento do processo auto compositivo que possa ser utilizado pelas partes em suas relações futuras. Considerando que o mediador estabelece uma relação com as partes de modo a estimular a comunicação, espera-se em razão do princípio do empoderamento que, após uma adequada autocomposição, as partes tenham aprendido, ainda que parcialmente, algum conjunto de técnicas de negociação e aperfeiçoado as suas formas de comunicação tornando-a mais eficiente inclusive em outros contextos com a reinclusão de novos processos auto compositivos em modernos sistemas processuais, estes passaram a incorporar novos escopos, como a capacitação ou empoderamento das partes e também educação sobre técnicas de negociação e resolução de conflitos para que as partes em disputa possam, cada vez mais, por si mesmas compor parte de seus futuros conflitos (CNJ, 2016, p. 22).

Ademais, o Código Processual Civil (2015) prevê ainda os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Tal artigo especifica os princípios em seus parágrafos, conforme seguem: A confidencialidade, que se estende a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos

ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (BRASIL, 2015)

Em relevância a esse assunto, menciona ainda o caput do art. 190 do CPC que as partes sejam plenamente capazes para que possam celebrar os negócios processuais atípicos, mas não esclarece a que capacidade se refere.

Respectivamente com esta significativa ampliação do objeto que pode ser negociado pelas partes no bojo de um negócio jurídico processual, surgem questionamentos acerca dos limites de atuação dos sujeitos processuais, inclusive do papel do magistrado perante estas convenções. Nesse contexto:

Uma das questões mais polêmicas é a possibilidade de os negociantes decidirem pela vedação do uso e produção de determinadas provas, não sendo possível então que o juiz aprecie ou exija a produção destas provas em atenção ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade (GONÇALVES, 2018, p. 231).

Ainda na doutrina, destacam-se posições de doutrinadores que apoiam que há determinadas inconstitucionalidades transpondo alguns negócios jurídicos processuais, algumas questões sobre as quais as partes não poderiam dispor por sua manifestação de vontade, já que supostamente seriam inerentes ao caráter publicístico do fenômeno processual e, em última linha, da própria jurisdição (CABRAL, 2016).

Para Nogueira (2016), os defensores dos negócios jurídicos processuais, pela necessidade de liberdade negocial no processo e pela participação das partes na escolha do procedimento e de alguns de seus efeitos, como forma de construção de um processo mais democrático, com embasamento nos desígnios do princípio do respeito ao autorregramento da vontade.

Ainda sobre a liberdade negocial, o sujeito pode selecionar uma categoria jurídica que considera eficaz, já definida previamente pelo sistema jurídico ou estabelecer, dentro dos limites fixados no ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais ou alteração do procedimento (BARREIROS, 2016).

É importante citar que no próprio processo como forma de tornar as partes cientes do seu poder de negociação e dos seus reais interesses com relação à disputa em questão. Nesse sentido, o empoderamento evidencia que a parte descubra, a partir das técnicas aplicadas no processo, que tem a capacidade ou poder de administrar seus próprios conflitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apontou que eis o novo desafio da doutrina e da jurisprudência em nosso país: a partir de um ambiente quase desértico a respeito das negociações processuais, marcado pelo paternalismo estatal e pela rigidez procedimental, conformar, de maneira responsável, um novo caminho criado pela legislação, caracterizado pela autonomia e pelo empoderamento das partes.

Os assuntos elencados na pesquisa aclararam como o Novo Código Processual Civil de 2015 no seu artigo 190 aborda a questão do empoderamento das partes. Outro exemplo obtido por meio do estudo é que o próprio artigo 190 do CPC permite às partes celebrarem negócios jurídicos processuais, ou seja, definirem como será o rito processual de determinada demanda judicial.

Ficou estabelecido, assim, que a tão valiosa autonomia da vontade das partes no âmbito dos negócios jurídicos processuais ficará adstrita ao controle do Poder Judiciário, pois consoante dispõe o parágrafo único do Artigo 190 “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Ressalta-se nesse contexto que o legislador, ao elaborar novo código de processo civil (CPC 2015), valorizou de forma inédita a autonomia da

vontade das partes. A exemplo do prazo para contestação, que só se inicia após a audiência de autocomposição, nos casos em que as partes optam pela audiência. Inclusive o próprio Conselho Nacional de Justiça instituiu as centrais de conciliação, no intuito de resolver as demandas judiciais de forma consensual, nesse sentido o empoderamento da vontade das partes pode ser visto de diversas formas.

Em suma, tornou-se perceptível que o empoderamento da vontade das partes, obtido com o Código de Processo Civil de 2015, busca alcançar a tão valiosa efetividade na prestação da tutela jurisdicional, sobretudo ao notar que tem como base a aplicabilidade do princípio da celeridade processual.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: entre publicismo e privatismo**. Tese de Livre docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Privado. Revista dos Tribunais, vol. 64/2015, p. 219-259, Out-Dez/2015.

CARVALHO, Samantha de Araújo. **Análise crítica acerca do negócio processual para renúncia de determinadas provas: uma (des) necessidade de participação do juiz?** Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 78-92, jan./abr. 2017.

DIDIER JR., Fredie; **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODOY, Sandro Marcos. **Negócios jurídicos processuais**. Encontro de iniciação científica, Toledo, 2018.

HATOUM, NidaSaleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. **Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, p.242-278, dez. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Hercília Maria Fonseca. **Cláusula Geral de Negociação Processual: um novo paradigma democrático no processo cooperativo**. São Cristóvão, 2017. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4374/1/hercilia_maria_fonseca_lima.pdf. Acesso em Out: 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas**

processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo. Revista dos Tribunais, vol. 264/2017.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais nonovo código de processo civil: aspectos teóricos e práticos.** São Paulo: Editora revista dos tribunais LTDA. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOTA:

[1] Dra. Karine Alves Gonçalves Mota. Professora e Orientadora da Faculdade Serra do Carmo – Fasec.

UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO REGISTRO DE UNIÕES POLIAFETIVAS NO BRASIL

TAYNA ALVES DE ANDRADE: Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE.

WÂNIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como tema a questão da constitucionalidade do reconhecimento das uniões poliafetivas sob a ótica do ordenamento brasileiro, no qual se busca compreender a real necessidade de conferir a tais relações regulamentação própria, reconhecendo-as como situações de fato dentro da sociedade. Quando se fala em relação poliafetiva, é importante diferencia-la das relações de concubinato às quais são constituídas por pessoas impedidas de casar, sem haver entre tais pessoas as ideias de honestidade de transparência que permeiam as relações poliafetivas. Na hipótese de se reconhecer o registro de tais uniões nos Tabelionatos de Notas deverão ser observados os impactos sociais decorrentes de tal permissão e as condições em que se encontram a sociedade que vai reconhecer tal regulamentação. A metodologia aplicada foi a bibliografia, tendo como técnica aplicada a coleta de dados em documentos escritos, como doutrinas, jurisprudências, leis, sendo realizada em caráter explicativo e exploratório.

Palavras-chave: Casamento, União Estável, Poliamorismo, Concubinato.

ABSTRACT: The office has as its theme the constitutionality of the recognition of the polaustrativos informants from the point of view of the Brazilian organization, there is no way to find an opportunity to give a suffi^[2]cient power of retribution, recognizing them as actual occurrences within the society. When it comes to the polyphoretic, it is important to differentiate between concubinage relations and people who are not married, without those with ideas of honesty of transparency that permeate police relations. The case of the recognition of recordings in the table should be observed the providing certificates in the cancellation has not been the status in the risk is the such stan is such as sneakers are such the

tao is not such sort. Applied methodology was a bibliography, based on a collection of data in written documents, such as doctrines, jurisprudence, laws, being carried out in an explanatory and exploratory character.

Keywords: marriage, stable union, polyamorism, concubinage

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos Históricos da Origem e Evolução do Conceito de Família. 3. Casamento e União Estável. 4. O Poliamor. 4.1 Diferença Entre União Poliafetiva e Concubinato. 5. Família, Moral e Ética. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade do registro de uniões poliafetivas no Brasil, abordando os delineamentos históricos da origem da família e do casamento até chegar ao modelo atual de família, o qual vem sendo aceito e regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para que seja possível abordar tal questão é necessário um estudo acerca da evolução de conceitos empregados no direito de família, observando os aspectos que influenciaram as alterações dentro dos modelos familiares e no casamento, partindo-se uma sociedade brasileira patriarcal, influenciada pelos modelos de família, romana, germânica e canônica, até se chegar ao momento histórico em que foi reconhecida a igualdade entre homens e mulheres e o seu direito de dissolver o matrimônio por sua livre vontade.

Além disso, é importante tecer considerações acerca da das alterações conferidas por leis esparsas posteriores ao Código Civil de 1916, que serviram de base para a aprovação do Código Civil de 2002 e das inúmeras inovações trazidas pela Constituição Federal, quando de sua promulgação em 1988, trazendo numerosas alterações ao Direito de Família Brasileiro.

Faz-se mister diferenciar alguns institutos tais como o concubinato e o poliamorismo, os quais tem em sua essência características

completamente distintas e de grande importância para conferir ao poliamorismo um tratamento diferenciado, posto que pressupõe honestidade e transparência entre as pessoas que compõem tal união.

Este tema carrega consigo imensa responsabilidade, uma vez que tal temática chega a confrontar-se com preceitos de ordem moral e religiosa que informaram a sociedade e o Direito de Família, desde a formação das primeiras entidades familiares, às quais, inicialmente, se constituíam por meio da união de pessoas que não repousava na necessidade de procriação ou de afeto, mas com enfoque na religião e nos cultos praticados.

Demais disso, será analisada a decisão do Conselho Nacional de Justiça (PP 0001459-08.2016.2.00.0000) cuja maioria dos votos de seus Conselheiros conferiram a impossibilidade de os Tabelionatos de Notas brasileiros realizarem a escritura pública de relações poliafetivas, abordando as controvérsias levantadas nos votos que ensejaram tal decisão.

Diante disso, busca-se compreender a necessidade de proteção jurídica a tal forma de convivência, uma vez que amplamente relacionado a questões patrimoniais e afetivas que, já são conferidas a outras formas de se estabelecer uniões, às quais lentamente foram surgindo dentro da sociedade e ganhando espaço até surgir a real necessidade de regulamentação.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A evolução do conceito de família ao longo do tempo teve grande importância para a garantia dos valores constitucionais atualmente reconhecidos, tais como a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, sobretudo quando se verifica o reconhecimento de modelos familiares que não condizem com aquele inicialmente reconhecido com exclusividade pelo Direito Civil Brasileiro.

Segundo Pereira (2018), existem duas linhas de pensamento seguidas pelos autores que procuraram investigar a origem e formação da família: a primeira baseada em um tipo familiar “matriarcal” e “poliândrico”

e a segunda relativa a um modelo “patriarcal” e “monogâmico”, o qual em sua visão seria mais racional e aceitável, uma vez que este considera ser bastante improvável reconhecer a existência de um tipo familiar em que a mulher estaria reservada à direção lar, conforme relatos de Engels (1984), que traz a ideia de organização matriarcal da família em um primeiro momento histórico.

A segunda linha de pensamento explanada por Pereira (2018), abordava uma promiscuidade anterior à existência de um tipo familiar “poliândrico”, que teria como base a presença de vários homens para uma só mulher ou, ainda, de matrimônios em grupos de alguns homens com algumas mulheres. Essa corrente foi reconhecida por outros doutrinadores que tomaram por base, dentre outros, os escritos de Morgan (1877) e Engels (1984).

Assim, nas palavras de Paulo Nader:

Cogita-se, embora sem rigor científico, do matriarcado como sistema social primitivo, que existira após uma fase de promiscuidade social e antes do patriarcado. Em tal regime, o governo familiar teria sido exercido pela mulher. Por ela se registrava a descendência e a sucessão. A ideia prevalente entre os antropólogos e sociólogos, ao final do segundo milênio, era que o matriarcado como fenômeno social generalizado não chegou a se institucionalizar. Dentro do matriarcado teria havido tanto a poliandria (vários homens para uma mulher) como a monogamia, fase em que a mulher se unia apenas a um homem. (NADER, Paulo, Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 3).

Em sua obra “A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, *Friedrich Engels* dedica um capítulo específico aos aspectos da origem e evolução dos conceitos de família e parentesco, através dos resultados obtidos nas investigações de Lewis. H. Morgan, juntamente com dados adquiridos por ele mesmo.

Ao descrever as formas de se estabelecer uma família baseada no sistema de consanguinidade observado por Lewis. H. Morgan, entre os iroqueses, na tribo dos senekas, Engels (1984) destacava a existência de contradições entre aquilo que pregava o sistema de consanguinidade vigente e os reais vínculos de família estabelecidos pelos integrantes da tribo, senão vejamos:

Encontramo-nos frente a uma série de formas de família que estão em contradição direta com as até agora admitidas como únicas válidas. A concepção tradicional conhece apenas a monogamia, ao lado da poligamia de um homem e talvez da poligamia de uma mulher, silenciando – como convém ao filisteu moralizante – sobre o fato de que, na prática, aquelas barreiras impostas pela sociedade oficial são tácita e inescrupulosamente transgredidas. (ENGELS, Friedrich, A Origem da Família, da Propriedade e do Estado, 9ª. Ed., Editora Civilização Brasileira – 1984, p. 31)

Apesar de a existência de um modelo familiar matriarcal ser questão controvertida entre os doutrinadores que se dispuseram a abordar tal assunto, o fato é que Engels (1984), observou, desde os primórdios, a existência de formações familiares cujo comportamento não condizia com aquilo que pregava o sistema de parentesco consanguíneo admitido pela tribo.

Comparando tal aspecto primitivo com aquilo que se tem na sociedade atual, verifica-se também a existência de práticas quotidianas em total descompasso com aquilo se espera do ser humano, do ponto de vista da moral e, até mesmo religioso, às quais muito embora não sejam unanimemente aceitas pela sociedade, fazem parte de uma realidade à qual não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico.

No Brasil, dois fatores que influenciaram fortemente a formação da família foram a religião e o patrimonialismo, os quais foram gradativamente substituídos, ao passo em que sociedade evoluiu, sendo estabelecidos novos princípios informadores ao Direito de Família, consoante aduz Andrade (2014):

Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados durante o regime militar. No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo passamos para um novo modelo que prima pelo resguardo da dignidade da pessoa humana. O binômio individual-patrimonial é substituído pelo coletivo-social (Andrade, 2014, p. 08).

Segundo Gonçalves (2017), a família brasileira sofreu influência das famílias romana, germânica e canônica, esta última principalmente devido ao processo de colonização sofrido pelo Brasil. Assim, conforme pregavam os canonistas, durante a Idade Média, reconhecia-se, no Brasil, exclusivamente o casamento religioso como forma de estabelecer uma relação familiar. Da mesma forma, observa-se bastante influência da família romana, com as ideias de pátrio poder e das relações patrimoniais entre cônjuges.

Registre-se que, conforme prescreve Nader (2016, p. 4), na antiga organização greco-romana “Os fundamentos da família não estavam na geração de filhos, nem no afeto; repousavam na religião do lar e no culto que se praticava”, além disso, prevalecia a família patriarcal à qual “se caracteriza pela concentração exclusiva de poderes nas mãos do marido, tanto em relação à esposa quanto aos filhos”.

Com efeito, o Código Civil de 1916 trazia em seu bojo um tipo familiar constituído exclusivamente pelo casamento, de forma que:

A impossibilidade de outro casamento, decorrente da indissolubilidade do vínculo matrimonial, induzia os descasados à recomposição familiar mediante uniões livres. Tanto as famílias assim formadas quanto a nova

prole eram consideradas ilegítimas e se mantinham à margem da proteção estatal. (Nader, 2016, p. 44).

Todavia, em razão das mudanças sociais que se dissipavam na época, diversas leis esparsas foram surgindo e, assim, trazendo lentas alterações ao direito de família, a exemplo da Lei n.º 4.121 de 27 de agosto de 1962, que passou a estabelecer que o pátrio poder seria exercido pelo marido em colaboração com a mulher; da EC n.º 09 de 28 de julho de 1977, que passou a admitir a dissolução do casamento nos casos previstos em lei; e da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.015/77), que aboliu definitivamente a indissolubilidade do matrimônio. Até que, finalmente, com a promulgação da Constituição da República de 1988, foi possível aprovar o Código Civil de 2002.

Posto isso, passou-se a reconhecer a igualdade entre cônjuges (art. 1.511, CC/2002), a ampliar o conceito de família, por meio da regulamentação da união estável com entidade familiar, e a reafirmar a igualdade entre os filhos em direitos e qualificações, modificações estas que, posteriormente, foram essenciais ao reconhecimento de outros tipos de formações familiares.

Atualmente, vários são os tipos familiares reconhecidos e tutelados pelo Direito Brasileiro. Flavio Tartuce (2017, p. 35), ao tratar de tal matéria, elenca a existência de diversos tipos de famílias tais como a família matrimonial, constituída através do casamento; a família informal, decorrente da união estável; a família homoafetiva, formada por pessoas do mesmo sexo, às quais os Tribunais Superiores, inclusive, já reconheceram o direito ao casamento; a família monoparental, formada pelo vínculo entre um dos genitores e seus filhos, a família anaparental, decorrente da convivência entre parentes ou entre pessoas sem nenhum parentesco, desde que dentro de uma estruturação com identidade e propósito e a família eudemonista, constituída apenas pelo vínculo de afetividade.

Assim, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro não somente deixou de reconhecer o casamento como forma exclusiva de se constituir uma família guarnecida pela proteção estatal, como também passou a reconhecer a formação de famílias por meio de laços afetivos, de

forma que o conceito de tal instituição, hoje, vai muito além dos preceitos constitucionais.

3. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

O casamento, assim como os demais institutos do Direito de Família brasileiro, passou por diversas alterações ao longo da história, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que possibilitou a edição do Código Civil de 2002. Ressalte-se que, antes disso, uniões não consagradas pelo casamento eram consideradas ilegítimas (Nader, 2016, p. 44), o que não mais se verifica na sociedade brasileira.

Observe-se que, atualmente, em que pese ainda possuir bastante importância no meio jurídico, o casamento não constitui mais a única forma de conceder às pessoas direitos decorrentes da formalização de uma união, tendo em vista que se passou a conceder proteção estatal também àqueles que convivem em união estável.

Com o advento do Código Civil de 2002, introduziu-se em tal diploma um título exclusivo para tratar da União Estável. Assim, o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro passou a reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, atribuindo à união estável os mesmos impedimentos do casamento previstos no art. 1.521 do Código Civil Brasileiro.

Conforme aduz Gonçalves (2016, p. 18, 19),

Embora a família continue a ser a base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não mais se origina apenas do casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Além do mais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e a ADI n. 4.277/DF conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002, interpretação em conformidade com a Constituição Federal, excluindo-se do dispositivo legal todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Assim, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O casamento, em síntese apertada, não é a finalidade e o objetivo central da vida das pessoas humanas. Casar, ou não, é circunstância relacionada à opção pessoal. Nada mais. Assim, casando, ou não, a pessoa humana merecerá, sempre, a mesma proteção. Optando pela via formal e solene do casamento, por igual estará protegida e as normas do casamento adaptadas para realçar a sua dignidade, igualdade substancial e liberdade, além de estabelecer um elo solidário entre cada um dos cônjuges - que, nesse novo panorama, de fato, pode ser chamado de com sorte. (Rosenvald e Chaves, 2017, p. 172).

Portanto, na conjuntura atual brasileira, o casamento não mais constitui maneira exclusiva de se atribuir a proteção estatal às pessoas que se unem como o intuito de constituir uma família.

4. O POLIAMOR

O poliamor pode ser conceituado como uma forma de relacionamento não monogâmico que apresenta como características peculiares a honestidade e consenso entre os envolvidos, já que, nas palavras de Dias (2016, p. 454 e 455), se trata de uma interação recíproca em que “todos os envolvidos sabem da existência das outras relações, compartilhando muitas vezes entre si o afeto”.

A temática acerca do reconhecimento do poliamor ganhou conhecimento notório no Brasil, em 2012, quando um trio, formado por um

homem e duas mulheres, decidiu oficializar sua união, por meio da escritura pública declaratória de união poliafetiva, na cidade de São Paulo-SP.

A esse respeito de tal fato aduz Madaleno (2018), que

Em tempos de exaltação do afeto como condição de formação do núcleo familiar, a relação amorosa triangular é denominada de união poliafetiva, e tantas outras pode se supor que existam neste imenso território brasileiro, mas que ainda não decidiram sair do armário, para tomar emprestada uma expressão que teve enorme influência no movimento social que resultou na aclamação jurídica da união homoafetiva. Deste armário saiu pioneiramente este trio de São Paulo, que decidiu oficializar sua relação afetiva e enfrentar o dogma da monogamia, consignando a existência de uma união afetiva entre um homem e duas mulheres que afirmam viverem em harmônica coabitação em uma única moradia, não se confundindo nesse aspecto com uma família paralela, na qual um homem, em regra, vive ao mesmo tempo com duas mulheres, mas em residências distintas". (MADALENO, 2018, p. 25, 26).

Registre-se que o Cartório de Notas de São Vicente, o Tabelionato de Notas e de Protesto de Letras e Títulos de Tupã e o 15º Tabelionato de Notas do Rio de Janeiro vinham lavrando escrituras públicas de uniões poliafetivas. Logo, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ suspendeu o registro de tais uniões, até 29 de junho de 2018, data em que foi proferida decisão, nos autos do Pedido de Providências n.º 0001459-08.2016.2.00.0000, que proibiu, definitivamente, os cartórios de registrarem uniões poliafetivas

Em síntese, sustentou-se a inconstitucionalidade da lavratura de escritura pública de "união poliafetiva", devido à suposta ausência de eficácia jurídica e violação dos princípios familiares básicos, das regras

constitucionais sobre família, da dignidade da pessoa humana, das leis civis e da moral e dos costumes brasileiros.

Entretanto, é possível observar a existência de entendimentos contrários ao que se proferiu pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sobretudo pela análise questão da exclusão que decorre de tal decisão, à qual coloca pessoas em um cenário de exclusão.

Ao tratar do pluralismo das entidades familiares, prescreve Dias (2016, p. 54), que

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é afrontar a ética, é ser conivente com a injustiça.

Da mesma maneira, quanto à alegada afronta aos princípios e regras constitucionais, é imperioso conceder desque aos princípios da monogamia e da lealdade, sobre os quais não se deve cometer o equívoco de considerá-los como óbces à constitucionalidade do registro de uniões poliafetivas no Brasil, tanto porque o princípio da monogamia não é um princípio constitucional, uma vez que não contemplado pela Constituição Federal, como pelo fato de que inexistente a falta de lealdade em tais relações, posto que são baseadas no consentimento de seus integrantes.

Neste ponto, é importante destacar que, aqui, não se discute a caracterização da “união poliafetiva” como entidade familiar, mas, sim, a legalidade de seu registro em atenção aos princípios da liberdade, igualdade, não intervenção estatal na vida privada, não hierarquização das formas constituídas de família e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 DIFERENÇA ENTRE UNIÃO POLIAFETIVA E CONCUBINATO

Conforme relatado, até o advento da Constituição Federal e do Código Civil de 2002 não se cogitava o reconhecimento de qualquer forma

de entidade familiar, senão aquela estabelecida pela união indissolúvel, constituída pelo casamento.

Todavia, já se pensava na ideia de reconhecimento de direitos às relações às quais, muito embora não estivessem em harmonia com os preceitos legais, mereciam atenção em relação à possibilidade de atribuição de determinados direitos, os quais anteriormente somente poderiam ser garantidos àqueles que integrassem uma família legítima.

Assim, as relações paralelas, conhecidas como concubinato, foram ganhando seu espaço próprio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo pelas decisões dos Tribunais brasileiros, a exemplo do que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.369.914:

Esta eg. Corte já se posicionou sobre a possibilidade de partilha de pensão entre a viúva e a concubina, mesmo que não haja separação de fato da esposa. Deve, no entanto, restar comprovado que a concubina mantinha uma união estável (convivência duradoura, pública e contínua) com o falecido. (STJ, 2018).

Corroborando com tal pensamento, Gagliano (2017) afirma que o reconhecimento do concubinato como fato capaz de produzir efeitos jurídicos, foi consequência de uma construção jurisprudencial, o que se verifica pela edição da Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal (em Sessão Plenária de 3-4-1964), com a seguinte redação: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Observe-se que o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.727, prescreve que "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato". Assim, conclui-se que o concubinato decorre da existência de uniões paralelas formadas por indivíduos impedidos de constituir matrimônio ou união estável.

Por outro lado, ao tratar do poliamorismo, Rolf Madaleno (2013, p. 26) aduz que

Esta é a família poliafetiva, integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infieis quando homens e mulheres convivem abertamente relações afetivas envolvendo mais de duas pessoas.

Destarte, verifica-se que o conceito do poliamor é diferente do concubinato na medida em que, na poliafetividade, verificam-se “relações concomitantes, com a ciência e consentimento dos envolvidos, que procura ser estável. Pressupõe a honestidade e a transparência, enquanto essas premissas não estão necessariamente presentes no concubinato” (A Possibilidade do Poliamorismo Enquanto Direito Personalíssimo e a Ausência de Regulamentação no Direito Brasileiro, 2015, n.p.).

Seguindo o raciocínio de (Dias, 2016, p. 454, 455), “quando o vínculo de convivência de mais de duas pessoas acontece sob o mesmo teto, não é possível se chamar de união paralela, no sentido mesmo da palavra”, sendo esta a principal diferença entre união poliafetiva e o concubinato.

Portanto, é importante pontuar que o concubinato está intimamente ligado à existência de uniões paralelas e desleais, diferentemente da união poliafetiva que se constitui através da honestidade, transparência e consentimento entre seus envolvidos.

5. FAMÍLIA, MORAL E ÉTICA

Em razão do modelo convencional de família, adotado pelo Brasil, o qual seguiu os padrões estabelecidos pela moral conservadora, o

Direito de Família continua sendo o ramo mais influenciado pelos ideais morais e religiosos, mesmo após a separação entre Estado e Igreja.

Nas palavras de Dias (2016, p. 70):

O parlamentar, refugiando-se em preconceitos religiosos, transforma-se no grande ditador. Prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade conservadora. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrade o eleitorado e garante sua reeleição. Por este motivo é que restam à margem da lei situações que são alvo do repúdio social ou dizem com as minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como "normal" é tido por inexistente.

Nesse sentido, importa destacar que muitas injustiças foram cometidas em nome da moral, o que ensejou a criação de movimentos sociais contrários à discriminação conferida a grupos que, por não terem o privilégio da aceitabilidade social, foram tidos como inexistentes, durante boa parte da história. Registre-se que somente ultrapassando algumas das barreiras estabelecidas por valores morais, é que o Direito atual conseguiu, em em algumas situações, o alcance aos ideais de justiça e igualdade.

Assim, necessário se faz trazer a distinção entre a ética e a moral, às quais nas palavras de Dias (2016, p. 68)

Costuma-se definir moral como normas estabelecidas e aceitas segundo o consenso individual e coletivo. Tem função essencial à sociedade e manifesta-se desde que o homem existe como ser social. Dispõe de caráter mais pessoal, pois exige fidelidade aos próprios pensamentos e convicções íntimas. Ética representa o estudo dos padrões morais já estabelecidos. É reconhecida como a ciência da moral,

ou seja, o estudo dos deveres e obrigações do indivíduo e da sociedade.

Observe-se que, através dos conceitos estabelecidos por Dias (2016, p. 68, 69), verifica-se que a moral se mostra muito mais ligada ao campo do subjetivismo, enquanto a ética procura realizar um estudo fundamentado dos valores morais que orientam o comportamento humano em sociedade, de forma que “o direito não pode afastar-se da ética, sob pena de perder efetividade”.

Verifica-se, pois, que o Direito, em que pese basear-se nos valores morais enraizados na sociedade brasileira, deve ter como fim principal o alcance da justiça, não atendendo somente àqueles cujas condutas sejam socialmente aceitas, mas alcançando a todos, em observância às particularidades de cada grupo, não submetendo ninguém a cenários de exclusão ou invisibilidade jurídica.

Corroborando com tal entendimento, Reale (1999), afirma que:

Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como uma unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos. (REALE, 1999, p. 701)

[...]

Vê-se, pois, que o conceito do Direito implica, outrossim, o elemento do Poder (donde dizermos que é uma realidade ordenada, ou, por outras palavras, uma ordenação) assim como o de sociedade: é o Direito vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência. Temos, assim, de maneira geral, a sociedade como condição do Direito, a Justiça como

fim último, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o Poder como garantia de sua atualização. (REALE, 1999, p. 703).

Assim, com relação, às formas de convivência e união estabelecidas pelo homem, principalmente, no que se refere às relações baseadas na honestidade, transparência e consentimento entre seus envolvidos, não é coerente que o ordenamento jurídico ignore tais situações, visto que estas continuarão a existir no plano fático, sendo constantemente objeto de indagações no meio jurídico, posto que, por força do art. 140 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ora mencionado, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ proibiu os cartórios de realizarem a lavratura de escrituras públicas de “uniões poliafetivas” no Brasil, levantando como um de seus argumentos a suposta ausência de eficácia jurídica e violação dos princípios familiares básicos, das regras constitucionais sobre família, da dignidade da pessoa humana, das leis civis e da moral e dos costumes brasileiros.

Anteriormente à proibição definitiva de tal registro, as Corregedorias dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, foram intimadas a se manifestar acerca do Pedido de Providências n.º 0001459-08.2016.2.00.0000. Assim, informaram que o ato praticado tem natureza meramente declaratória e não constitutiva de direitos, de forma que o registro de tais uniões não significa o reconhecimento por parte do ordenamento jurídico ou a equiparação de tais uniões aos efeitos do casamento civil. Além disso, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) trouxe a alegação de que a Constituição Federal não apresenta rol taxativo acerca das formas de constituição de família, posto que “estende sua tutela a qualquer família, sem cláusula de exclusão nem de hierarquia”.

A respeito de tal temática, é importante destacar, primeiramente, a autonomia e independência da atividade notarial no Brasil. Registre-se que a tarefa do notário, conforme o art. 6º da Lei n. 8.935/1994, é “formalizar juridicamente a vontade das partes e intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo”.

Dessa forma, oficializar uma união pela escritura pública de um vínculo poliafetivo, não implica declarar como casados os integrantes de uma relação de poliamor, posto que somente o Poder Judiciário poderia reconhecer efeitos jurídicos aos contratos de tais uniões, tendo a escritura efeito meramente declaratório, prestando-se apenas como prova de uma convivência triangular, por exemplo.

Com relação aos princípios do Direito de Família, não se verifica qualquer afronta que possa considerar inconstitucional a lavratura de tal registro, inclusive, tendo-se em vista o Princípio da Monogamia, posto que este sequer fora contemplado pela Constituição Federal e, portanto, deve ser ponderado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outra questão debatida, seria a proibição legal acerca do estabelecimento de uniões paralelas ou, até mesmo da bigamia, porém, conforme já explicado, o registro da união poliafetiva não se trata de casamento e, portanto, não há que se falar em bigamia, a não ser que um de seus integrantes tenham contraído matrimônio com mais de uma pessoa ou possua registro de união estável com mais de uma pessoa; do contrário, nada impede que três pessoas, sem qualquer impedimento legal, constituam uma união, seja ela regulamentada ou não pelo ordenamento jurídico.

Da mesma forma, não se confunde a união poliafetiva com as uniões paralelas, às quais dão ensejo concubinado-adulterino, posto não se tratar da hipótese em que uma pessoa vive ao mesmo tempo com outras suas, em residências distintas, mas de uma união em que mais de duas

pessoas, com o consentimento de todas, se relacionam e compartilham do mesmo afeto, residindo conjuntamente.

Para finalizar, ainda que não seja o objetivo do presente artigo discorrer acerca do reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, é importante destacar as palavras do Ministro Luiz Fux no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277:

“O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional”.

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade na lavratura de escritura pública de vínculo poliafetivo, uma vez que inexistente qualquer afronta aos dispositivos previstos na Constituição da República, tendo em vista que tal escritura pública tem caráter exclusivamente declaratório, de constituição de prova, não conferindo a essas uniões a equiparação ao casamento. A par disso, não se verifica nenhum impedimento legal à realização de tal registro pelos cartórios brasileiros.

7. BIBLIOGRAFIA

PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004, Instituições de direito civil: direito de família / Caio Mario da Silva Pereira. – 26. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. I

ENGELS, Friedrich, A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

MORGAN, Lewis Henry. Sociedade Antiga ou investigações sobre as linhas do progresso humano desde a selvageria, através da barbárie, até a civilização. In: CASTRO, Celso. Evolucionismo Cultural. Rio de Janeiro: Ed. Expresso Zahar, 2005.

ANDRADE, Kátia Regina Ferreira Lobo. Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo, Curso de Direito Civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. v. VI. São Paulo: Atlas, 2016

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: Direito de Família/ Flávio Tartuce. – 12 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MADALENO, R. (2018). Direito de Família (8. ed.). Rio de Janeiro: Forense.

REALE, Miguel, 1910-2006. Filosofia do direito / Miguel Reale. - 19. ed. - São Paulo Saraiva, 1999.

STJ. (2018 de Setembro de 2018). RECURSO ESPECIAL: REsp 1369914 CE 2013/0050967-0. Relator: Ministro OG FERNANDES. DJ: 10/09/2018 . Acesso em 22 de Outubro de 2018, disponível em JusBrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/623430873/recurso-especial-resp-1369914-ce-2013-0050967-0?ref=serp>

(2015). A possibilidade do Poliamorismo Enquanto Direito Personalíssimo e a Ausência de Regulamentação no Direito Brasileiro. Dissertação de Mestrado (Dissertação em Direito Constitucional) – UFC. Minas Gerais: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva.

NOTA:

[1] Graduada em Direito e Especialista em Direito Empresarial.

CONTEXTUALIZANDO UMA ABORDAGEM SOBRE O MODO HUMANIZADO DE INTERVENÇÃO EM SAÚDE: O CASO DO MUNICÍPIO DE DORMENTES/PE

MARIA DO ROSÁRIO HELENA DE MACEDO COELHO: Acadêmica do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE

WÂNIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO
(Orientadora)³

RESUMO: O presente artigo busca contextualizar a partir das análises das percepções dos usuários e gestores da rede pública de saúde, do município de Dormentes/PE, no tocante a humanização do atendimento. Ressalta-se que os debates sobre a humanização têm sido frequentes e motivo de construção de um documento intitulado “Política Nacional de Humanização”, que é formatado em 2003. Nisso, compreender os diferentes pontos de vista dos atores que se envolvem no sistema de saúde é necessário e se faz significativa nesta pesquisa dada a importância do tema para a adoção de políticas que visem à referida prática. A coleta de dados foi realizada através de pesquisa documental e entrevistas semiestruturada. Para a interpretação dos dados o estudo apoiou-se na técnica de Análise do Discurso, sendo que a operacionalização da análise dos textos serviu como norteador do debate. Os resultados são apresentados contextualizando as respostas dos diferentes investigados, sendo que nas considerações finais apontam-se as observações relativas às condições mínimas necessárias para que se consiga garantir aos usuários/cidadãos no *locus da pesquisa*, direitos básicos⁴.

Palavras-Chave: Contextualização. Saúde da Família. Humanização. SUS.

³ Advogada e Professora do Colegiado de Direito da FACAPE; E-mail: waniamedrado@yahoo.com.br.

⁴ Trabalho de Conclusão do Curso de Direito apresentado ao Colegiado de Direito, da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharela em Direito, em 2018.

ABSTRACT: This article seeks to contextualize from the analysis of the perceptions of users and managers of the public health network, in the municipality of Dormentes/PE, regarding the humanization of care. It is noteworthy that the debates about humanization have been frequent and reason for building a document entitled "National Humanization Policy", which is formatted in 2003. In this, to understand the different points of view of the actors that are involved in the health system is necessary and significant in this research given the importance of the theme for the adoption of policies aimed at the said practice. Data collection was done through documentary research and semistructured interviews. For the interpretation of the data the study was based on the Discourse Analysis technique, and the operationalization of the analysis of the texts served as the guiding principle of the debate. The results are presented contextualizing the answers of the different investigated, and the final considerations are the observations regarding the minimum conditions necessary to ensure that users / citizens at the base of the research, basic rights.

Keywords: Contextualization. Family Health. Humanization. SUS.

Sumário: 1. Introdução – 2. O Sistema Único de Saúde; 3. A Humanização enquanto Política Pública; 4. Gestão Humanizada em Saúde; 5. Material e Métodos; 5.1. Sujeitos da Pesquisa; 5.2. O *lócus* da Pesquisa; 6. Resultados e Discussão; 7. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS) carrega no seu cerne os princípios e diretrizes daquilo que poderia ser a grande política de humanização da assistência à saúde no país, garantindo acesso universal, gratuito e integral, retirando o caráter de mendicância e transformando a saúde em direito (RIZZOTO, 2002).

A Lei Orgânica nº 8.080/1990, regulamentadora do Sistema Único de Saúde (SUS), trouxe uma série de medidas que visavam à organização

dos serviços e mudanças no modelo assistencial que vigorava. A principal porta de entrada para estes serviços passou a ser a atual Estratégia de Saúde da Família, que confere reforços à Atenção Primária à Saúde e propõe a substituição da centralização e fragmentação da saúde pela universalização e descentralização. (HEIMANN et al., 2011).

A despeito da concretização de alguns acontecimentos no âmbito da saúde congruentes aos princípios norteadores e à descentralização da atenção e da gestão, o SUS ainda enfrenta uma série de problemas, conforme aponta (BRASIL, 2010a), destacando-se algumas necessidades, como: a) Qualificar o sistema de cogestão do SUS; b) Criar um sistema de saúde em rede, centrado no sujeito levando em conta suas diversidades cultural, econômica e social, que supere o isolamento dos serviços em níveis de atenção; c) Fortalecer e qualificar a atenção primária; d) Garantir recursos suficientes para o financiamento do SUS; e) Implantar diretrizes do acolhimento e da clínica ampliada; f) Fomentar estratégias de valorização do trabalhador e g) Incorporar de forma efetiva nas práticas de gestão e de atenção os direitos dos usuários da saúde. Todos esses problemas indicam a distância da proposta humanizada do SUS e a realidade de saúde no país.

Humanização é uma expressão de difícil conceituação, tendo em vista seu caráter subjetivo, complexo e multidimensional. Inserida no contexto da saúde, a humanização, muito mais que qualidade clínica dos profissionais, exige qualidade de comportamento. Deste modo, é possível dizer que humanização é um processo que se encontra em constante transformação e que sofre influências do contexto em que ocorre, só sendo promovida e submetida pelo próprio homem (SIMÕES et al., 2007).

De acordo com Fortes (2004), a humanização está relacionada a uma ética baseada na condição humana e nos ideais partilhados pelos homens, assim como a um conjunto de valores que fundamentam a

compreensão dos empreendimentos científicos e tecnológicos. Pode ser expressa pelo caráter e qualidade da atenção, levando em conta interesses, desejos e necessidades dos atores sociais implicados nesta área.

A sistematização de ideias com foco na humanização pode ser identificada na literatura brasileira desde meados do século XX, conforme observa Conceição (2009). Ainda na década de 1950, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros movimentos direcionados para a defesa o parto humanizado e à luta antimanicomial já evidenciavam a necessidade de humanização, ainda que de modo secundário.

De acordo com Luz (1991), o movimento de Reforma Sanitária contribuiu decisivamente com a ampliação das discussões sobre humanização. As reivindicações, conduzidas por diversos setores da sociedade civil, abordavam a necessidade de criação de um sistema que abrangesse toda a população, com a oferta de serviços de qualidade e que se desviassem do modelo “hospitalocêntrico”, culminando, inclusive, na criação do Sistema único de Saúde.

Neste contexto, a ampliação dos debates passou a se intensificar no final do século XX e início do século XXI, que conforme observa Conceição (2009), sendo este o período de implantação de ações isoladas que contribuíram para a expansão do termo, como a criação do Hospital Amigo da Criança, Humanização nas UTI’s Neonatais, Norma de atenção humanizada de recém-nascido de baixo peso (Método Canguru, Parto Humanizado, entre outras iniciativas). No ano 2000 foi institucionalizado pelo Ministério da Saúde (MS) o Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar (PNHAH) que propôs mudanças nos padrões de assistência aos usuários no ambiente hospitalar e em 2003, com a nova gestão do Ministério da Saúde, foi iniciada uma proposta que expandisse a

humanização para além do ambiente hospitalar, chamada de Política Nacional de Humanização (PNH) do SUS ou Humaniza/SUS, segundo (PESSINI et al., 2003).

A PNH se propõe a melhorar a qualidade da resposta assistencial e gerencial de todo o sistema de saúde e que configura projeto em construção, entendendo a humanização como uma transformação cultural. A política institucionalizada, conforme (BRASIL, 2010b) preza pela indissociabilidade entre os modos de produzir saúde e os modos de gerir os processos de trabalho, entre atenção e gestão, entre clínica e política, entre produção de saúde e produção de subjetividade. Neste sentido, (BENEVIDES e PASSOS, 2005) dirão que a PNH surge como proposta de mudar os modelos de atenção e gestão na saúde, reavaliando as práticas predominantes e direcionando o processo de produção de saúde para os usuários, garantindo os seus direitos.

De acordo com o Ministério da Saúde (BRASIL, 2013), a Política Nacional de Humanização (PNH) engloba a proposta de estímulo da comunicação entre gestores, trabalhadores e usuários do sistema de saúde, de modo que tais grupos atuem de forma integrada no que concerne aos processos de saúde, tendo como consequência um atendimento humanizado que preconize o compartilhamento de planos de ação para a promoção e disseminação de inovações no modo de se fazer saúde. Em suma, observa Teixeira (2005), "o desafio da humanização diz respeito à possibilidade de se constituir uma nova ordem relacional, pautada no reconhecimento da importância do diálogo".

Nesta perspectiva, Vieira (2009) ressalta que a gestão constitui um dos pilares de organização deste sistema, uma vez que possibilita a realização de planejamento, adoção de estratégias, além dos processos de avaliação, reavaliação, reajuste e monitoração das atividades realizadas.

Compete ainda dizer que a promoção de saúde deve se adequar às mais diferentes camadas e realidades sociais, uma vez que o indivíduo não deve ser visto de forma isolada do seu ambiente e contexto social, fato que prevê a adoção de medidas que se apliquem a cada realidade vivenciada.

Ante tantas expectativas tem-se o confronto com as práticas, como observa (CECCIM e MERHY, 2009), pois quando se analisa o atendimento aos usuários nos estabelecimentos de saúde, percebe-se a ausência de interação entre os sujeitos envolvidos, constituindo em um encontro frio, tecnicista, excessivamente objetivo, centrada em procedimentos, orientado pelo paradigma biologista, no qual as pessoas são tomadas por objetos, por um diagnóstico de doença, por um histórico de queixas, entre outras condições que fogem da proposta original.

Portanto, o presente estudo tem como pressuposto que a política de humanização implantada no município de Dormentes/PE é incipiente e fragmentada, tendo dificuldade de se firmar como uma política de estado. Nisso, o foco da pesquisa dirigir-se a política de humanização na estratégia de gestão da assistência em saúde, tomando como caso um modo humanizado de Intervenção.

Algumas questões norteadoras surgiram para orientar as observações in loco, necessitando esclarecimentos, o que aconteceu nas visitas à campo. São elas: Como ocorreu o processo de implementação da política de humanização na estratégia de gestão da saúde da população no município de Dormentes, com enfoque nas intervenções em saúde? Qual a percepção dos atores sociais (gestores, trabalhadores em saúde e usuários) acerca da implementação da política de humanização na gestão em saúde?

Quais as potencialidades, fragilidades e perspectivas da política de humanização na gestão da assistência à saúde?

Ao responder os dilemas acima mencionados, apontamos então a presente pesquisa como relevante para mudanças em face aos princípios norteadores do SUS e da PNH, dentro da municipalidade, uma vez que se torna necessária a reorganização do sistema de saúde para que a população tenha seu atendimento devidamente adequado e também para que as suas necessidades, em saúde, sejam atendidas.

Para conceituarmos a referida pesquisa, seguimos o horizonte dos objetivos propostos, sendo que, como **Objetivo Geral** queríamos analisar o processo de implementação da política de humanização na gestão em saúde em Dormentes/PE com enfoque nas intervenções em saúde.

Para chegarmos a norte do referido objetivo geral, delimitamos dois **Objetivos Específicos**: 1) Entender as percepções dos atores sociais (gestores e usuários do sistema de saúde) sobre a implementação da política de humanização na estratégia de gestão da saúde da população no município em estudo; e 2) Identificar potencialidades, fragilidades e perspectivas da política de humanização na estratégia de gestão da saúde da população em tela à luz das principais diretrizes preconizadas pelo Ministério da Saúde.

2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A criação do SUS se deu com a Constituição Federal de 1988, tendo sido regulamentada pela Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990. Tal dispositivo surge a partir da necessidade de minimização das desigualdades relacionadas ao setor de assistência à saúde, que não abrangia a população de forma hegemônica, assim como das lutas em favor da democratização nacional, conforme aponta (TRACERA et al 2017). O SUS passa a ofertar

obrigatoriedade e gratuidade no que concerne ao atendimento público e gratuito para qualquer cidadão, tornando proibidas cobranças em dinheiro em quaisquer hipóteses. Neste sentido, passa a funcionar com recursos arrecadados através de impostos, e a ser gerido pelas três esferas do poder público.

Conforme afirmam Tocci e Costa (2014), anteriormente à implantação do SUS, isto é, até a década de 1980, apenas trabalhadores contribuintes da Previdência Social poderiam ser atendidos pelo sistema de saúde vigente, o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social). Neste sentido, os atendimentos médicos, em sua maioria, eram realizados através da iniciativa privada, por meio de convênios. Os segmentos da população que não possuíam acesso a tais benefícios eram atendidos, quando possível, por organizações filantrópicas.

O SUS surge como um desafio para a gestão nos serviços de saúde, uma vez que era necessária a adequação deste novo sistema às demandas da sociedade. Corroborando com os pensamentos de (TRACERA et al, 2017), o processo de descentralização representa possibilidades e desafios, que devem ser encarados, a partir das três esferas de poder, de modo solidário. É importante destacar que tal modelo de descentralização deve considerar a multiplicidade de contextos pelos quais os mais diversos municípios brasileiros atravessam fator que indica a importância de que cada um deles seja atendido de acordo com as suas demandas específicas.

Neste sentido, a Lei 8.080/90 traduz o SUS como um conjunto de ações e serviços de saúde pertencentes à Administração Direta e Indireta e das fundações subsidiadas pelo Poder Público, que devem ser prestados por órgãos públicos e instituições públicas federais, estaduais e municipais.

Para (TRACERA et al, 2017) um dos principais avanços deste sistema em relação aos modelos anteriores é que o SUS passa a reconhecer a associação entre diversos determinantes sociais, como a má distribuição de renda, precariedade dos serviços de saneamento básico, baixa escolaridade, condições precárias de habitação, desemprego etc. e a saúde dos indivíduos. Assim, tais estratégias passam a servir para a elaboração de políticas públicas que visem a redução destes problemas.

De acordo com o Artigo 200, da Constituição Federal de 1988, são competências e atribuições do Sistema Único de Saúde:

Art. 200...

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

De acordo com (BRASIL, 2011), o SUS atua a partir de alguns princípios norteadores: universalidade, integralidade e a equidade da

atenção à saúde. Ainda de acordo com o documento que dispõe sobre tais princípios, o princípio da universalidade compreende o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”; ao passo que a integralidade confere aos usuários uma atenção que engloba as ações que possuem foco na promoção, prevenção, tratamento e reabilitação, garantindo o acesso da população a todos os níveis de complexidade do sistema de saúde. Além disso, a integralidade propõe que o foco da atenção seja direcionado ao indivíduo, à sua família e à comunidade, possibilitando a inclusão social, mitigando as ações focadas nas enfermidades. No que diz respeito à equidade, estabelece-se que a atenção à Saúde seja promovida de forma que não haja preconceitos ou privilégios, além da oferta diferenciada de ações àqueles grupos portadores de necessidades especiais.

A integralidade por sua vez, conforme menciona (FRACOLLI et al., 2010) prevê que o cotidiano do trabalho envolva interações entre usuários e profissionais, a partir de um diálogo que considere os diferentes sujeitos, os seus contextos e as suas diferentes percepções acerca dos serviços de saúde.

Deste modo, o SUS configura uma porta aberta para a prática de políticas que envolvam a ampliação do acesso aos serviços de saúde. A humanização constitui um dos principais dispositivos, sendo um dos maiores desafios enfrentados no campo das políticas de saúde na atualidade.

3 A HUMANIZAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA

Benevides e Passos (2005) conceituam humanização como o resgate da imagem idealizada do homem, além da suscitação de um processo produtor de novos territórios essenciais. Lepargneur (2003, apud ZÜGE, 2012), por sua vez, afirma que o processo de humanização envolve a promoção de um bem comum, ultrapassando-se conveniências individuais ou que foquem em apenas um pequeno grupo. Neste sentido, a humanização se relaciona com a construção da solidariedade e da confiança, o olhar para o outro.

Na concepção de Simões et al. (2007), a humanização, no contexto da saúde, transpassa a qualidade clínica ou técnica dos profissionais, exigindo, assim, qualidade no comportamento. Para os autores, a palavra humanizar significa “dar condição humana”, portanto:

é possível dizer que a humanização é um processo que se encontra em constante transformação e que sofre influências do contexto em que ocorre, só sendo promovida e submetida ao próprio homem (SIMÕES et al., 2007, p. 440).

Ainda de acordo com Simões et al. (2007) a prática da humanização requer transformações nas esferas política, administrativa e subjetiva, ato que perpassa pela própria forma com a qual se enxerga o usuário, transferindo-o da posição de objeto passivo à posição de sujeito.

Conforme afirmam Santos Filho, Barros e Gomes (2009), a PNH possui caráter ético-estético e político, traduzidos nos processos atitudinais relacionados ao compromisso e à corresponsabilidade entre os diversos atores que fazem parte da política do cuidado: gestores de saúde, trabalhadores e usuários.

O sentido prático da humanização, quando se trata do seu caráter político voltado para a saúde, conforme (DESLANDES, 2004), consiste da

criação de espaços que inovam as formas de produção de saúde, através da utilização de princípios que permitam maiores níveis de comunicação entre os indivíduos e as equipes de saúde. Deste modo, a humanização deve conduzir o sujeito à prática da autonomia, através do acolhimento, corresponsabilidade, resolutividade e gestão compartilhada dos processos de trabalho. Assim, a humanização no âmbito da atenção primária prevê a qualificação do acolhimento destinado aos indivíduos, sendo uma das pautas mais importantes relacionadas ao debate sobre política no Brasil, considerando o atual contexto.

As tentativas de suscitar os debates sobre humanização nos debates organizados pelo Ministério da Saúde datam desde o final da década de 90. Em 1999, criou-se o Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar (PNHAH), além de outros programas que decorriam do debate acerca da humanização. De acordo com Martins (2010), o foco primário do movimento da humanização voltava-se para os hospitais, devido ao modelo centralizado que norteava o modelo assistencial brasileiro. Neste segmento, a criação do PNHAH tornou-se pauta de grandes eventos, como a 11ª Conferência Nacional de Saúde, em 2000.

A realização dos debates e ações do Ministério da Saúde permitiu a observação de que as fragilidades e insuficiências relacionadas aos modelos de saúde não se restringiam aos hospitais: espalhavam-se, também, pelos demais serviços da administração pública direta, principalmente aqueles oriundos da saúde.

Em 2003 criou-se a Política Nacional de Humanização (PNH), pelo Ministério da Saúde, e que, atualmente, encontra-se vinculada ao Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas (DAPES) da Secretaria de Atenção à Saúde. O núcleo técnico da PNH situa-se em Brasília – DF,

cuja função é afirmar os princípios, diretrizes e metodologias que norteiam a PNH, além de referenciar os coletivos distribuídos pelo Brasil. Deste modo, tais coletivos têm atuação conjunta com as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, estabelecendo parcerias de trabalho com os grupos que representam a construção da saúde nas esferas locais, conforme menciona (NAVARRO; PENA, 2013).

Para Züge (2012), a Humanização da atenção e gestão em saúde se apresentam como mecanismos de qualificação das atividades de assistência à saúde no âmbito do SUS, tais como: acesso ao acolhimento e à atenção integral com responsabilidade e vínculo e valorização dos trabalhadores, e usuários, com participação na gestão. Assim, tais pressupostos se tornam imprescindíveis para a implantação da PHN.

Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2011), a PNH emerge a partir de uma concepção que considera o cuidado a si mesmo e ao outro de modos que transcendem a prática da tutela e o moralismo, problematizando os imperativos e questionando as posições relacionadas à detenção do saber, comumente difundida entre profissionais ligados à área da saúde. Para além do exposto, a política também se propõe à criação de novas concepções de posicionamento no mundo, e da construção permanente de um modelo de saúde que seja um bem comum.

O Ministério da Saúde (BRASIL, 2010) considera a PNH como uma política pública que transpassa de modo transversal, as mais diversas ações e instâncias gestoras que compõem o SUS. Para Menezes e Santos (2017), o seu objetivo consiste da reformulação das práticas de saúde, priorizando a autonomia dos atores no campo da saúde, desde o planejamento até o cuidado direcionado aos usuários, de forma multidisciplinar e intersetorial.

Assim, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2008a),

Humanizar a atenção à saúde é valorizar a dimensão subjetiva e social, em todas as práticas de atenção e de gestão no SUS, fortalecendo o compromisso com os direitos do cidadão, destacando-se o respeito às questões de gênero, etnia, orientação sexual e às populações específicas (índios, quilombolas, ribeirinhos, assentados, etc.). É também garantir o acesso dos usuários às informações sobre saúde, inclusive sobre os profissionais que cuidam de sua saúde, respeitando o direito de acompanhamento de pessoas de sua rede social (de livre escolha). É ainda estabelecer vínculos solidários e de participação coletiva, por meio de gestão participativa, com os trabalhadores e os usuários, garantindo educação permanente aos trabalhadores do SUS de seu município.” (BRASIL, 2008a)

Convém ressaltar o endossado por Navarro e Pena (2013), quando afirmam que a PNH não se configura como uma mera iniciativa do Ministério da Saúde, no intuito de formar novas práticas no que tange à relação entre atores na área da saúde:

[...] mas deve se fazer presente em “territórios e instâncias de gestão e formulação de ações, estratégias e políticas públicas em saúde” porque contagia os atores implicados com o SUS pelo seu modo de fazer, o qual se distancia das práticas prescritivas e fundamentadas em discursos totalizantes, aproximando-se de uma referência ética, política e institucional de transformação dos modos de gerir e cuidar na saúde coletiva (NAVARRO; PENA, 2013).

Neste sentido, compreende-se que a Humanização do Sistema de Saúde prevê mudanças em todo o sistema. Corroborando com o pensamento de Züge (2012), pode-se dizer que se trata de uma estratégia de interferência no processo de produção da saúde, considerando que

sujeitos, ao serem mobilizados, podem atuar como agentes transformadores de realidades. Para tanto, é necessário que os sujeitos que se envolvem nesta cadeia tenham consciência do seu papel no processo de humanização. A autora destaca que tal ponto configura um dos maiores problemas enfrentado pelo SUS: a formação inadequada e profissionalização insuficiente dos indivíduos impedem que a PNH cumpra os seus objetivos com eficácia. Como consequência, tem-se um efeito em cadeia, caracterizado pelo grau de insatisfação dos usuários, baixa resolutividade, dificuldades de acessibilidade aos recursos, além dos problemas estruturais.

4 GESTÃO HUMANIZADA EM SAÚDE

Apesar da criação da PNH, e da sua valorização enquanto eixo norteador das práticas de atenção à saúde é possível observar que a aplicação destes princípios ainda constitui grande desafio para as organizações de saúde, fator que a ponta para a necessidade de criação de novos modelos de gestão, que visem a acentuação do processo de humanização nas práticas de saúde.

Na perspectiva de Leitão e Lameira (2005), uma transformação organizacional que preze pela humanização no contexto organizacional deve exigir novas formas de lidar com as pessoas, de modo que a visão do homem enquanto um fator de produção, desvencilhado de todos os processos que lhe acometem, seja substituído pelo modelo em que o mesmo seja colocado como fator principal e determinante em toda a cadeia. Neste sentido, as ações devem ser redirecionadas e os modelos devem ser reajustados, de forma que o homem passe a atuar como protagonista em todos os processos que o envolvem.

Os novos modelos organizacionais, sobretudo na área da saúde, emergem com o intuito de alterar o perfil dos gestores. Trata-se da redução do modelo autocrático e da formação de líderes organizacionais que, no âmbito das suas atuações, dialoguem com todos os setores e atores que envolvem uma organização, promovendo transformações e enfatizando o caráter horizontal e multidisciplinar dessas ações, como aponta (SILVA, 2006).

No que concerne à verticalização, Guedes, Pitombo e Barros (2009) destacam que esta constitui um dos grandes entraves nas práticas de saúde, aliados às práticas dissociativas dos modelos de atenção (modos de cuidar) e de gestão (modos de gerir). A perpetuação de um modelo em que os gestores apenas pensam e ordenam o sistema de saúde, enquanto os trabalhadores põem em prática planejamentos - que sequer tiveram a oportunidade de participar - coloca o setor da gestão em saúde frente a um desafio: replicar o mesmo modelo, que não cabe na sociedade, ou trabalhar na transformação de práticas que culminem na substituição de tal modelo.

Os processos de cuidado e de gestão da saúde devem ser considerados como indissociáveis nas práticas dos gestores, trabalhadores e usuários. Apesar de campos distintos, em termos teórico-práticos, o funcionamento e o papel conferido a cada um destes atores não deve ser tratado de forma isolada, uma vez que há influência mútua e constante entre eles. Pasche e Passos (2008) considera tão indissociabilidade como um ato político, dada a intensa interferência de um campo no outro.

Ainda no mesmo segmento, concorda-se com Navarro e Pena (2013), quando estes afirmam que os mais diversos problemas enfrentados pelo sistema de saúde atravessam a questão do "fazer clínica" e da gestão

verticalizada. É neste modelo que a oferta em saúde é conduzida num formato mercadológico, um mero produto oriundo da relação entre trabalhadores, gestores e usuários, o que distancia, minimiza e neutraliza a relação entre usuários, trabalhadores e gestores. Segundo os autores, ainda, tais ações são preponderantes para a perpetuação da medicalização enquanto única forma de promoção de bem-estar ao ser humano, com a dissociação de todos os fatores que envolvem o indivíduo.

Deste modo, a gestão em saúde não se trata apenas de promover um gerenciamento individualizado e que desconsidere a participação dos demais indivíduos envolvidos neste processo. Na concepção de Araújo e Pontes (2012), o ato de gerir, que, em tese, reforça a prática do controle, da regulação e normatização, deve estar correlacionando e manter relação de interdependência com o gerar, ou seja, “com a construção de projetos comuns, criatividade, diálogos, inovações, cidadanias, aprendizagens”.

5 MATERIAL E MÉTODOS

Para se alcançar os objetivos propostos da pesquisa, seguimos pelo procedimento metodológico do estudo descritivo-exploratório, tendo uma abordagem qualitativa, que conforme Minayo (1993) possibilita maior aproximação com o cotidiano e as experiências vivenciadas pelos sujeitos nela envolvidos. A mesma foi realizada com gestores e usuários da rede pública de saúde do Município de Dormentes/PE, onde se utilizou como instrumento de coleta de dados, entrevista semiestruturada, que foram respondidas anonimamente e aleatória.

Os questionários versavam acerca da concepção e práticas de humanização no âmbito do SUS no *lôcus* da pesquisa, sendo que o

processo de coleta de dados aconteceu nas dependências dos serviços de saúde do município, após o consentimento de seus gestores.

A pesquisa bibliográfica foi realizada em bases de dados mencionados na respectiva referência desta pesquisa, além de sites da Rede Mundial de Computadores, no intuito de selecionar estudos que abordassem a temática em questão.

Utilizou-se a entrevista semiestruturada que segundo Triviños (1987) parte de questionamentos básicos, apoiados em teorias e hipóteses, que interessam à pesquisa, oferecendo, em seguida, amplo campo de interrogativas, à medida que são obtidas as respostas dos informantes.

É importante ressaltarmos que a pesquisa que ora apresentamos é um estudo exploratório sem pretensão de exaurir a discussão, antes, busca indicar aspectos que entendemos ser necessária maior atenção por parte da municipalidade, necessitando de maior aprofundamento nas questões apontadas.

5.1 Sujeitos da Pesquisa

Na formatação desta pesquisa os sujeitos participantes foram: dois gestores de saúde (sendo uma delas a Secretária Municipal de Saúde) e 10 (dez) usuários das unidades básicas de saúde do município *lócus* da pesquisa, as quais receberam esclarecimentos prévios sobre o objetivo do estudo.

As informações foram registradas em formulários e posteriormente transcritos para fins de análise, conforme já mencionamos.

Os dados tiveram como referencial metodológico a análise de conteúdo que, segundo Bardin (1977), permite a comunicações por meio de procedimentos sistemáticos e objetivos que descrevem o conteúdo.

5.2 O *lócus* da Pesquisa

O município de Dormentes está assentado sobre terras da Sesmaria de Valério Coelho Rodrigues, sendo que sua neta Ana Coelho Rodrigues ao casar com Manoel Fernandes Coelho Rodrigues recebeu como dote as terras da antiga fazenda São João Velho e foi desta fazenda que nasceu Dormentes/PE. Nos nossos dias, o povoamento do distrito de Dormentes pertencia a ao município de Petrolina e desta foi desmembrada em 1º de outubro de 1991, pela Lei estadual nº 10.625.

O município faz parte da Microrregião de Petrolina, conforme mostramos no mapa abaixo, e são formados pelo distrito sede e pelos povoados de Lagoa, Monte Harebe, Lagoa de Fora, Botão de Cedo, Angico, Caatinga Grande, Mudubim, Poço do Boi e São Domingos.

O município de Dormentes possui, segundo dados do (IBGE, 2015), uma população de 18.321 habitantes, na sede e área rural. Na Imagem 01 temos a localização geográfica do município dentro do Mapa Rodoviário de Pernambuco.

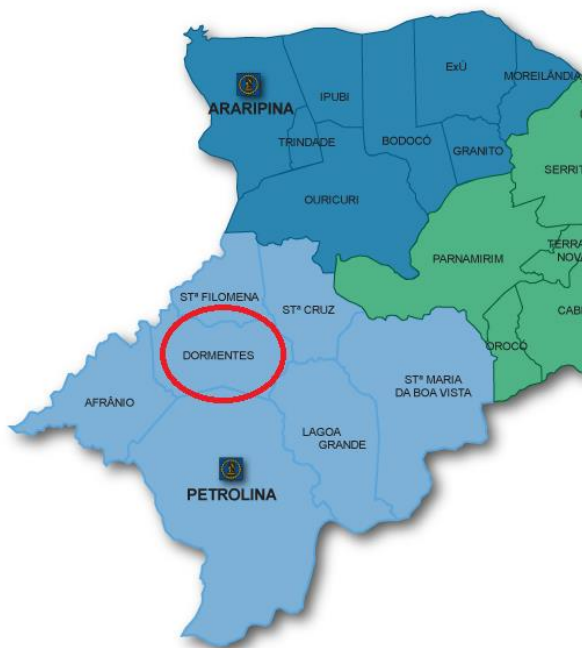
De acordo com dados obtidos a partir da Secretaria de Saúde do município, existem sete equipes de saúde da família credenciadas pelo Ministério da Saúde, e que estão cadastradas no sistema e devidamente implantadas no município. Tais equipes, de acordo com relatório emitido pela Secretaria de Saúde, abrangem 100% da população.

Além das equipes supramencionadas, o município abriga 01 hospital, 11 leitos, 6 ambulatorios e conta ainda com 24 (vinte e quatro) Agentes Comunitários de Saúde Pública.

De acordo com dados disponibilizados pelo DATASUS, a taxa de mortalidade infantil corresponde a 73,68 para cada mil crianças.

O município conta com oito Unidades Básicas de Saúde (UBS), com as seguintes denominações: 1) UBS Albertina Cristina de Macedo; 2) UBS Ângelo Pereira Júnior; 3) UBS Joana Andreлина de Macedo; 4) UBS José Severiano de Macedo; 5) UBS Marcelino Francisco de Macedo; 6) UBS Ozeas Otaviano de Souza e 7) UBS Terezinha Coelho de Macedo.

IMAGEM 01: Fragmento do Mapa de Pernambuco, 2018



Fonte: <http://www.creape.org.br/inspetorias-e-postos-avancados-de-atendimento/>

6 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os sujeitos que participaram do presente estudo, como já mencionado, era composto de 12 (doze) pessoas, sendo dois gestores de saúde e 10 (dez) usuários do Programa Estratégia Saúde da Família (SUS).

Aos mesmos foi aplicado questionário semiestruturado contendo 04 (quatro) questões. Tais questões são apontadas nas observações estruturadas que ora vamos abordar.

Na referida pesquisa chamaremos os entrevistados de Gestor de Saúde 01 e 02, e Usuário 01 a 10. Assim fazendo, delimitamos nosso trabalho e preservamos as fontes pesquisadas.

A primeira questão, de forma aberta, versava sobre o conhecimento em relação ao atendimento humanizado. De forma aleatória, escolhemos cinco sujeitos para investigar suas respostas: O Gestor de Saúde e os Usuários 01 a 04.

O Gestor de Saúde 01 assim respondeu:

Ofertar um atendimento humanizado é enxergar o paciente de forma holística, respeitando as suas particularidades e diferenças, afastando qualquer tipo de discriminação, buscando um relacionamento profissional-paciente agradável. Sendo assim, respeitando as diferenças humanas poderemos oferecer uma assistência melhor/eficaz a cada paciente (GESTOR DE SAÚDE 01).

A resposta permitiu observar que o profissional possui conhecimento consolidado em relação aos pressupostos da Humanização no atendimento.

Repetida a pergunta aos usuários, os mesmos diversificaram suas respostas e se referiram no caso do USUÁRIO 01 ao atendimento humanizado como práticas que considerem o sujeito, a sua integralidade e o seu contexto:

Atendimento que ouve, compreende, respeita e acolhe o paciente, com carinho e atenção, dando importância às queixas e demandas existentes” (USUÁRIO 01).

Os demais entrevistados responderam assim:

É quando o atendimento é feito à pessoa, não simplesmente como mais um, isto é, quando o paciente é ouvido e respeitado diante das suas necessidades, a procurar o atendimento. E que não falta a ética e o conhecimento técnico (USUÁRIO 02).

O entrevistado USUÁRIO 02 observa que ao ser ouvido por quem tem a obrigação de prestar um bom serviço público de saúde, já temos um atendimento humanizado.

Corroborando com a resposta acima, o USUÁRIO 03, que também menciona a questão da confiança e do apoio aquele que chega na unidade de saúde para busca atendimento. Assim ele expressou em sua resposta:

É quando transmite ao paciente confiança, segurança e apoio. Quando é feito o cuidado com empatia, atenção e acolhimento integral ao paciente, sua família e acompanhantes (USUÁRIO 03).

O USUÁRIO 04 também aponta o fato de ser ouvido e respeitado:

É saber ouvir, compreender, acolher e respeitar as opiniões, queixas e necessidades dos pacientes que procuram por atendimento. Pode-se dizer que significa a união entre o comportamento ético e conhecimento técnico para ofertar cuidados dirigidos aos pacientes (USUÁRIO 04).

Observou-se que os usuários associavam a prática da humanização ao cuidado direto com o usuário. De fato, o produto final do processo de humanização deve convergir para a melhoria do cuidado.

Conforme afirmam Fracolli et al. (2010), a mudança radical no modelo de atenção à saúde deve priorizar a atenção primária, e, além disso, focar-se no indivíduo em sua integralidade, abolindo toda a fragmentação do cuidado que foi historicamente construída na sociedade. Assim, a humanização requer que as pessoas deixem de ser transformadas em órgãos, ou meros pedaços de doenças. Os autores ainda salientam que a humanização do cuidado envolve, desde as práticas respeitadas na recepção dos usuários e atendimento, até o conforto e limpeza propiciados no espaço de produção de saúde para os indivíduos, e tais pressupostos devem ser adotados para a orientação de todas as intervenções em saúde, fundamentando-se nos princípios da humanização, e, sobretudo, no conceito da integralidade. Entretanto, há que se considerar que não se trata apenas de atitudes pontuais dos trabalhadores da saúde em relação aos mesmos.

Nesta perspectiva, Rios (2009) compreende a humanização como um conjunto de processos cujo objetivo é transformar a cultura institucional através de uma construção conjunta, e que envolva compromissos éticos e relacionados às práticas de saúde e gestão dos serviços, baseados na busca de soluções compartilhadas. Deste modo, é necessário perceber que, para

que o paciente seja tratado de forma holística e compreendido em todas as suas formas de “ser”, convém que todos os profissionais envolvidos no âmbito da oferta da saúde estejam alinhados em relação à Política de Humanização, não bastando apenas ações individuais. Trata-se de uma cultura organizacional, que envolve reorganização de práticas, planejamentos, e interação entre profissionais, gestores e usuários.

Dito isso, salienta-se que o conceito de humanização requer mudança institucional e visões que ultrapassem a individualidade. A prática da humanização não deve ocorrer de maneira isolada, mas deve envolver todo o contexto na qual esta se aplica, e todos os atores sociais presentes no ciclo de atenção à saúde.

Na segunda questão os entrevistados deveriam responder “Sim ou Não” se o atendimento que ele recebia do SUS era humanizado. Na **Tabela 1** temos:

TABELA 1: O ATENDIMENTO RECEBIDO PELO SUS É HUMANIZADO?

ENTREVISTADO	SIM	NÃO
Gestor de Saúde 01	SIM	
Gestor de Saúde 02	SIM	
Usuário 01	SIM	
Usuário 02		NÃO
Usuário 03	SIM	
Usuário 04	SIM	
Usuário 05		NÃO
Usuário 06		NÃO
Usuário 07	SIM	

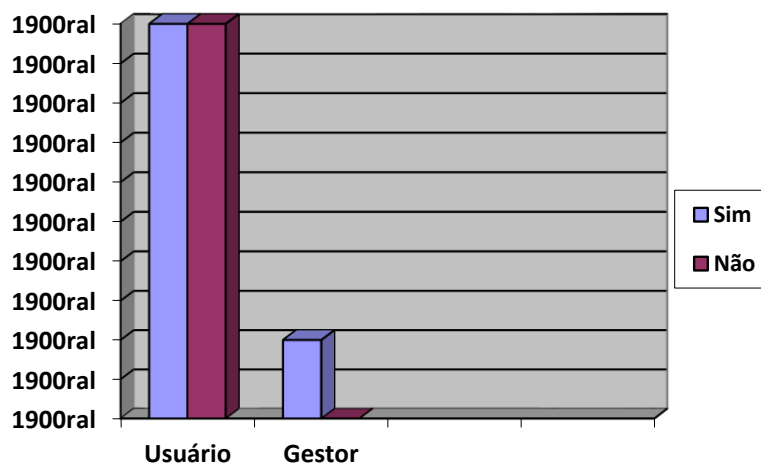
Usuário 08		NÃO
Usuário 09		NÃO
Usuário 10	SIM	

Fonte: a autora, 2018.

Pelas respostas mencionadas na **Tabela 1**, vimos que os entrevistados são divididos quanto à afirmação de que o atendimento que recebe é de fato humanizado. Nesse contexto, cinco responderam que sim e outros cinco responderam que não. Ou seja, não há consenso.

Transformamos a Tabela 1 em gráfico para melhor demonstrar tal equilíbrio, colocando a resposta do Gestor em separado. Assim podemos observar melhor.

GRÁFICO 01: O ATENDIMENTO RECEBIDO PELO SUS É HUMANIZADO?



Fonte: a autora, 2018.

O Gestor de Saúde 01, neste caso, torna-se “suspeito” em seus apontamentos haja vista que ele convive com o processo de atendimento. Mas é coerente em suas falas. Observamos sua resposta e, ao questioná-lo obteve-se resposta positiva. Tal afirmação é importante, e aponta para o fato de que as políticas de saúde vêm sendo tratadas com seriedade no município de Dormentes, e o setor de saúde local tem cumprido a sua função social. Porém, em relação à população, vimos que nem todos concordam.

Nesse contexto é preciso que a municipalidade melhor oriente seus servidores a buscar a excelência no atendimento para que o usuário possa de fato sentir-se contemplado.

O Gestor de Saúde 02 observa que:

A Secretaria Municipal de Saúde vem realizando ações de planejamento, orientação, coordenação de política de saúde no município, compreendendo tanto o cuidado preventivo, curativo e de reabilitação; e ações de vigilância em saúde. (GESTOR DE SAÚDE 02).

No tocante ainda as respostas dos USUÁRIOS a questão 02, pedimos que os mesmos apontassem, em caso de resposta negativa, os motivos de não se sentirem contemplados.

Escolhemos os USUÁRIOS 05, 06, 08 e 09, para analisar suas observações. Os mesmos responderam assim:

Médicos que se esquecem de tocar no paciente, muitos nem olham no rosto do paciente, a receita já está pronta (USUÁRIO 05).

Muitas vezes falta material e profissionais capacitados para desempenhar o atendimento (USUÁRIO 06).

Porque as vidas não são respeitadas, os descasos são muitos, vidas são ceifadas (USUÁRIO 08).

Frieza e indiferença diante da situação do paciente ou da família. A opinião é que o paciente e/ou familiar não escutado ou valorizado (USUÁRIO 09).

Pelas narrativas acima mencionadas os Usuários entrevistados e que não concordam com o atendimento recebido falam da forma como são tratados, da falta de profissionais capacitados, também da falta de material e do tratamento que recebe através do médico, muitas vezes sem nem sequer olhar no rosto de quem busca atendimento. Nesse contexto, é necessário intervir urgentemente para que o Usuário do SUS possa sentir-se acolhido nas unidades de saúde, quanto a suas necessidades.

Para isso, é preciso rever aspectos no tocante a formação desses profissionais, buscando instruí-los quanto à forma humanizada de atendimento. Conforme afirmam Menezes e Santos (2017), é a partir da PNH que o trabalho e o trabalhador ganham centralidade, e que, para além de assegurar o direito dos usuários e trabalhadores da saúde, há, consigo uma proposta organizacional dos serviços.

Confrontando a resposta afirmativa do Gestor de Saúde com o Usuário 9, por exemplo, veremos que este último não considera que o atendimento ofertado é humanizado e relaciona tal fator às práticas dos trabalhadores da saúde em relação ao atendimento com “frieza e indiferença diante das situações dos pacientes ou da família”.

É notório que a melhora na saúde do paciente só acontece quando ele se sente protegido, então tratar um familiar com frieza e indiferença é lançar por terra todo um formato de tratamento que vem sendo aplicado pelo SUS.

Garcia et al. (2010) consideram que a desconfiança e o descrédito dos usuários em relação aos serviços prestados pelo SUS pode revelar a falta de efetivação do direito à saúde, que deve considerar a integralidade do indivíduo. Neste sentido, a existência de queixas em relação ao modelo de atenção direcionado ao indivíduo pode inferir que a prática da Humanização nos serviços de saúde não está ocorrendo, de fato, uma vez que existe uma parcela de usuários insatisfeitos.

Ressalta-se aqui, mais uma vez, que a humanização não corresponde a ações isoladas, o que requer envolvimento coletivo em relação às práticas adotadas. Deste modo, o sistema deve atuar em uníssono, e todos os envolvidos na cadeia devem contribuir, para que possam ser reduzidas as chances de ruídos ou de atitudes destoantes dos objetivos elencados.

A Questão 03 do questionário foi diferenciada para o Gestor de Saúde e para o Usuário.

O Gestor de Saúde 01 foi questionado acerca do desenvolvimento de políticas de humanização no seu trabalho, assim como sobre o seu papel na execução destas políticas. Assim ele respondeu:

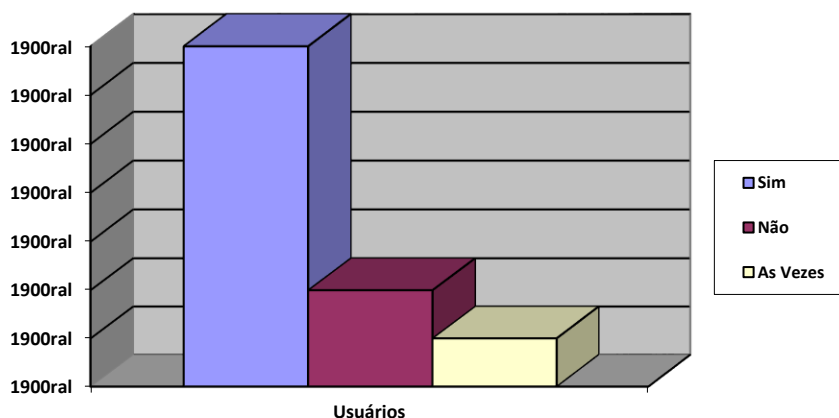
A Política Nacional de Humanização visa ofertar estrutura física e recursos humanos capazes de disponibilizar uma assistência melhor ao usuário. Levando para o meu campo de atuação (vigilância em saúde), percebo que posso tornar-me um profissional integrante desta política, a partir do momento que recebo/atendo bem às pessoas que me procuram, busco resolver os problemas que me são pertinentes...
(GESTOR DE SAÚDE 01)

O mesmo respondeu de forma técnica, mostrando conhecimento quanto à forma como deve ser o tratamento para com os Usuários. Mas, para além deste respondente, os demais Gestores de Saúde e Profissionais de Saúde da rede pública do município de Dormentes/PE tem tal conhecimento? Se sim, então porque parte dos entrevistados não se sentem contemplados? Se não, o que fazer para melhorar tal dinâmica?

Para os Usuários a questão 03 eles deveriam responde “sim ou não” para a pergunta seguinte: Você e sua família se sentem acolhidos pelos profissionais ao utilizarem o SUS?

No **Gráfico 2**, abaixo, apontamos as respostas:

GRÁFICO 02: VOCÊ SUA FAMÍLIA SE SENTEM ACOLHIDOS PELOS PROFISSIONAIS AO UTILIZAREM O SUS



Fonte: a autora, 2018.

Na Tabela 2 mensuramos os dados apontados acima:

TABELA 2: VOCÊ SUA FAMÍLIA SE SENTEM ACOLHIDOS PELOS PROFISSIONAIS AO UTILIZAREM O SUS

ENTREVISTADO	SIM	NÃO	ÀS VEZES
--------------	-----	-----	----------

Usuário 01	SIM		
Usuário 02		NÃO	
Usuário 03	SIM		
Usuário 04	SIM		
Usuário 05	SIM		
Usuário 06	SIM		
Usuário 07	SIM		
Usuário 08			ÀS VEZES
Usuário 09		NÃO	
Usuário 10	SIM		

Fonte: a autora, 2018.

Ainda sobre a questão 03, o detalhe é que no questionário não foi dada a opção “às vezes”, porém um dos entrevistados inseriu em sua resposta e, portanto, acrescentamos para substanciar as respostas recebidas.

A quarta e última pergunta lançada aos entrevistados foi sobre a opinião deles se existem fatores no município que impedem a humanização dos serviços?

O Gestor de Saúde respondeu que não, e o que basta é apenas “ser humano”, e saber respeitar o outro, colocando-se no seu lugar. Uma vez que a PNH valoriza a integração entre recursos humano e estrutura física, conforme o próprio gestor afirma, convém ressaltar que não se trata apenas de “receber e atender todas as pessoas que me procuram”.

Silva e Muniz (2011) argumentam que a desumanização dos serviços de saúde envolve múltiplos aspectos, como: a má relação interpessoal entre os profissionais, e, de igual modo, entre os profissionais e usuários, a falta de valorização da intersubjetividade, o tratamento da doença sob um viés mercadológico, os problemas de infraestrutura,

materiais e equipamentos sucateados, a falta de participação de uma gestão que considere a participação dos múltiplos atores, da adoção de estratégias, de acolhimento e da insatisfação dos usuários e profissionais em relação às falhas entres relacionadas ao sistema de saúde.

Neste sentido, em face de tantos fatores que contribuem incisivamente para que um serviço desumanizado seja ofertado aos trabalhadores e usuários, o reducionismo destes problemas associados ao argumento à mudança no atendimento e ao "fazer a sua parte" é insuficiente. Mudanças coletivas e em todos os pontos da cadeia se fazem emergentes para um processo real de humanização do sistema de saúde. Dos entrevistados, cinco afirmaram sentir-se acolhidos, assim como os seus familiares, ao utilizarem os serviços do Sistema Único de Saúde. Um entrevistado acrescentou que "às vezes" se sente acolhido, e os demais responderam que não.

Para Ferreira (2011), o acolhimento constitui ferramenta imprescindível no que concerne ao fortalecimento de vínculos entre os profissionais e os usuários e não deve se restringir às formas de recepção os ao cumprimento de agendas assistenciais. Neste sentido, a prática do acolhimento deve constituir uma etapa relacionada ao processo de trabalho que culmina no relacionamento com o usuário. Assim, deve-se prezar pela qualificação na escuta dos usuários e no acolhimento enquanto um direito moral.

No que se referem aos fatores que impedem a humanização dos serviços do ponto de vista dos usuários, sete respondentes listaram uma série de deficiências que impedem que a humanização seja posta, de fato, em prática. Neste viés, foram observadas as seguintes respostas inseridas na Tabela 3:

TABELA 03: RESPOSTAS DA QUESTÃO 04 PELOS ENTREVISTADOS

USUÁRIO	RESPOSTA
USUÁRIO 01	Um dos fatores preocupantes é a distância para tratamentos especializados e de alta complexidade, os pacientes sofrem muito com o deslocamento levando em consideração o estado do paciente, que às vezes é muito debilitado
USUÁRIO 02	-A preocupação, primeiro, com o custo financeiro para o atendimento; -A superlotação; -Falta equipar a rede com profissionais com várias especializações, tanto para atendimentos ambulatoriais, quanto para exames.
USUÁRIO 03	-Falta de capacitação para os profissionais; -Demanda muito grande da população para poucos profissionais, que leva ao atendimento desumano.
USUÁRIO 04	Às vezes sim, por falta de comprometimento de alguns profissionais da saúde no atendimento com o paciente na hora em que ele mais precisa.
USUÁRIO 05	Existem profissionais que trabalham apenas pela remuneração, falta de boas estruturas, muitas vezes carga horária exaustiva...
USUÁRIO 06	Um maior investimento em profissionais e materiais necessários para o atendimento tornaria o serviço ainda mais humanizado.
USUÁRIO 07	Sim.
USUÁRIO 08	-Poucos recursos para muitos atendimentos; -Muitos pacientes para poucos serviços; -Objetivo não seja ter este atendimento (SIC), ou seja, favorece uns e outros não.

USUÁRIO 09	A regulamentação da senha; o ônibus que leva os pacientes para a UPA, superlotados; a frieza que os profissionais recebem os pacientes; a falta de humanização.
USUÁRIO 10	Não.

Fonte: a autora, 2018.

Assim, percebeu-se que a maioria dos fatores listados pelos usuários se relaciona com questões de infraestrutura, à qualificação e ao compromisso dos profissionais. Tais ideias corroboram com as afirmações de Simões et al. (2007), autores que listam diversas falhas relacionadas ao processo de produção da saúde no âmbito do SUS: falhas no atendimento, instalações insuficientes ou deficientes, aglomeração de usuários e a ausência de ética no processo de trabalho. De acordo com estes autores, a prática da humanização, que converge para um atendimento humanizado, requer transformações nos âmbitos políticos, administrativos e subjetivos. Sendo assim, é necessário que haja uma mudança no processo de “fazer saúde”, abandonando-se as práticas centradas em processos curativos, e percebendo-se o outro como parte integral de todo o sistema. Tal concepção permite um foco na integralidade do indivíduo, fator essencial para a reestruturação das práticas, de modo que a Política de Humanização não apenas cumpra o seu caráter teórico, mas que passe a ter consequências pragmáticas e práticas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do presente estudo permitiu observar que, ao menos para a amostra de usuários entrevistados, a humanização se relaciona diretamente com o atendimento ao usuário. Tal visão é importante, uma

vez que um sistema que pratique a humanização deve fazê-lo de forma que todas as ações, inclusive aquelas relacionadas à aspectos básicos, sejam direcionadas no sentido de fornecer um atendimento de qualidade ao indivíduo e à sua família, valorizando a prática da escuta, afirmando-se os vínculos entre profissionais e usuários, e atendendo as necessidades mais subjetivas dos indivíduos.

Entretanto, deve-se salientar que a humanização requer ações conjuntas e que integrem questões estruturais, administrativas, relacionais e subjetivas. É importante que gestores estejam atentos à população e às suas necessidades, para que *feedbacks* construtivos sejam elaborados, no sentido de compreender os indivíduos e contribuir para o aumento do bem-estar e qualidade de vida da população. Assim, o confronto entre respondentes usuários do sistema único de saúde e gestores contribui para que deficiências sejam identificadas e para que se possa trabalhar na resolução e mitigação das mesmas.

Nessa questão cabe ao Poder Executivo do município ampliar a oferta de cursos de capacitação para que os profissionais que atendem a população usuária do SUS possa ser constantemente treinados para apresentar um serviço de excelência aqueles que procuram as unidades de saúde da rede municipal. Ao mesmo tempo, cabe ao Poder Legislativo estar mais próximo da população para que estas demandas sejam sanadas a contento haja vista que é o vereador o representante do povo na Câmara de Vereadores.

Cabe ressaltar que este estudo apresenta limitações, como a amostra de indivíduos com a qual se trabalhou. Neste sentido, a pesquisa abre lacunas para a realização de estudos posteriores, a partir de diversas

metodologias, e que busquem o fomento à discussão acerca da Humanização nos espaços de saúde do município de Dormentes/PE.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. E. L.; PONTES, R. J. S. **Constituição de sujeitos na gestão em saúde: avanços e desafios da experiência de Fortaleza** (CE). *Ciênc. Saúde Coletiva*, v.17, n.9, p.2357-2365, 2012.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

BENEVIDES, R.; PASSOS, E. **A humanização como dimensão pública das políticas de saúde**. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.10, n.3, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Brasília: Conass, 2011. Disponível em: <http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_1.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização**. *HumanizaSUS: documento base para gestores e trabalhadores do SUS*. Brasília/DF, 2008a.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política Nacional de Humanização**. Brasília/DF: Ministério da Saúde. 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_humanizacao_pnh_folheto.pdf>. Acesso em 12 mar. 2018.

CONCEIÇÃO, T. S. **A Política Nacional de Humanização e suas implicações para a mudança do modelo de atenção e gestão na saúde: notas preliminares**. *Ser Social*, v.11, n.25, p.194-220, jul./dez.2009.

CECCIM, R.B.; MERHY, E.E. **Um agir micropolítico e pedagógico intenso: a humanização entre laços e perspectivas**. *Interface (Botucatu)*, v.13, p. 531-42, 2009.

DESLANDES, S. F. **Análise do discurso oficial sobre a humanização da assistência hospitalar.** Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.9, n.1, p.7-14, 2004.

FORTES, P.A.C. **Ética, direitos dos usuários e políticas de humanização da atenção à saúde.** Saúde & Sociedade. v.13, n.3, p. 30-35, set/dez. 2004.

FRACOLLI, L. A. et al. **Conceito e prática da integralidade na Atenção Básica: a percepção das enfermeiras.** Rev. Esc. Enferm. USP, v. 45, n.5, p.1135-1141, 2010.

GARCIA, A. V. et al. **O grupo de trabalho de humanização e a humanização da assistência hospitalar: percepção de usuários, profissionais e gestores.** Physis, v.20, n.3, p.555-561, 2010.

GUEDES, C. R.; PITOMBO, L. B.; BARROS, M. E. B. **Os processos de formação na política nacional de humanização: a experiência de um curso para gestores e trabalhadores da atenção básica em saúde.** Physis, v.19, n.4, p.1087-1109, 2009.

HEIMMAN, L. et al. **Atenção Primária em Saúde: um estudo multidimensional sobre os desafios e potencialidades na Região Metropolitana de São Paulo.** Ciência & Saúde Coletiva, v.16, n.6, p.2277-2887, 2011.

LEITÃO, S. P.; LAMEIRA, V. J. **Humanismo e mudança organizacional.** Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v.39, n.3, p.731-751, mai./jun.2005.

LUZ, M. T. **Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de “transição democrática” – anos 80.** Physis – Revista de Saúde Coletiva, v.1, n.1, 1991.

MARTINS, C. P. **Possibilidades, limites e desafios da humanização do SUS.** 2010. 104f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Estadual Paulista, Assis, 2010.

MENEZES, M. L.; SANTOS, L. R. C. S. **Humanização na atenção primária à saúde: um olhar sobre o trabalhador da saúde.** Revista Saúde. Com, v13, n.1, p.786-796, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Documento Base para gestores e Trabalhadores do SUS**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 4ªed. 2010a.

MINAYO, M. C. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. Rio de Janeiro: Hucitec; Abrasco, 1993.

NAVARRO, L. M.; PENA, R. S. **A Política Nacional de Humanização como estratégia de produção coletiva das práticas de saúde**. Revista da Psicologia da UNESP, v.12, n.1, p.64-73, 2013.

CAMPOS, R. **Reflexões sobre conceito de humanização em saúde**. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 27, n.64, p. 123-130, maio/ago. 2003.

PASCHE, D. F.; PASSOS, E. **Cinco anos da Política Nacional de Humanização: trajetória de uma política pública**. Ciên. Saúde Colet., v.16, n.11, p.4541-4548, 2011.

PESSINI, L. et al. **Humanização em saúde: o resgate do ser com competência científica**. Mundo Saúde. v. 27, n.2, p.203-205, 2003.

RIOS, I. C. **Caminhos da humanização na saúde: prática e reflexão**. São Paulo: Aurea, 2009.

RIZZOTO, M.L.F. **As políticas de saúde e a humanização da assistência**. Rev. Bras. Enfermagem, v. 55, n.2, mar/abr. 2002.

SILVA, P. S. C. **Gestão humanizada no setor público: um estudo de caso no Instituto Anísio Teixeira (IAT)**. 2006. 84p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração) – Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2006.

SOUZA, G. A. **Gestão, Planejamento e Humanização na Atenção Primária à Saúde**. 2011. 35f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Atenção Básica em Saúde da Família) – Universidade Federal de Minas Gerais, Lagoa Santa – MG, 2011.

SIMÕES, Ana Lúcia de Assis et al. **Humanização na saúde: enfoque na atenção básica**. Texto & Contexto – Enfermagem, Florianópolis, v.16, n.3, jul./set. 2007.

TEIXEIRA, R.R. **Humanização e atenção básica à saúde.** Ciência & Saúde Coletiva, v.10, n.3, p.585-597, jul./set. 2005.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais:** a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

TOCCI, A. S. S.; COSTA, E. C. N. F. **A gestão em saúde após a política nacional de humanização no Sistema Único de Saúde – SUS.** Revista Uningá, Maringá-PR, n.40, p.197-206, abr./jun. 2014.

TRACERA, G. M. P; SILVA JÚNIOR, A. G.; MOURÃO, L. C. **Complexidades na implantação da política nacional de humanização sob a ótica de profissionais de saúde.** Revista Eletrônica Gestão & Saúde, v.8, n.1, p. 76-91, 2017.

ZÜGE, Emanoeli. **A humanização nos serviços de saúde.** 32f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão da Saúde) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, 2012.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E SUAS INFLUÊNCIAS SOBRE O REGIME DA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS

HIGO REIS SOUSA: Graduando do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO¹

(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente trabalho destina-se ao estudo da influência do princípio da isonomia frente as modificações que ocorreu sobre o regime da previdência dos servidores públicos. Primeiramente, será discorrido sobre o conceito e estrutura da previdência social. Posteriormente, será abordado a historicidade e início do surgimento da Previdência Social no Brasil e as reformas ocasionadas por emendas constitucionais, que contemplará parte da evolução histórica. E enfim será abordado a atual reforma da previdência que aproximou o princípio da isonomia ao quadro dos servidores públicos. Será apresentada também quanto a aplicação do referido instituto, tornando possível identificar sua inquestionável relevância para todo o direito, portanto justifica a importância de todos os pontos estudados.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Evolução histórica. Princípio da Isonomia. Regime da Previdência dos Servidores Público Federais.

ABSTRACT: The present work is aimed at the study of the influence of the principle of isonomy in the face of the changes that occurred in the social security system of public servants. Firstly, it will be discussed about the concept and structure of social security. Subsequently, it will be approached the historicity and beginning of the emergence of Social Security in Brazil and the reforms caused by constitutional amendments, which will contemplate part of the historical evolution. And finally will be approached the current pension reform that brought the principle of isonomy to the public servants. It will also be presented on the application of this institute, making it possible to identify its unquestionable relevance for all law, thus justifying the importance of all points studied.

Keywords: Social Security Law. Historic evolution. Principle of Isonomy. Federal Public Servants Pension Scheme.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto demonstrar a evolução do princípio da igualdade, também considerado princípio da isonomia, frente a leis e normas brasileiras previdenciárias, tornando-se efetivas na prática, o que outrora não se produzia de acordo com o que antes fora estabelecido pelas normas, regras, princípios que estão vigentes e presentes na sociedade.

Em direito previdenciário a maioria dos doutrinadores distingue o conceito de Previdência Social à Seguridade Social, a qual Seguridade Social presta serviços à previdência social, assistência social e a saúde pública, enquanto Previdência Social é conceituada como um procedimento que beneficiam as pessoas a ela vinculadas de algum evento.

Para entender como ocorre uma aproximação da aplicação do princípio da isonomia frente ao regime da previdência dos servidores públicos federal, em primeira ocasião, necessário discorrer do funcionalismo da previdência tanto para os segurados do regime privado quanto ao regime público, e mencionar a evolução alavancada das desigualdades que antes eram mais presentes, portanto, através de Emendas Constitucionais e posteriormente leis específicas tornaram-se mais efetivos os efeitos do princípio da isonomia, resguardado pela norma federal.

2. PREVIDÊNCIA SOCIAL – CONCEITOS E ESTRUTURAS

A mudança previdenciária é uma medida posta para o combate a crise financeira do Brasil. Para tanto, é cediço que o teto de contribuição da previdência social é atualizado a cada ano, em 2015 estava na quantia de R\$ 4.663,75 (Quatro mil seiscientos e sessenta e três reais e setenta e cinco centavos), em 2016 fora atualizado para o monte de R\$ 5.189, 82 (Cinco mil cento e oitenta e nove reais e oitenta e dois centavos), já em 2017 fora elevado ao teto máximo de R\$ 5.531,31 (Cinco mil quinhentos e trinta e um reais e trinta e um centavos) o cálculo é através do fator previdenciário pela

quantidade que o contribuinte receberá quando não mais obtiver interesse ou capacidade para o labor.

No Brasil existem três maneiras de regimes previdenciários, dois de regimes públicos, sendo estes o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), com a obrigatória filiação aos trabalhadores de iniciativa privada, que é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e o segundo regime público nomeado Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), portanto trata de uma filiação obrigatória aos servidores públicos de cargos efetivos da União, Estados e Municípios; quanto ao terceiro regime este é facultativo a sua filiação é de caráter contratual e privado, pois é um regime previdenciário complementar.

A Previdência brasileira contém dois objetivos maiores. O primeiro é a garantia de reposição de renda de seus contribuintes/segurados, assim quando não mais dispuserem mais do labor; já o segundo vem com a intenção de evitar a pobreza entre as pessoas que não podem tomar parte do processo de riqueza nacional por meio do mercado de trabalho.

Como já mencionado, um dos sistemas de previdência pública é o INSS, a qual oferece espécies de benefícios e serviços quanto aos seus segurados e dependentes, conforme o lecionado pelo artigo 18 da Lei 8.213/91. Aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade, auxílio-acidente, pensão por morte, auxílio-reclusão, serviço social e reabilitação profissional, são esses os benefícios que o Regime Geral põe-se à disposição à classe trabalhadora.

Conforme o entabulado em Carta Magna de 1988 são assegurados pelo regime de previdência próprio, o RPPS, os titulares de cargos efetivos do Estado Brasil, caso não o tenha fica presumido a contribuição com o Regime Geral que é administrado pelo INSS.

No ano de 1995 fora proposta uma emenda constitucional visando à alteração de várias normas que diz respeito ao Regime Geral de Previdência Social e da Previdência Social dos servidores públicos, denominada Emenda Constitucional nº 20/1998, cuja modificação fora em três pontos específicos, sendo eles na cobrança de contribuição dos servidores públicos inativos, de

trabalhadores de iniciativa privada e em quesito de idade mínima para a aposentadoria.

Em direito previdenciário a maioria dos doutrinadores distingue o conceito de Previdência Social à Seguridade Social, a qual Seguridade Social presta serviços à previdência social, assistência social e a saúde pública, enquanto Previdência Social é conceituada como um procedimento que beneficiam as pessoas a ela vinculadas de algum evento, ou seja, conforme menciona Carlos Alberto Pereira:

Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços. Desde a inserção das normas relativas ao acidente de trabalho na CLPS/84, e, mais atualmente, com a isonomia de tratamento dos benefícios por incapacidade não decorrente de acidente em serviço ou doença ocupacional, entende-se incorporada à Previdência a questão acidentária. É, pois, uma política governamental (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, 2009, p. 77).

Nesse aspecto, Carlos Alberto Pereira de Castro, menciona quanto ao princípio da isonomia estar presente quanto aos benefícios que devido regime deve possuir em relação aos seus beneficiários. Contudo, percebe-se que para os servidores públicos federais nada se pronunciou, mas averigua-se que a previdência social tem o dever de amparar seus filiados.

3. HISTORICIDADE DA PREVIDÊNCIA NO BRASIL

Juntamente com a era industrial, no início do século XX, estavam de um lado as primeiras organizações previdenciárias autônomas dos empregados urbanos, as chamadas Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS) e , de outra perspectiva ocorriam movimentações da política brasileira sendo a primeira forma republicana do Estado.

As organizações previdenciárias tiveram como seu início da necessidade dos trabalhadores de ter como garantia o provimento de uma segurança futura. Conforme Eli Iola Gurgel, houve três movimentos de reformas institucionais que interligaram a Previdência e o Estado Brasileiro, sendo a primeira reforma ocasionada no período dos anos de 1923 à 1966, onde ocorreria a transformação do CAPS em Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPS), sistematizado como uma autarquia perante a administração estatal, e sua base disposta do território nacional que contou com a contribuição paritária da União, a escupir assim ao chamado sistema tripartite, uma contribuição do governo com a de empregados e empresa.

Já a segunda reforma deu-se entre os anos de 1966 à 1979, como principal modificação a unificação e estatização do sistema previdenciário e em sua terceira reforma, menciona a doutrinadora Eli Iola, que tratou-se de uma resistência institucional da Seguridade Social, esta formada pela Previdência, Assistência e a Saúde.

Reitera Arlindo Chinaglia que a história da Previdência Social no Brasil é uma história de inclusão social [...] porque também fazem parte da história da Previdência brasileira à renúncia fiscal, as sonegações, as fraudes [...] (CHINAGLIA, 2003, p. 85).

Assim menciona Carlos Alberto a respeito de determinadas modificações:

A reforma realizada em 1998 pretendeu modificar a concepção do sistema, pois conforme o texto, as aposentadorias passaram a ser concedidas tendo por base o tempo de contribuição, e não mais o tempo de serviço, tanto no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, tanto – e principalmente – no âmbito dos Regimes de Servidores Públicos, aos que

ingressaram em tais regimes após a publicação da Emenda, ou aos que optaram pelas regras da mesma, já sendo segurados anteriormente (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, 2009, p. 71).

Ocorre que tal alteração fora realizada mais para os servidores públicos e obreiros de iniciativas privadas, não influenciando muito quanto aos servidores públicos federais, contudo, vislumbra-se que houve a devida emenda para que os princípios que deram origem a Carta Magna fosse realmente efetivado seus efeitos em norma previdenciária.

4. EMENDAS CONSTITUCIONAIS ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS

As alterações formais à CRFB de 1988, são emendas incorporadas pelo Poder Reformador, que se contrapõe ao de Poder Originário, que em presente caso é a Assembléia. A separação existente entre tais poderes, o Constituinte Originário e o Poder Reformador, nem sempre é abordada e reconhecida por doutrinas. No Brasil há o reconhecimento pelo Superior Tribunal Federal (STF) da hierarquia existente entre tais poderes.

O paradigma constitucional brasileiro introduz a distinção entre Poder Originário e Reformador, ou seja, na medida em que surge o estabelecimento de limites materiais e formais para que a redação seja alterada, emendado.

Uma das principais alterações ocasionadas quanto ao Regime Previdenciário fora realizada pela Emenda Constitucional 41/2003 a qual findou quanto a integralidade e da paridade com os direitos do servidor público federal.

Até o ano de 2004 os servidores continha em seu regime de previdência um equilíbrio garantido por lei, pois as receitas não eram limitadas as contribuições, contudo incluíam também os recursos adicionais, conforme as Leis de números 9.630/98 e 9.783/99, as receitas do RPPS da União.

Com o surgimento da Emenda Constitucional 70/2012 torna-se garantida a aposentadoria integral e paritária por invalidez permanente aos ocasionados por acidentes em serviços, doença grave ou até mesmo a moléstia profissional, desde que tenham-se sido ingressado junto ao serviço público até a data de 31 de Dezembro de 2003.

Por sua vez, a necessidade do suporte quanto aos recursos adicionais prestados pela União passou a ser caracterizada como uma anomalia.

Posteriormente com a Emenda Constitucional 47/2005 houve a modificação das quais a Emenda de número 41/2003, essencialmente quanto ao teto de remuneração dos Estados e Distrito Federal, assim como nas regras de transição para a aposentadoria dos servidores públicos e a vasta extensão dos servidores que ingressaram no serviço até a data de 21 de Dezembro de 2004.

Os servidores públicos dispuseram de um regime de previdência específica e minuciosamente mencionado no artigo 40 da CRFB de 1988, posteriormente com expressa incidência subsidiária dos disposto no RGPS que foram introduzidas pela Emenda Constitucional de número 20/1998.

A dimensão de isonomia e de compreensão quanto as perspectivas que vinculou os proventos à remuneração é indispensável para uma análise quanto a aposentadoria dos servidores e seus desdobramentos.

5. PRINCÍPIOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com a definição de Miguel Reale as quais os "princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*"

Os princípios são como alicerces ou fundamentos utilizados no ramo jurídico, podendo estes serem explícitos, quando são expressamente formulados, ou implícitos, no qual permanecem na literalidade do texto.

São qualificada várias funções aos princípios, porém estes podem ser de aplicação normativa, interpretativa ou até mesmo informadora.

É notório o quanto os princípios jurídicos são abordados pelos doutrinadores, podendo-se assim mencionar que são pontos de partida do sistema jurídico, normas das quais se origina todo o ordenamento jurídico.

Ora, princípios jurídicos se tornam a base de qualquer fundamentação e criação de normas, não sendo apenas equiparados como uma mera fonte supletiva do direito para caber aplicação seja quando houver uma omissão ou imprecisão da lei.

O que outrora, se faz valer a pena a distinção de princípio e norma, cuja descrição para as normas, em âmbito geral elencada pelas doutrinas é que contém a função de regras, porém, já o princípio está em um patamar mais elevado quanto a sua generalidade e abstração levando-se em comparação com a mais geral e abstrata das normas.

Indispensável tratar do princípio de isonomia em presente tema, pois com as modificações ocasionadas no sistema previdenciário, pois em se tratando da previdência pública havia um desequilíbrio que fora minimizada com base no princípio que é expressamente abordado em conteúdo constitucional.

Nesse mesmo discernimento, Damares Medina informa poder identificar evidentemente a modificação do sentido da isonomia no Texto Constitucional, especialmente ao mencionando a respeito quanto ao servidor e a seu regime constitucional previdenciário. O princípio da isonomia é uma cláusula pétrea, que não pode ser modificada ou até mesmo alterada ou reduzida pelo Poder Reformador, seja este por meio de um processo formal de alteração constitucional.

Os de ordem constitucional tem imprescindível função no ordenamento jurídico, eis que informam, condicionam, orientam, e prestam esclarecimento a interpretação jurídica, servindo assim como um norte a aplicabilidade na ciência jurídica.

Na reforma constitucional, há de mencionar dois temas relativos ao aparelho do Estado as quais são fundamentais: a flexibilização da administração, cuja função é a maior eficiência e qualidade, e o da previdência do funcionalismo, visando o menor custo para o quadro dos instivos e maior isonomia para com o setor privado.

6. REFORMA DO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO

Os sistemas de aposentadoria que são garantidos pelo Estado não são sistemas de capitalização e em princípio um sistema de repartição, visto que os funcionários ativos pagam a aposentadoria dos inativos. Deu-se a escolha pelo sistema de repartição ao sistema de capitalização por conter como entendimento de que o Estado, que normalmente tem as plenas condições de garantir o sistema, é caracterizado como um mal gestor de fundos de capitalização. No entanto, a legitimidade de um sistema de capitalização só o é quando o contribuinte/participante do fundo depender de fato da rentabilidade do próprio sistema.

Consoante com o sistema de repartição, é necessário que haja equilíbrio entre o número de contribuintes jovens (aqueles que pagam o em termos correntes), e o número de contribuintes velhos que estão beneficiados pela aposentadoria.

Conforme entendimento de Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado do Brasil, relata quanto ao sistema previdenciário e sua suposta crise fiscal que:

[...] Não obstante, o sistema previdenciário vem se aguentando no Brasil através dos anos devido à estrutura etária em forma de pirâmide achatada que ainda prevalece no país. Com a redução da taxa de natalidade, porém, essa estrutura etária está se modificando aceleradamente. [...]. Uma crise que tenderá a agravar-se dramaticamente à medida em que a relação entre os jovens, que têm que pagar os custos da previdência, e os aposentados for diminuindo. Nos anos 50 essa relação era de 8 para 1;

hoje é de 2 para 1; em breve será de 1 para 1 e o sistema estará inviabilizado (PEREIRA, Luiz Carlos Blesser, p.10).

Ora, como já explanado, no ano de 1995 fora proposta a Emenda Constitucional número 20/1998, que visou a alteração algumas normas referente ao RGPS e da Previdência Social dos servidores públicos.

Assim menciona Carlos Alberto a respeito de determinada modificação:

A reforma realizada em 1998 pretendeu modificar a concepção do sistema, pois conforme o texto, as aposentadorias passaram a ser concedidas tendo por base o tempo de contribuição, e não mais o tempo de serviço, tanto no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, tanto – e principalmente – no âmbito dos Regimes de Servidores Públicos, aos que ingressaram em tais regimes após a publicação da Emenda, ou aos que optaram pelas regras da mesma, já sendo segurados anteriormente (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, 2009, p. 71).

Ocorre que tal alteração fora realizada mais para os servidores públicos e obreiros de iniciativas privadas, não influenciando muito quanto aos servidores públicos federais, contudo, vislumbra-se que houve a devida emenda para que os princípios que deram origem a Carta Magna fosse realmente efetivado seus efeitos em norma previdenciária.

O princípio da isonomia também é conhecido como o princípio da igualdade, representando assim como símbolo de uma sociedade democrática, o que outrora vem impondo o tratamento justo e igualitário entre os cidadãos, sendo este essencial dentre os princípios entabulados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) vigente.

De acordo com a CRFB de 1988, percebe-se claramente que tal princípio teve seu nascimento no artigo 5º, a qual relata que: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...] (BRASIL, 1988).

Com a introdução da Lei nº 12.618/2012 houve a inclusão/instituição propriamente dita do Regime de Previdência Complementar dos quais são regidos aos funcionários públicos federais, sendo assim, uma lei regulamentadora que obteve algumas falhas quanto ao princípio da isonomia.

A lei nº 12.618/2012 veio realizar a criação de um fundo de previdência complementar, chamada de Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp), em seu modo geral, esta nova lei juntamente com ementas constitucionais nº 20/1998, 41/2003, 47/2005 e 70/2012, modificou o que antes era entabulando para os servidores públicos, pois ao entrarem no serviço público federal puderam e podem contribuir com este regime complementar, a Funpresp, caso queiram perceber remuneração acima do teto as Previdência Social na aposentadoria, no entanto, fica a ponto facultativo dos já efetivos servidores federais a migrar para o novo sistema, a qual deverá analisar rigorosamente os pontos positivos e negativos com tal migração ao novo sistema, a qual o servidor migrado terá ainda o direito há um benefício especial, lecionado pelo artigo 3º da Lei 12.618/2012, pagamento realizado pela União caso haja a aposentadoria no exercício de seu serviço público.

A transferência do Regime Próprio de Previdência Social para o Regime de Previdência Complementar (RPC) teve o prazo de até o dia 29 de Julho de 2018 para estar efetivando , chegando a estimativa de que mais de 10 (dez) mil servidores públicos solicitaram a migração.

Tal convergência não alcançou aos militares, sendo mantidas as mesmas regras que o governo federal as definiram como privilégios, incluindo o paradigma não contributivo que fora anteriormente a Emenda Constitucional 03/1993.

Conforme publicação da Funbresp em 31 de Outubro de 2017, informa que houve alteração quanto a contribuição dos servidores públicos da União, de 11% (onze por cento) para 14% (catorze por cento), imposição

realizada pela medida provisória número 805/2017 que começou sua vigência em 1º de Fevereiro de 2018.

Desde a reforma na Previdência dos servidores realizada no ano de 2003 cessou o direito dos servidores de aposentarem com o último salário percebido em carreira e com os reajustes iguais aos dos servidores que encontravam-se na ativa de suas funções públicas.

Os regimes complementares são entidades particulares denominadas como Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal Executivo (Funpresp – Exe); Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp – Jud); e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp – Leg). A Funpresp é a previdência complementar de servidores públicos da União que diferem das complementares estipuladas dos Estados e Municípios.

Cabe aqui relatar que este sistema já fora implantado, antes mesmo de haver a publicação da lei nº 13.135/2015, foi adotado no ano de 2015 pelo estado brasileiro Rio Grande do Sul aos servidores públicos estaduais, chamado de RS – Prev com a sistematização similar ao da Funpresp, foi implementado em tal estado, pois alega este que passara por crises financeiras, assim mencionou um advogado quanto à aderência do sistema aos servidores estaduais que tal sistema previdenciário muda a forma do servidor público se aposentar, pois acaba com a garantia de que o servidor público poderia se aposentar com o último salário e, a partir de então, incorporava os reajustes dos colegas em atividade. Antes, se tinha uma visão de que a aposentadoria integral era um prêmio para quem trabalhava para o Estado, comenta Alexandre Triches, presidente da Comissão da Previdência Social da OAB-RS (G1 RS, 2015).

Segundo os levantamentos apontados pelo Enap (Fundação Escola Nacional de Administração Pública) os RPPS apresentam dois tipos de desafios, conforme pesquisas realizadas, uma delas é o consumo expressivo dos recursos fiscais de caráter regressivo na distribuição de renda brasileira, pois necessita de financiamentos em uma quantia superior aos beneficiários do RGPS, ou seja, como tais regimes não arrecadam o suficiente para o

pagamento de todos os benefícios, a sociedade paga tributos ao Estado repassando-os à previdência.

O Enap informou que em 2014, o benefício médio de cada mês de um aposentado do Poder Executivo Federal foi de R\$ 6.422,00 (seis mil quatrocentos e vinte e dois reais), enquanto para o Legislativo a média fora de R\$ 26.438,00 (vinte e seis mil quatrocentos e trinta e oito reais).

Afonso e Fernandes (2005) afirmam em suma conclusão que existe uma distribuição de renda intrageracional entre os trabalhadores do setor privado e servidores públicos, fazendo com que a taxa interna de retorno do Regime Próprio supere a do Regime Geral.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme por todo aludido, consta-se que o sistema previdenciário brasileiro é um conteúdo sensível quanto ao Estado, tanto do ponto financeiro e econômico, quanto a vida social e política.

Um dos principais problemas apontado quanto a previdência social dos servidores federais foi a necessidade de obter mais recursos para o pagamento das aposentadorias e pensões, além das contribuições sobre a remuneração dos que se encontram na ativa frente aos proventos dos inativos e pensionistas.

Mediante pesquisas realizadas o apontamento como causa do déficit restou quanto aos privilégios que os servidores públicos continham, ou seja, estava justamente no tratamento previdenciário que lhes eram proporcionados ser o diferenciado dos demais.

Ao longo do período enfrentado pelo Brasil quanto as reformas do Regime Próprio de Previdência Social, a que compreende aos servidores cives em atividade, em que as regras previdenciárias já são equiparadamente iguais aos dos trabalhadores de classe de iniciativa privada, tornando assim de maneira inconsistente mencionar quanto aos 'privilégios' que já foram extintos.

Os direitos previdenciários são analisados pela longa aglomeração, uma vez que a sua aquisição dar-se por uma forma que se é acumulada ao longo do tempo, duração essa que pode envolver décadas para que enfim um direito previdenciário seja decisivamente adquirido e incorporado ao patrimônio jurídico do contribuinte.

As mudanças ocasionadas não se fazem apenas para atendimento do interesse público e o da cidadania, porém em benefício do obreiro/funcionário. Ora, em face de todo o exposto, claramente nota-se que a reforma da previdência incide na equiparação do princípio isonômico frente ao desequilíbrio que antes havia em grandes proporções em se tratando dos servidores públicos e aos de iniciativa privada.

Cada indivíduo é possuidor de direitos as quais devem ser zelados e respeitados tanto pelo Estado quanto pelos indivíduos que o formam. Contudo, o convívio em sociedade tenciona a ocasionar inúmeras diferenças entre os integrantes que se inserem.

O presente artigo visou discorrer quanto ao funcionalismo da previdência tanto para os segurados do regime privado quanto ao regime público, e mencionar a evolução alavancada das desigualdades que antes eram mais presentes, portanto, através de Emendas Constitucionais e posteriormente leis específicas tornaram-se mais efetivos os efeitos do princípio da isonomia, resguardado pela norma federal.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AFONSO, L.; FERNANDEZ, R. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil**. Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro: FGV, 2005.

ALVES, Garibaldi. **Novo regime de aposentadoria do servidor federal começa a valer**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/novo-regime-de-aposentadoria-do-servidor-federal-comeca-a-valer-6pdfk0l2bqgmee77htjl3kfo7>>. Acessado em: 19 out 2016.

BESSA, Emanuelle Dantas Saraiva. **A aposentadoria por tempo de contribuição dos servidores públicos federais**; Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11567>. Acessado em 03 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**: Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil (2002)**: Lei nº 10.406 de 2002. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.618 de 2012**. Brasília, DF: Senado, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ENAP. **Servidores públicos federais: novos olhares e perspectivas**. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/documents/52930/707328/Caderno_42_Servidores+p%C3%BAblicos+federais_novos+olhares+e+perspectivas.pdf/51a890d6-45e0-4ed7-97a9-ef660100e9ec>. Acessado em: 11 de mai. 2017.

GUTERRE, Cleber Santos. **Princípio da Isonomia/Igualdade**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2851/Principio-da-Isonomia-Igualdade>>. Acessado em 05 de nov. 2018.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor Público na Atualidade**. 8ª. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEDINA, Damares. **Reformas previdenciárias, aposentadoria dos servidores e mutação constitucional**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/observatorio-constitucional->

reformas-previdenciarias-aposentadoria-servidores-mutacao-constitucional>. Acessado em 29 de nov. 2018.

OLIVEIRA, Djalma. **Nova previdência do servidor federal vai começar a funcionar esta semana.** Disponível em: <<http://extra.globo.com/emprego/servidor-publico/nova-previdencia-do-servidor-federal-vai-comecar-funcionar-esta-semana—7474316.html>>. Acessado em: 02 out. 2017.

PEREIRA-MATIAS, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTO, Valéria. **Previdência social dos servidores públicos: regime próprio e aposentadoria complementar.** Curitiba: Juruá, 2014.

RS, G1. **Entenda as mudanças na previdência dos funcionários públicos do RS.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/entenda-mudancas-na-previdencia-dos-funcionarios-publicos-do-rs.html>>. Acessado em: 02 out 2017.

SALES, Fernando Augusto. **A importância dos princípios na interpretação da linguagem jurídica.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13049/a-importancia-dos-principios-na-interpretacao-da-linguagem-juridica>>. Acessado em: 11 out. 2018.

Servidores Públicos: Aposentadorias e Pensões, Principais Regras / Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social e Anfip - Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil - Brasília: Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social, 2013.

Nota:

[1] Professor orientador: Faculdade Católica do Tocantins

ATIPICIDADE DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS E A SEGURANÇA JURÍDICA NO AMBIENTE VIRTUAL

ELVISLANE TEIXEIRA SANTANA: Graduada em História pela Universidade do Estado da Bahia (2010 - 2014). Tem como principais linhas de pesquisa temas relacionados à escravidão e família. Tem experiência na área educacional. Atua como educadora no Município de Caetité desde 2009. Já lecionou para o Ensino Infantil e Fundamental I e II. Atualmente cursa bacharelado em Direito pelo Centro Universitário - FG (UniFG).

COAUTORAS:

DANIELLE GAMA COUTO LIMA,
CLÁUDIA VITÓRIA FERREIRA DA HORA,
NAYARA NEVES DA SILVA TUNES^[1]

Resumo: O presente artigo trata-se da vulnerabilidade dos contratantes eletrônicos frente à não regulamentação dessa forma de contratação pelo Código Civil. Assim, objetiva-se trazer uma análise das legislações existentes e da insegurança jurídica que essa atipicidade provoca nos consumidores. Nesta senda, o trabalho apresentado dispõe acerca dos elementos que validam os contratos eletrônicos, trazendo ainda a sua forma contratual entre presentes e ausentes, pontuando, sobremaneira, e de forma analítica a ineficiência do Código de Defesa do Consumidor e das legislações esparsas para solucionar os problemas decorrentes desse tipo de comércio, bem como a insatisfação dos consumidores frente à sua não regulamentação, e a nível conclusivo, aborda-se a possíveis caminhos para a solução do problema da insegurança advinda dos contratos firmados via internet. Para a análise que ora se apresenta, fez-se uso de doutrinas voltadas ao tema, bem como artigos científicos que dispunham acerca da temática em voga.

Palavras-chave: Insegurança jurídica; Vulnerabilidade; Código Civil; Consumidor; Internet.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a necessidade de regulamentação dos contratos eletrônicos frente ao Código Civil pátrio, visto que este trouxe para a sociedade mudanças significativas, de modo a demandar alterações no Código Civil, no sentido de inseri-los no rol tipificado dos contratos. Tal feito é de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que esta forma de contratar configura-se enquanto uma modalidade célere e dinâmica.

Paulatinamente o comércio eletrônico vem sendo amplamente difundido à medida que a sociedade é propulsora ativa na evolução das relações sociais. Com o advento da internet e o crescente avanço do comércio eletrônico, bem como a evolução da sociedade, vem à baila a demanda por uma nova modalidade de contrato para regular as relações firmadas perante o âmbito virtual. É nessa conjuntura que nascem os contratos eletrônicos (LIMA, 2004).

No que compete a este trabalho, acreditar-se-á que será de grande valia, posto que o tema possui relevância social e jurídica, implicando para os leitores um conhecimento amplo ao tocar nesses espectros. Nesse sentido, o artigo ora dissertado tem por finalidade assinalar acerca da pendência de regulamentação dos contratos eletrônicos frente ao Código Civil brasileiro de 2002, bem como argumentar acerca da vulnerabilidade do consumidor, que vêm se embasando unicamente em legislações esparsas.

O presente trabalho foi desenvolvido mediante levantamentos bibliográficos, encontrados na Biblioteca da UniFG, na respectiva parte que toca ao curso de Direito, abarcando a disciplina de Direito Civil – Contratos, bem como utilizou-se como embasamentos, artigos científicos disponibilizados em sites e revistas jurídicas que versam acerca da temática.

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

No que concerne ao entendimento a que se propõe este trabalho, faz juz apresentar alguns conceitos, iniciar-se-á pela definição de contrato que, conforme Gonçalves (2014, p.21) “o contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação”. Para o civilista “o contrato é uma espécie

de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes”. (GONÇALVES, 2014, p.21)

Já no que se refere aos contratos eletrônicos, Glanz (1998) apud Cesaro Júnior (2012, p. 2) ensina que “o contrato eletrônico, portanto, nada mais é do que um contrato tradicional celebrado em meio eletrônico, ou seja, através de redes de computadores – é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas”.

Se faz mister registrar o posicionamento de Leal (2007, p.82) acerca da atipicidade dos contratos eletrônicos. Conforme a autora: “(...) na falta de legislação específica que regule os contratos eletrônicos, estes se incluem na categoria de contratos atípicos e de forma livre”.

Nesse sentido, os contratos eletrônicos são classificados com base na forma como o computador é utilizado para a celebração do contrato. Conforme a doutrina majoritária, dentre eles Lôbo (2012, p. 34, 35), os contratos eletrônicos podem ser classificados em três espécies:

(...) contratos interpessoais, contratos sistêmicos e contratos interativos. No primeiro tipo as pessoas utilizam o meio eletrônico para veicular oferta e aceitação, através de mensagens eletrônicas (principalmente e-mails). No segundo, os contratos são firmados mediante troca de informações entre sistemas informatizados. No terceiro, há típicos contratos de adesão, tendo uma pessoa interessada de um lado e sítio virtual do outro, muito utilizado para a aquisição de bens e serviços oferecidos on-line, ou para reserva de hotéis, viagens, espetáculos.

Ante o exposto, entende-se que não existe uma forma única pela qual se realizam os contratos eletrônicos, pois, como assinala Lôbo (2012), essa classificação dependerá da maneira como o computador é utilizado e dos agentes que nele atuam.

OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E SEUS REQUISITOS DE VALIDADE

Trata-se o contrato eletrônico de negócio jurídico e, portanto, deve obedecer a determinados elementos, assim como nos contratos em geral, cujos elementos são subjetivos, objetivos ou formais. Desta forma, no que tange aos elementos subjetivos observa-se as características das partes, como a manifestação da vontade, a capacidade, a aptidão específica para contratar e o consentimento do agente, em que este deve ser livre de quaisquer vícios (GONÇALVES, 2014).

Assim são considerados agentes capazes aqueles que estão dispostos nos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro de 2002. Quanto à capacidade das partes, Diniz (2003, p. 28) preceitua que “é a força propulsora do contrato, é ele quem cria a relação jurídica que vincula os contraentes sobre determinado objeto”. Contudo, é importante ressaltar que nem todo agente capaz é legítimo, haja vista que a legitimidade traz relação do agente com o objeto (DINIZ, 2003). Conforme Diniz (2003, p. 28) legitimação é a “aptidão específica para contratar, pois a ordem jurídica impõe certos limites à liberdade de celebrar determinados contratos”.

Quanto aos elementos objetivos, estes estão relacionados com o objeto da relação jurídica contratual. Conforme o art. 104, II do Código Civil brasileiro de 2002 – “O objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável” (BRASIL, 2002).

Cabe destacar ainda, que qualquer contrato pode ser celebrado por meio eletrônico, exceto aqueles que a lei exija forma especial. Desta maneira, segundo Diniz (2003), atualmente não há rigor quanto à forma, pois somente a declaração volitiva é capaz de estabelecer o liame obrigacional entre os contraentes, gerando efeitos volitivos independentemente da forma em que se revista. Neste sentido, o artigo 104, III, do Código Civil de 2002 estabelece como um de seus requisitos que a forma seja prescrita ou não defesa em lei.

FORMAÇÃO DOS CONTRATOS EM ÂMBITO ELETRÔNICO

O campo virtual repercute diretamente na esfera civil, de modo a influenciar os contratos. Na era da informação, a sociedade atua como sujeito ativo nas características de um Direito Digital^[2], apontando à

celeridade, à dinamicidade, à autorregulamentação, à existência de poucas leis, à prática costumeira e ao uso de analogia (PINHEIRO, 2008 apud TARTUCE, 2014).

Em contrapartida à comumente utilização dos contratos eletrônicos, há uma pendência legislativa em torno desta modalidade contratual dada a sua complexidade e pelo fato de não estar abarcado pela estrutura normativa civil (DINIZ, 2014). Todavia, menciona Tartuce (2014, p. 131) que tal caducidade legislativa “não impede a aplicação das regras do atual Código Civil”.

Consoante Tartuce (2014), umas das dificuldades encontradas pelos doutrinadores do Direito é debater sobre temas contemporâneos, dentre eles a formação dos contratos pela internet. Este doutrinador defende que o contrato eletrônico é formado, em regra, entre presentes:

Entendemos que o contrato cuja proposta se deu pela via eletrônica não pode ser considerado *inter absentes*, mas *inter praesentes* (...). Isso, pelo que consta do art. 428, I, segunda parte (...). Ora, a internet convencional é meio semelhante ao telefone, já que a informação é enviada via linha. Aliás, muitas vezes, a internet convencional é até mais rápida do que o próprio telefone. O que dizer então da internet ‘banda larga’, via cabos? Trata-se de meio de comunicação mais rápido ainda. Não há como associar o e-mail, portanto, ao contrato epistolar. Logicamente, há uma maior proximidade quanto ao telefone do que à carta, reconhecido seu caráter misto de proposta. (...) estamos inclinados a afirmar que, quando a proposta é feita pela via digital, não restam dúvidas que o contrato é formado entre presentes (TARTUCE, 2014, p. 133).

Em posicionamento contrário, aduz a civilista contemporânea Diniz (2014, p. 798) que “o contrato eletrônico é uma modalidade de negócio à distância ou entre ausentes, efetivando-se via internet por meio de

instrumento eletrônico, no qual está consignado o consenso das partes contratantes”.

Ante a divergência exposta, tem-se o posicionamento do clássico doutrinador Orlando Gomes que, a princípio, não se pode determinar o contrato como *inter absentes* ou *inter praesentes*.

Não é possível qualificar a priori os contratos celebrados por meios eletrônicos (dentre estes os meios informáticos) como contratos entre presentes ou entre ausentes. Esta qualificação dependerá das características do meio em questão. Nas hipóteses em que for possível e usual a aceitação imediata, tais como teleconferência, videoconferência e meios de comunicação em tempo real (como os chats); aplicar-se-ão as regras dos contratos entre presentes. Ao contrário; os contratos concluídos por meio da troca de mensagens eletrônicas (e-mail), ou diretamente nos endereços eletrônicos de empresas na Internet, devem ser considerados contratos entre ausentes, aplicando-se lhes, então, o art 434 do Código Civil (GOMES, 2009, 81).

Nessa mesma linha de pensamento compactua Venosa (2010, p. 536): “a contratação por computadores assim como pelos aparelhos de fax serão entre presentes ou entre ausentes, dependendo do posicionamento das partes quando das remessas das mensagens e documentos”. Destarte, nota-se que não dá para determinar, de imediato, a formação dos contratos eletrônicos. Essa determinação dependerá do posicionamento das partes contratantes ao se vincularem.

TEMPO E LUGAR DO CONTRATO ELETRÔNICO

No tocante ao tempo de aperfeiçoamento do contrato, quando se reputa concluso o contrato eletrônico, aduz Gonçalves (2012) que, se feito entre presentes, este conclui-se com a aceitação imediata da proposta pelo oblato. Por outro lado, quando a formação do contrato for entre ausentes, há várias teorias para explicar, o momento de conclusão:

Teoria da Informação ou Cognição e a Teoria da Agnição, cuja se divide em Declaração propriamente dita, Expedição e Recepção (GONÇALVES, 2012).

Acolhe o Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 434, para determinar o instante em que se forma os contratos, a Teoria da Agnição, na sua espécie Expedição. No entanto, para os contratos formados por via eletrônica, por força do Enunciado nº 173 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça^[3] adota-se a Teoria da Agnição, em sua espécie Recepção. Destarte, verifica-se que o tempo de aperfeiçoamento do contrato será aquele em que o proponente receber a mensagem de aceitação, ainda que não a leia (GONÇALVES, 2012).

Superada a análise do tempo em que se aperfeiçoa o contrato formado pela internet, analisar-se-á o lugar em que tal contrato foi celebrado. Aduz o art. 435 do Código Civil brasileiro de 2002: "Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto". Ensina Gonçalves (2012) que para partes contratantes residente no mesmo país adotar-se-á o local em que a proposta foi feita.

Não obstante, para aqueles contratos celebrados em âmbito internacional, prescreve o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro: "a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". Leciona Diniz (2014) que na seara internacional, a determinação do lugar onde se tem concluído o contrato é fundamental, visto que é sob sua égide que se determina o foro competente, bem como a lei que regerá a relação contratual.

NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS FRENTE À SUA INSEGURANÇA JURÍDICA

Paulatinamente, o Direito evolui com o tempo na medida em que a sociedade evolui, a fim de atender às necessidades e anseios da população e os novos conflitos nascentes. Consoante essa afirmação, destaca-se o posicionamento de Gandini (2014), no sentido de que o autor compreende que as sociedades são dinâmicas, ou seja, "evoluem continuamente com o passar do tempo, de forma que o Direito, quando visa a regular os hábitos e atividades sociais, deve necessariamente acompanhar esta evolução, de forma a alterar ou dar novas interpretações às regras jurídicas existentes"

(GANDINI, 2014, p. 5). Nesse sentido, percebe-se que as leis estão sempre atualizando-se conforme a necessidade e novas leis sendo criadas à medida que novas situações carecem de amparo do poder legislativo (GANDINI, 2014).

Assim, surgem alguns questionamentos no sentido do não amparo dos contratos eletrônicos pelo Código Civil, cujo se tornou algo que atinge a maior parte dos cidadãos brasileiros, os quais fazem uso dos meios eletrônicos para realizarem algum tipo de contrato. Isso implica dizer, consoante os posicionamentos de Mello e Perico (2012) que os negócios via internet têm alcançado grandes proporções, configurando-se em algo que se tornou comum e corriqueiro nas práticas dos brasileiros. Atualmente se constata a necessidade de um dispositivo que dê amparo legal aos contratos eletrônicos “visto que a Internet ampliou e facilitou de sobremaneira a compra e venda, ficando o comércio eletrônico, dependente do ordenamento jurídico.” (ROCHA, 2016, p.1).

Destarte é mister salientar que o Direito deve caminhar junto à evolução tecnológica de modo a amparar as relações contratuais via internet, tendendo a proporcionar uma maior segurança jurídica aos contratantes. Nesse sentido, explica Engelke (2009), que a falta de regulamentação faz com que se questione os efeitos, a segurança e a validade dos documentos digitais. Nessa seara escreve a autora que:

A utilização dos meios de comunicação virtual, usado como suporte na internet expandiu o comércio eletrônico. Contudo a falta de regulamentação enseja questionar os efeitos, a segurança e, notadamente, a validade dos documentos digitais, justamente porque tais documentos não compõem o mundo material, palpável, geram receio de que possam ser alterados (ENGELKE, 2009, p.59).

Não obstante, ensina Diniz (2006) apud Engelke (2009, p. 59) que “essa problemática gerada pelo comércio eletrônico e pelos contratos via internet tem grande relevância no mundo jurídico pela sua enorme complexibilidade e pelo fato de não estar estruturada normativa, jurisprudencial e doutrinariamente”. Ademais, menciona-se o

posicionamento adotado por Gandini (2014) frente à insegurança da sociedade e do Direito em relação aos contratos eletrônicos. Nesse sentido, o autor esclarece que

(...) muitos ordenamentos jurídicos não estavam preparados para lidar com esse fenômeno, pois a maioria dos Estados preceitua regras de validade dos negócios jurídicos baseados em documentos escritos e memorizados sobre o papel. Assim, com essa nova forma de negociar e "assinar" alguns questionam a natureza jurídica, os efeitos, a segurança e, principalmente, a validade dos documentos digitais, diante da inicial insegurança do Direito e da sociedade perante eles (GANDINI, 2014, p.2).

Diante da falta de atenção dada pelo legislador aos contratos eletrônicos, cabe ao magistrado o desafio de buscar a solução que melhor atenda a solução para uma situação em determinado caso concreto. Nesse sentido, Leal (2007, p.67) elucida que "conquanto os contratos eletrônicos mereçam atenção especial do legislador, enquanto isso não ocorrer, a segurança das relações jurídicas deve ser mantida, não se podendo deixar a descoberto as transações efetuadas em ambiente virtual".

Nessa ótica, surge também para os contratantes uma divergência quanto ao que aplicar na ocorrência de problemas diante desses contratos. Desta forma, conforme ensina Leal (2007) não se pode negar que a criação de leis detalhadas para o comércio eletrônico e, especificamente, para o contrato eletrônico é uma necessidade latente. Com a criação de lei específica, esses contratos não ficarão apenas subordinados aos requisitos de validade dos contratos em geral, e sim aos seus próprios requisitos específicos, conferindo segurança à contratação por meio eletrônico.

Os contratos eletrônicos no Brasil vêm crescendo sem qualquer regulamentação específica, o que depreende um conflito e uma incerteza quanto ao instrumento do qual far-se-á uso em caso de problemas decorrentes dessa relação contratual. Ou seja, a ausência de lei própria faz com que se busquem meios aplicáveis à matéria, que já existam no ordenamento jurídico, para esclarecer questões que façam referência à

validade das contratações via internet, e decidir sobre os elementos probantes (ROCHA, 2016).

O doutrinador Coelho (2009), ensina que apesar da falta de regulamentação específica dos contratos eletrônicos é mister compreender que os direitos dos consumidores não se alteram. Conforme o autor o fato de se ter realizado a venda em um estabelecimento físico ou virtual não vai alterar em nada os direitos dos consumidores e os correlatos deveres dos empresários, sendo que o contrato eletrônico de consumo entre brasileiros está sujeito aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos demais contratos disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor (COELHO, 2009).

Por essa razão, nota-se que há a necessidade da reformulação das leis brasileiras, sobretudo o Código Civil, adequando-o à nova realidade, em busca de dar amparo legal para os contratos eletrônicos. Na ausência de legislação específica o Brasil adota, para os contratos eletrônicos, algumas legislações esparsas. A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNICITRAL) é uma das leis que regem o comércio internacional. De acordo com Mello e Perico (2012), essa lei tem a responsabilidade de criar normas que tenham capacidade de universalização e harmonização dos contratos realizados em nível internacional.

Com o objetivo de garantir a validade jurídica e a autenticidade dos documentos eletrônicos foi criada a assinatura digital pela Medida Provisória n. 2.200/01 (MELO, PERICO, 2012). “A edição da Medida Provisória de nº 2.200-2, de 24.08.2001, acabou por instituir o sistema de Chaves Públicas, denominado ICP-Brasil, que servirá para certificar as chamadas assinaturas digitais” (MOLINA, 2008, p.48).

O Brasil, como já insistentemente afirmado não possui legislação que regule especificamente acerca da contratação por meio eletrônico, no entanto, existem, é verdade, alguns Projetos de Lei em tramitação pelo Congresso e a grande maioria deles são baseados na Lei Modelo UNCITRAL. Conforme Molina (2008), a Comissão de Informática da OAB, por exemplo, apresentou anteprojeto de lei em meados do ano 2000, que pretendia, entre outros tópicos, dar mais segurança tanto para o

consumidor quanto para o empresário que utilizem o comércio telemático. De acordo com o autor “o projeto também tem por base a Lei Modelo da UNCITRAL e se divide em duas partes, onde a primeira trata do comércio eletrônico de forma global e a derradeira, do comércio eletrônico e da assinatura digital” (MOLINA, 2008, p.48). O autor faz menção ainda ao Código de Defesa do Consumidor, esclarecendo que este “veio para corrigir o desequilíbrio que existe entre fornecedor e consumidor, posto que antes dele não existia legislação específica que protegesse esse último” (MOLINA, 2008, p.51).

Ainda, de acordo com Molina (2008), o CDC além de ser o instrumento que deve ser eleito nas eventuais lides que envolvam tratos telemáticos, ainda “pode ser considerado como verdadeiro redentor daqueles que se utilizam de tal modalidade contratual, em razão, principalmente, de não haver regulação específica da matéria” (MOLINA, 2008, p.58). Caso não houvesse a legislação consumerista o internauta consumidor, apesar da existência do Código Civil, poderia enfrentar problemas insolúveis, pois dentre os inúmeros problemas dos Contratos Telemáticos, um dos que merecem mais atenção é a insegurança que paira no ambiente virtual. (MOLINA, 2008)

Outro instrumento que merece atenção é o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013 que veio regulamentar o CDC no que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico. Este

discorre acerca da necessidade de informações claras sobre o produto, o serviço, o fornecedor, o atendimento facilitado ao consumidor e o respeito ao direito de arrependimento (TEIXEIRA, 2013 apud ROCHA, 2016, p.10). De acordo com Rocha (2016, p.11) “esse decreto é falho no que tange às sanções e punições específicas para atos ilícitos cometidos contra os consumidores no comércio eletrônico. Além de não possuir força normativa suficiente para obrigar ou desobrigar o cumprimento do fornecedor”. Deste modo, o que se percebe é que as discussões sobre a necessidade de se regular os tratos telemáticos no Brasil não é recente, no entanto, o Brasil se conforma com o debate, chegando ao absurdo de projetos de lei relevantes ficarem anos para serem votados (MOLINA, 2008).

Ante a carência legislativa, nota-se quanto aos consumidores uma vulnerabilidade, de modo que as soluções do código de defesa do consumidor e das legislações esparsas para o comércio eletrônico não são aptas para o saneamento de toda a demanda de conflitos gerados no comércio eletrônico. (ROCHA, 2016)

A VULNERABILIDADE DOS INDIVÍDUOS PERANTE O COMÉRCIO ELETRÔNICO

É notório a vulnerabilidade dos indivíduos no que toca as relações constituídas pelo meio virtual, atingindo até o âmbito internacional, haja vista a falta de regulamentação civil para os contratos aperfeiçoados (MARQUES, 2002).

No âmbito virtual, os produtos à venda são adquiridos e entregues em momento posterior, imediato ou não (MARQUES, 2002). Marques (2002) pontua que os problemas mais comuns, na seara virtual, são a não entrega do produto adquirido ou quando este produto é entregue em endereço errôneo. Ademais, assevera Marques (2002) ainda, que a lei a ser aplicada em caso de conflito, bem como a jurisdição competente também se faz um problema, quando há “falha na segurança com os dados do consumidor, dados privados, como o seu número de cartão de crédito, a falha na cobrança no cartão de crédito (cobrança a mais, cobrança antes da entrega etc.), as diferenças entre as fotografias do site e os produtos recebidos” (MARQUES, 2002, p. 71 e 72).

Outro problema identificável neste âmbito, quanto à vulnerabilidade do consumidor, circunda na esfera em que o clique indesejado acarreta em uma compra involuntária (MARQUES, 2002) quando há “a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, software já enviado, endereço incongruente ou incompleto)” (MARQUES, 2002, p. 71).

É certo que, na contratação física, há para o indivíduo a oportunidade de verificar o produto, objeto da contratação, bem como aclarar quaisquer dúvidas acerca do objeto. Em contrapartida, nos contratos firmados por via eletrônica, a parte contraente não tem acesso físico ao

bem, ficando a mercê de informações genéricas, fornecidas por terceiros alheios à fabricação do produto (SCHREIBER, 2014).

Contrário à fragilidade do consumidor nas relações virtuais aduz Jorge (2017, p. 40) apud Coelho (2015) que “a vulnerabilidade do consumidor, no comércio eletrônico, é a mesma a que se expõe no físico; e, em alguns casos, é até menor. (...) A exposição do consumidor a constrangimentos é visivelmente maior no comércio físico do que no eletrônico (...)”. No entanto, ensina Scheiber (2014, p. 15) que o consumidor (...) poderia buscar, em outros sites da internet, informações, avaliações e depoimentos sobre a qualidade do produto e do fornecedor – alguns sites de compras, inclusive, já fornecem avaliações como parte da sua estratégia comercial –, mas tal conduta é, na prática, rara, seja porque tais informações, potencialmente infinitas, não se encontram ordenadas de modo a facilitar a pesquisa do consumidor, seja porque não são tidas como inteiramente confiáveis, diante das suspeitas de que se prolifera na internet a manipulação das ferramentas de avaliação por meio da contratação remunerada de usuários para que se manifestem sobre certos produtos e serviços (em uma forma oculta e deturpada de marketing, típica do ambiente virtual). O consumidor eletrônico acaba, assim, dispondo paradoxalmente de pouca informação sobre o objeto da sua contratação.

Ante o exposto, coleciona aos ensinamentos de Marques (2002) que a proteção do consumidor passivo^[4] configura-se como um desafio para o Direito, tendo em vista o binômio: proteção do consumidor, trazido pelo Código de Defesa do Consumidor ente a pendência do Código Civil versus a troca de relações em âmbito global. Nesse sentido, corrobora a autora que a resultante deste binômio, diante de um caso concreto, não seria a exclusão destas regulamentações (nacional e internacional), e sim uma colaboração destas, de modo que o Direito Internacional Privado atua de forma direta ou ao lado daquelas leis indicada ao caso, haja vista o conflito de leis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito alhures, a sociedade, hoje vivendo a “Era da informação”, acabou introduzindo o contrato eletrônico a essa nova realidade, sendo que grande parte dos brasileiros fazem uso da internet para realização de algum tipo de contrato, em alguma das modalidades das quais dispõe esse sistema interativo.

Nesse sentido, em face do exposto, embora haja várias leis esparsas além do Código de Defesa do consumidor, para regulamentar as relações consumeristas em âmbito virtual, observa-se que essas não são aptas para sanar todos os problemas decorrentes desse tipo de contratação, de modo que ainda há uma vulnerabilidade dos indivíduos frente à pendência de legislação específica, posto que os contratos eletrônicos configuram-se como uma modalidade de contrato atípico, exigindo com a evolução da sociedade uma regulamentação civil que supra as necessidades que exige as relações contratuais civilistas. A tipificação trará aos contratantes eletrônicos, portanto, maior segurança frente a realização desse tipo de contrato, diminuindo assim a vulnerabilidade destes diante de um sistema que se respalda em legislações esparsas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:. Acesso em: 24 de Abril de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v.3. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 30 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENGELKE, Giovanna Da Cás. **Contratos eletrônicos via internet: validade jurídica e eficácia probante**. 2009 (Monografia).

GANDINI, João Agnaldo Donizeti e Luciana Rastelli Rangel. A validade jurídica dos documentos digitais. **Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 1, no 1. Disponível em: Acesso em: 30 abr. 2018.**

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 9 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil brasileiro**, volume 3 : contratos e atos unilaterais 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JORGE, Lívia souza. In: Contratos eletrônicos e o cdc. Principais aspectos dos contratos eletrônicos no âmbito do direito do consumidor. São Paulo, 2017 (Monografia).

JÚNIOR, Telmo de Cesaro, RABELLO, Roberto dos Santos. Um modelo para a implementação de contratos válidos. **Revista Brasileira de Computação Aplicada**. Passo Fundo, v. 4, n. 1, p. 48-60, mar. 2012

LEAL, Sheila Rocia Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos: validade dos contratos jurídicos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007

LIMA, R. M. de / UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 5, p. 17-23, mar. 2004.

LÔBO, P. **Direito Civil Contratos**. Saraiva. 1^aed. São Paulo, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. v. 21, Março/2002.

MELLO, Marcio Gladio Gomes Cavalcanti de; PERICO, Alexandra Vanessa Klein. **Segurança e validade do contrato eletrônico**. Unoesc & Ciência – ACSA, Joaçaba, v. 3, n. 2, p. 211-219, jul./dez. 2012

MOLINA, Glauco. **Contratos telemáticos: regulamentação e reflexos econômicos com base no direito do consumidor.** (Dissertação de Mestrado). Marília, 2008.

ROCHA, Daniel Bernardes. **Comercio eletrônico: a proteção jurídica do consumidor no meio virtual.** Publicado em 2016. Disponível em: . Acesso em: 30/04/2018.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Contratos eletrônicos – um novo direito para a sociedade digital?** Disponível em: . Acesso em: 29/04/2018

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos e consumo. **Revista brasileira de Direito Civil.** v.1. Jul/Set/2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. rev., atual. e ampl. v. 3. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Manual de Direito Civil.** 7. ed. rev., atual., e ampl. Volume único. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10 ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2010.

Notas:

[1] Acadêmicas do curso Bacharelado em Direito do Centro Universitário FG – UniFG.

[2] “O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas”.

[3] “A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”.

[4] “Consumidor que recebe a informação, a oferta e que contrata em seu país, sem deslocamento físico (por exemplo, o consumidor que contrata

pela Internet, em sua casa, a compra de uma filmadora diretamente de fornecedor com sede no Exterior)".

O BIODIREITO COMO MECANISMO TRANSVERSAL ENTRE DIREITO E SAÚDE: VELHAS COLISÕES E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

EDSON LUCIANO PEREIRA
FIGUEIRÊDO FILHO

Resumo: Este estudo possui como objeto a relação, ora conflitante, ora salutar, entre Direito e Saúde como subsistemas sociais dentro da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Saúde não enquanto direito (o direito à saúde), que também o é, mas analisada aqui enquanto subsistema social autônomo igualmente ao Direito. Como grande escopo do presente trabalho está a conscientização de que o Biodireito pode ser um mecanismo resolutor de conflitos e problemáticas entre esses dois subsistemas. Utiliza-se do marco teórico específico luhmanniano para desenvolver a ideia presente neste artigo, partindo de premissas mais gerais. Como típicos subsistemas, Direito e Saúde se autocondicionam internamente, possuem códigos de operação próprios, entretanto necessitam comunicar-se cognitivamente com o entorno, o que na teoria chama-se de acoplamento estrutural entre subsistemas. Nessas comunicações recíprocas, Direito e Saúde entrelaçam-se entre aspectos salutareos (autopoieticos), mas também entre aspectos corrosivos (alopoieticos). Nestes, há a necessidade de uma solução que não seja proveniente de nenhum dos dois subsistemas: o Biodireito.

Palavras-Chave: Sistemas. Direito. Saúde. Acoplamento. Dignidade humana.

Abstract: This study has as object the relation, sometimes conflicting, sometimes salutary, between Law and Health as social subsystems within the Theory of Social Systems of Niklas Luhmann. As a great scope of the present work is the awareness that the Bioright can be a mechanism to resolve conflicts and problems between these two subsystems. The luhmannian theoretical framework is used to develop the idea present in this article, starting from more general premises. As typical subsystems, Law and Health are self-conditioned internally, have their own operating codes, however they need to communicate cognitively with the environment, which in theory is called structural coupling between subsystems. In these reciprocal communications, Law and Health intertwine between salutary (autopoietic) aspects, but also between corrosive (alopoietic) aspects. In

these, there is a need for a solution that does not come from any of the two subsystems: the Bioright.

Keywords: Systems. Subsystems. Right. Health. Coupling.

Introdução

Como é facilmente perceptível no tocante às analogias feitas entre quaisquer parâmetros sociais realizados, geralmente em pesquisas de larga escala das Ciências Sociais, a sociedade dos dias atuais é extremamente complexa. Isso é um fato. Não há explicação específica para tamanha complexidade, se é por cada vez mais haver pensamentos distintos ou direitos sendo reivindicados ou quem sabe por concepções de mundo diametralmente opostas (a teoria luhmanniana nos dá uma luz). O Direito mudou porque a sociedade mudou (REALE, 2002) e esta, por conseguinte, de forma diretamente proporcional, teve sua complexidade aumentada. E a Saúde, assim como o Direito, também acompanhou tal caminho.

Nessa toada buscar-se-á, no presente artigo, tratar da relação e da interação entre o Direito e a Saúde tendo o Biodireito como consequência desse acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e sanitário e possível mecanismo de resolução de controvérsias entre ambos. De modo que o objeto principal sobre o qual debruça-se aqui não é o Biodireito em si, mas uma pequena análise de como aquele favorece a entrelaçamento entre o Direito e a Saúde. A doutrina que se propõe a embasar o trabalho em tela advém de uma perspectiva sociológica calcada na visão do sociólogo alemão Niklas Luhmann através de sua Teoria dos Sistemas Sociais ou, para alguns, Teoria dos Sistemas "Autopoiéticos" (CAMPILONGO, 1998). Para atender à proposta, separar-se-ão três capítulos que tratarão de: apresentar a teoria sobre a qual se baseia o artigo; demonstrar a concepção de Direito e Saúde como subsistemas sociais interpenetrantes; e o estudo do Biodireito como forma de união e resolução de controvérsias entre aqueles.

O marco teórico em uso fundamenta-se na funcionalidade dos sistemas, na abertura cognitiva e no fechamento operacional que cada subsistema deve ter dentro de uma sociedade. De forma que nenhum

subsistema está isolado dentro de uma sociedade, que tem por sua essência o mecanismo da hipercomplexidade – já anteriormente referida – e da diferenciação. A explicação luhmanniana é que a sociedade é uma “unidade da diferença” e que, por sê-lo, emerge como tal criando subsistemas interiormente para que, com vias de reduzir sua complexidade, opere-se através de uma comunicação recíproca e controlada entre eles.

1. A Teoria dos Sistemas Sociais e suas premissas fundamentais

Tal teoria surge com as ideias de Niklas Luhmann inspiradas pelo seu amigo e professor na Universidade de Harvard Talcott Parsons, no decorrer do século passado, e pelo contexto social europeu do final do século XIX. Luhmann buscou, em princípio, refletir como encontravam-se as grandes potências mundiais décadas antes da Primeira Guerra Mundial. O esforço de sua vida, segundo bem o afirma seu ex-aluno Darío Rodríguez (LUHMANN, 1998) no prefácio da obra *Sistemas Sociais*, do próprio Luhmann, se orientou na construção de uma grande teoria capaz de dar conta da sociedade e dos fenômenos sociais nela contidos. Tentou elaborar uma Teoria dos Sistemas, mas achou complexo demais e decidiu dar tratativa a uma Teoria dos Sistemas Sociais.

A teoria social do alemão considera que a comunicação é a operação básica e elementar sobre a qual se constrói a complexidade social. “Um sistema é sempre mais complexo que seu entorno”, logo, a função da construção de um sistema é a redução de complexidade, e isso é feito através da seletividade – externa e interna. Segundo ele, cada sistema poderá exercer suas próprias contingências, ou seja, atuar segundo suas próprias escolhas, porém também terá que submeter-se, com limites, à disposição de outros sistemas para reduzirem sua complexidade, limites de sentido, modo como os sistemas sociais processam a complexidade. Tome-se um exemplo fácil: boa parte da população brasileira adota a religião cristã; tendo isso em vista, grande parte de seus legisladores provavelmente podem ser cristãos; dessa forma, eles poderiam muito bem editar e aprovar atos normativos (leis) que prescrevessem que, antes de quaisquer audiências realizadas no âmbito judicial, fosse guardado 1 minuto antes de realizá-las, para preces e orações. Isso *a priori* pode parecer absurdo para

uma sociedade que se autodenomina laica, e de fato o é. Por quê? Porque o Direito precisa funcionar segundo suas próprias condições e não ser condicionado por outros subsistemas sociais, que nesse caso foi a Religião. No entanto, também o Direito não pode estar totalmente fechado a eles. Há a necessidade, tomando o mesmo exemplo comparativo, de o Direito acompanhar as mudanças da Religião no decorrer dos tempos, até para que sempre se preze pelo respeito a toda e qualquer denominação de cunho religioso – direito previsto constitucionalmente inclusive (veja-se art.5, VI, da Constituição Federal Brasileira de 1988). A teoria de Luhmann se baseia nisso.

De modo que, nas palavras dele, cada subsistema sobreviverá ao tempo, mas precisará de relações com o entorno para existir. Essa comunicação é que formaria os sistemas sociais e seria criada por eles, criando assim o que o alemão chama de "sentido", sendo este, basicamente, uma síntese de relações dialógicas entre Ego e Alter subjacentes da dinâmica comunicacional – assemelhando-se ao que o icônico linguista Mikhail Bakhtin (1997) pensara no âmbito da filosofia da linguagem com o conceito de dialogismo. Para denominar essa comunicação de um nome mais específico, Luhmann bebe da fonte, coincidentemente, de profissionais da Saúde: os cientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, quando se apropria do conceito de *autopoiesis*, cuja tese central é de que as células humanas se desenvolvem por elas próprias, mas tendo, necessariamente, contato com o entorno. O ser humano, por exemplo, nem pode ser totalmente aberto ao meio externo, pois dessa forma órgãos como o coração iriam parar de funcionar após um certo tempo, nem pode ser totalmente fechado, pois assim não existiria a respiração, a ingerência de alimentos, etc. Um subsistema é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, em outras palavras, é fechado para operar-se internamente, mas é aberto para aprender com os outros subsistemas. É nesse sentido que Luhmann toma o conceito de autopoiese. Outro ponto importante a se ressaltar cinge-se na nomenclatura "sistema" ou "subsistema": usa-se de forma correta a alcunha de "subsistema" para referir-se a essas diversas esferas, tais como o Direito, a Saúde, a Economia, a Política, etc., haja vista que "sistema", na ótica de Luhmann, era algo muito mais abrangente, do qual o social era o gênero

daquelas (espécies) já citadas. Dentro do grande sistema social é que haveriam os subsistemas da sociedade.

Todo subsistema deve ser autorreferente, ou seja, deve ter produção própria de atos únicos e irrepetíveis em meio a várias opções. Assim como toda relação entre subsistemas sociais necessita, portanto, ser positiva em seu sentido mais estrito, ou seja, ser autopoietica. Pois quando um subsistema dá espaço tamanho para que o outro o condicione estará aí havendo uma corrupção sistêmica, ou, na linguagem simples de Luhmann, estará ocorrendo aí uma alopoiese, desvirtuando assim o propósito dessa comunicação. Ademais, também propõe a referida teoria que todo subsistema possui um código binário de funcionamento, uma espécie de unidade de operação. O Direito com o lícito/ilícito; a Economia com o lucro/o prejuízo; a Arte: o belo/o não belo, etc. E é nesse código binário que encontra-se a essência de cada subsistema. A autopoiese, portanto, garante que, mediante um acoplamento estrutural saudável, todo subsistema se reconhecerá a si mesmo através do estímulo normativo das expectativas, que são a base do processamento das suas comunicações.

2. O Direito e a Saúde como subsistemas sociais autopoieticos e interpenetrantes

Em sabidas as premissas fundamentais da teoria luhmanniana, é possível avançar-se no que se quer discutir. Tal e como dito antes, as sociedades modernas marcam-se pela funcionalidade de seus sistemas. Tal funcionalidade reside no fato de que cada sistema formará subsistemas que se comunicam entre si. Esta, inclusive, talvez seja a grande contribuição do alemão: a existência da necessidade de comunicação entre esses subsistemas, pois, à ótica dele, tudo é comunicação. De forma que nenhum subsistema sobreviveria isolado, pois se assim o fosse, deixaria de existir com a evolução das sociedades. E é justamente a existência desse diálogo, que ocorre a todo momento, seja de forma cognitiva (autopoietica e um aprendendo com o outro) ou seja de forma corruptiva (alopoietica e um destruindo o outro), dependendo de cada subsistema, que faz cada um sobreviver de sociedade em sociedade, com suas complexidades e particularidades. Cada qual funciona, orienta-se, condiciona-se e diferencia-

se sob um código próprio, um código binário. Interessam-se, pois, dois deles: o Direito e a Saúde.

A Medicina, como área de imensa importância dentro do subsistema da Saúde, é uma ciência antiga, que data dos primórdios gregos em seus tempos. Hipócrates (460 a.C. - 377 a C), filósofo e médico grego, considerado por muitos como o pai da Medicina, foi quem concedeu a esta o *status* de ciência. O clínico grego rompeu com todas as bases das ciências da saúde. Dentre outras contribuições sumamente importantes, uma delas foi introduzir um método científico na cura de doenças. Hipócrates também elaborou e cumpriu um rigoroso código de ética, cujos preceitos estão contidos que hoje chamamos de "Juramento de Hipócrates", que até hoje todo bacharel em Medicina faz ao se formar. Pode-se dizer que o Juramento de Hipócrates se configurou como o primeiro documento normativo da Medicina. Foi através deste juramento que à Medicina foram dados parâmetros reguladores. A primeira relação – ainda que longínqua – da Saúde com o Direito. Este, por sua vez, como instrumento regulador de condutas, está presente desde quando há sociedade. Afinal, como diz o velho brocardo, "*ubi societas, ibi ius*", onde há sociedade, há o Direito. E seu status de ciência autônoma dotada de universalidade e previsibilidade foi dado através dos escritos de Hans Kelsen, que uniu as bases jurídicas sob a ótica da norma. Ambos os subsistemas, portanto, operam sob diferentes códigos, mas com objetivos semelhantes: a promoção do bem-estar social, do bem-estar nas relações humanas, a busca de uma evolução (progresso) social mediante justiça e a valorização do indivíduo enquanto pessoa dotada de toda a atenção, toda apreciação e todo o cuidado necessário para viver e, acima de tudo, viver de maneira digna. É só tomar-se como exemplo o próprio Juramento Hipocrático e o Código de Defesa do Consumidor que perceber-se-á claramente o interesse dessas searas em defender as relações humanas.

Direito e Saúde se comunicam a todo momento. Não por coincidência, mas por necessidade mesmo. Desde um pequeno ato normativo expedido pelo Ministério da Saúde a discussões calorosas e polêmicas nas quais princípios e garantias fundamentais colidem-se entre si. Assim como todo e qualquer subsistema, eles precisam de comunicações recíprocas, mas também de fechamento operacionais. No entanto, há

momentos e situações nos quais essas comunicações invadem limites propostos um pelo outro. E nasce-se daí a necessidade de uma solução para tais problemáticas.

3. A Bioética como ponte transversal entre Direito e Saúde: novos horizontes calcados no “pensar bem” e no bem-estar da pessoa humana.

Com a iminente e inegável mudança de paradigmas, parâmetros e valores sociais e a chegada de novas, modernas e refinadas tecnologias para facilitar a vida humana, Direito e Saúde viram-se obrigados a se autorrefazer, visando a uma inserção adaptativa aos novos tempos da hodiernidade. No âmbito jurídico, valores outrora tidos como impávidos colossos na base da sociedade passaram a ser relativizados ou quiçá extinguidos da dinâmica social e, por consequência, da dinâmica jurídica em sentido mais amplo. No âmbito médico, com o advento das novas tecnologias, aumentou-se o poder humano sobre o ser humano. Deu-se o advento do que se cunha por "medicalização da vida", frase segundo a qual nenhum ser humano morrerá enquanto se haja formas e meios de se evitar a morte. É a ideia de que a medicina passa a ir contra a ordem natural da vida, buscando preservá-la por todos os meios disponíveis. E é justamente nesse ponto que a Saúde mais necessita dialogar com o Direito.

Faça-se aqui uma breve digressão no fio condutor do parágrafo anterior deste artigo para esclarecer algo necessário: o direito positivo, enquanto ciência normativa do dever-ser, tal qual como objeto da dogmática jurídica e também enquanto instrumento regulador de condutas de uma sociedade, detém o chamado "poder da caneta". Pois é ele que atua regulando e fazendo atuar regras em busca de um certo controle social, almejando, *a posteriori*, um convívio pacífico e justo entre as pessoas. Tal poder é dado ao Judiciário, órgão de soberania estatal que faz valer e cumprir as leis. Por legitimidade social é que o Estado-juiz, principalmente pós-liberalismo, tem o poder de compor e solucionar os conflitos – as lides, juridicamente falando - entre seus cidadãos. E é por ser detentor desse "poder exclusivo" dentro de todo o sistema social que as demandas, sejam elas provenientes da própria sociedade ou oriundas de outros subsistemas sociais (como o da Saúde, por exemplo), necessitam ser

inseridas na máquina do Direito e perpassadas pelo sistema jurídico. Esse “poder da caneta”, em certa medida, para os profissionais da Saúde, dá a impressão de que o Direito é “hierarquicamente superior” à Saúde. Ledo engano, pelo menos nos termos da teoria dos sistemas sociais. Para o marco teórico aqui adotado, nenhum subsistema é superior ou inferior a outro, apenas diferente. E é através de uma relação de dupla contingência (o que Alter seleciona para Ego e vice-versa) que ambos podem sanar suas divergências e/ou embates, ou até mesmo piorá-las (em caso de haver uma corrupção sistêmica através desse diálogo). De modo que esclareça-se que não há, na concepção em tela tomada, uma hierarquia entre o Direito e a Saúde. Podendo, sim, haver uma possível hierarquia se vistos através de um prisma político, com parâmetros estritamente de poder. Isto posto, podemos seguir a trilha referente às mudanças sofridas pelo Direito e pela Saúde em face do aumento de complexidade social.

Voltando à baila, diante dessa recíproca mudança sofrida pelos subsistemas aqui tratados, depreende-se que nem tudo é um extenso mar de rosas. À medida que a sociedade cresce em número e em complexidade, cada vez mais demandas chegam do entorno social para a Saúde, da Saúde (que também é entorno) para o Direito, e daí fios de tensão dos mais variados vão se tecendo entre esses dois subsistemas sociais, sendo necessário um amplo estudo, um amplo diálogo cognitivo e um mínimo de ponderação entre preceitos colidentes nos mais diversos casos concretos que forem encontrados. Exemplos não se cansam de aparecer. Veja-se o caso de um juiz tomar a decisão se uma pessoa, por convicção religiosa, não aceitar uma (necessária) transfusão de sangue mesmo quando se encontra numa situação de vulnerabilidade física. Não estaria, pois, o magistrado suprimindo o direito de autonomia da vontade humana de uma pessoa plenamente capaz? Essa é uma das grandes discussões. E o que dizer de uma pessoa que encontra-se em estado vegetativo há meses e o profissional da Saúde que, por vontade da família ou dever de lutar pela vida, mesmo talvez sabendo que aquele ser humano não terá mais condições de sobreviver sem o auxílio de aparelhos, mantê-la nas máquinas? Qual o limite ético e até que ponto os recursos terapêutico-tecnológicos podem ir? O Direito necessita entender as dinâmicas da Saúde em suas evoluções e a partir disso deliberar o que pode ser proporcional ou desproporcional. Fazer uso da hermenêutica é essencial nesses casos.

Porém somente a hermenêutica não se faz suficiente. O Biodireito pode ser um caminho diferente e não menos importante de solucionar essas colisões.

Apesar de possuir um sufixo jurídico e ser considerado por muitos doutrinadores como ramo do Direito (SCHOLZE, 2002), o Biodireito serve não somente à área jurídica, senão também à área da saúde. É um ramo que estuda as relações jurídicas entre o Direito e os avanços tecnológicos da Saúde, com o empenho de colocar em primeiro lugar a dignidade da pessoa humana. E num Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho, no pluralismo político e, principalmente, na dignidade da pessoa, faz-se mister o seu estudo. O Biodireito também caminha de mãos dadas com a Bioética (o estudo interdisciplinar entre Biologia, Medicina e Ética - especificamente a ética normativa e da moral humana -, que investiga todas as condições necessárias para uma gerência e administração responsáveis do profissional da Saúde no tocante à vida humana em geral e da dignidade da pessoa humana em particular) e baseia-se muito na noção de "*Epikéia*", palavra grega que significa descobrir o justo da justiça. Trabalhando com princípios de autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, o Biodireito se vê em condições de ponderar princípios e solucionar problemas de forma que o Direito e a Saúde, por mais que queiram se abrir cognitivamente um ao outro, não conseguem por serem subsistemas próprios, independentes e autorreferentes. O Biodireito, por seus próprios esforços, naturalmente instrumentais, pode alcançar objetivos benéficos ao Direito e à Saúde de uma forma equânime, evitando, portanto, o lado nebuloso que muitos enxergam da chamada "judicialização da saúde": o Direito se sobrepondo à Saúde em assuntos de competência desta. Dessarte, situações nas quais a jurisprudência tomaria conta de resolver, o Biodireito poderia interferir de forma positiva junto ao Judiciário, que detém o já mencionado "poder da caneta".

Não se quer afirmar aqui, portanto, que o Biodireito é deveras o mecanismo de resolução de todos os conflitos possíveis e imagináveis decorrentes das interações entre o Direito e a Saúde. No entanto, é um ramo que pode, se bem aplicado, servir como um pacificador de muitos dos

conflitos existentes entre eles e que tem condições de, acima de tudo, servir de forma a prezar pela dignidade da pessoa humana em meio a situações nas quais iminentemente sua condição de pessoa se encontra mitigada por colisões principiológicas. Pois essa multirreferida dignidade pode ser tanto a retirada do paciente de um estado vegetativo do leito de um hospital, como pode ser também a prevalência da decisão de uma pessoa que, em iminente risco de morte, não quer receber transfusão sanguínea. O Biodireito em ambos os casos poderia dar um direcionamento isento de compromissos com o Direito e com a Saúde, mas tão somente com a dignidade da pessoa humana.

Conclusão

Como algum tempo atrás dissera Edgar Morin (2005), é necessário o “pensar bem” para se existir um mínimo de ética na convivência humana. Pensar bem não é necessariamente estar imbuído dos melhores sentimentos, subjetivamente falando, mas sim ter uma conduta (objetiva) que vise à ética, que vise ao tão idealizado bem-comum de Rousseau, que busque ponderar situações opostas para melhor solucioná-las. Conhecer para compreender. Indo mais além: conhecer para poder compreender, conviver e progredir.

Juristas e estudiosos da saúde (sejam eles médicos, enfermeiros, pesquisadores em geral) andam, via de regra, em rota de colisão, pois suas áreas de atuação trabalham diretamente com vidas. O Biodireito almeja exatamente o antídoto moriniano: a proporcionalidade, a capacidade de escutar a voz do Direito e a voz da Saúde com vias de projetar uma terceira voz apaziguadora de diferenças entre ambos, respeitados os princípios que lhe são característicos: ubiquidade, não maleficência, sacralidade da vida, dignidade da pessoa humana - este último com possibilidades e limites jurídicos: a Constituição Federal. Criticamente falando, o papel do profissional da saúde e do operador do direito é, se bem observado, muito mais semelhante do que se imagina. Um trabalha para recuperar vidas em sentido físico-literal, outro trabalhar para recuperar vidas em sentido patrimonial. Uma pessoa nada é sem saúde. Igualmente nada é se não possui seus direitos reconhecidos, se não possui uma mínima dignidade de vida, se não possui um mínimo de recurso patrimonial para viver. De modo

que um está contido no outro. Grande exemplo disso está no próprio Código Penal, quando separa um capítulo (em técnica legislativa: um conjunto de artigos) específico, do artigo 130 ao 136, para tutelar a saúde como bem jurídico, como unidade subjetiva de direito pertencente a qualquer pessoa.

O Direito respeita muito a Saúde como área do saber, como subsistema social. E se abre a ela cognitivamente através do Direito Penal e de tantos outros, assim como necessita abrir-se à Economia, quando fala-se em Direito Financeiro ou Tributário, ou à Política, quando fala-se em Direito Constitucional. Ao mesmo tempo em que a Saúde também se abre ao Direito, respeitando-o e servindo-o através, por exemplo, da própria disciplina da Medicina Legal. Percebe-se, portanto, que Saúde e Direito estão mais próximos do que se imagina, tanto em escopos quanto como em atividades. Choques há, o que não deixa de ser normal. Divergências existem, o que não deixa de ser comum. Mas trata-se de áreas irmãs, de ramos do saber que servem à sociedade, que se empenham em tratar os desiguais desigualmente nas medidas de suas igualdades, que almejam uma isonomia substancial, que prezam pela dignidade da pessoa humana, e que, como se não bastasse, podem ter (e têm) no Biodireito um forte e coerente mecanismo de conciliação parcial e efetivo de suas divergências.

Referências Bibliográficas

BAKHTIN, Mikhail. **Hacia una filosofía del acto ético**. De los borradores y otros escritos. Trad. Tatiana Bubnova. Barcelona: Anthropos Editorial; San Juan: Universidad de Puerto Rico, 1997.

BERIAIN, Joxetxo; BLANCO, José María García. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad y la diferencia. Edição e tradução Joxetxo Berian; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998.

BRASIL. **Código Penal**. Legislação Saraiva de Bolso. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMPILONGO, Celso. **Governo representativo “versus” governo dos juízes**: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA, 1998.

COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 23-55.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização e tradução Cristina Magro; Victor Paredes. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesi e cognizione**. Tradução Alessandra Stragapede. Veneza: Marsilio Editori, 1985.

MORIN, Edgar. **O Método**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. **Patentes, transgênicos e clonagem**. Brasília: Editora UNB, 2002.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

A NATUREZA JURÍDICA DA ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA DO CPC/2015, FRENTE À COISA JULGADA

PRISCILLA FERNANDA RODRIGUES ARRUDA:

Bacharelada do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo de Palmas/TO.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)[\[1\]](#)

RESUMO: Considerando o advento de um novo Código de Processo Civil no ano de 2015, cujas inovações e mudanças ainda são alvo de intensos debates e questionamentos, o presente artigo dedicou-se ao estudo de um desses pontos em específico, qual seja a natureza jurídica da estabilização dos efeitos da tutela antecipada frente à coisa julgada. Com o objetivo de aprofundar os conhecimentos no campo do processo civil e viabilizar uma melhor compreensão sobre o tema tratado, utilizou-se o método dedutivo e a pesquisa qualitativa, com a realização de análises descritivas sobre o assunto, pautadas em obras de renomados autores e estudiosos da área. Ao final, será possível perceber que em se tratando de tutela satisfativa requerida em caráter antecedente, não se deve falar em coisa julgada, ainda que o novo ordenamento tenha previsto uma possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão que a deferiu, haja vista que os institutos possuem diferentes requisitos, embora, ao final, possam ter efeitos semelhantes.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada; Estabilização da tutela; Processo Civil.

ABSTRACT: Considering the advent of a new Code of Civil Procedure in the year 2015, whose innovations and changes are still the subject of intense debate and questioning, this article devoted itself to the study of one of these specific points, namely the legal nature of stabilization of the effects of early protection against the res judicata. In order to deepen the knowledge in the field of civil process and to make possible a better understanding on the subject treated, we used the deductive method and the qualitative research, with the accomplishment of descriptive analyzes on the subject, based on works of renowned authors and scholars of the area.

In the end, it will be possible to perceive that in the case of a satisfactory guardianship required in an antecedent character, it is not necessary to speak in *res judicata*, although the new law has provided a possibility of stabilizing the effects of the decision that granted it, since institutes different requirements, although in the end they may have similar effects.

KEYWORDS: *Res judicata*; Stabilization of early protection; Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

O advento do novo Código de Processo Civil trouxe para o contexto processual brasileiro muitas inovações, atualizações e certa diversificação de regras em alguns procedimentos.

As questões relativas à tutela antecipada, por exemplo, passaram a não mais depender de uma decisão pautada na cognição exauriente, uma vez que lhes foi permitida, ainda que no âmbito da cognição sumária, a estabilização dos seus efeitos.

Partindo de tal inovação e dos reflexos que ela traz para a ordem processual vigente, bem assim, os temas polêmicos e controversos que a envolvem, é que o presente se dedicará a analisar as tutelas provisórias, classificá-las e, centrando-se na tutela antecipada satisfativa, verificar sua natureza jurídica e a relação de seus efeitos frente à coisa julgada.

No mais, a presente pesquisa foi desenvolvida utilizando o método dedutivo e abordando o problema por meio de pesquisa qualitativa que se resume em uma análise descritiva do tema, realizada a partir do estudo de autores consagrados no campo do processo civil, tais como Humberto Theodoro Júnior e Alexandre Câmara.

Por fim, além da introdução, considerações finais e referências, este artigo está organizado em 3 seções principais, sendo a primeira relativa às tutelas definitivas e provisórias no novo CPC, passando pela sua sistematização no código, a segunda, tratará da estabilização da tutela satisfativa requerida em caráter antecedente, falando de seus pressupostos e efeitos, e a terceira e última seção tratará da discussão sobre as questões

controvertidas da estabilização, falando de sua natureza jurídica e da sua relação com o instituto da coisa julgada.

2 AS TUTELAS DEFINITIVAS E PROVISÓRIAS NO NOVO CPC

2.1 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E AS TUTELAS ANTECIPADAS

O processo civil brasileiro, quando na égide do Código de Processo Civil de 1973, não contou, durante muitos anos, com a previsão das tutelas provisórias.

Com o tempo e com o aumento da necessidade de viabilizar a satisfação do direito do jurisdicionado de forma mais célere e efetiva, em face da morosidade judiciária e dos perigos que o decurso do tempo pode ocasionar para a resolução do litígio, se fez necessário pensar em alterações, de modo a modificar esse cenário.

Nas últimas décadas, o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Ideias, como a de instrumentalidade e a de efetividade, passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de “garantia de um processo justo”, mais do que de um “processo legal”, colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 18).

Assim, visando a efetividade dos resultados obtidos e a aceleração da prestação da tutela jurisdicional, mudanças foram sendo realizadas no Código de 1973.

Merecem destaque, nesse sentido, a inserção do instituto da antecipação de tutela, ainda que de forma genérica, em 1994, e a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que assegurou, dentre outros, os direitos fundamentais à razoável duração do processo e ao emprego de técnicas visando acelerar a prestação jurisdicional.

Partindo do dever de organizar um processo justo capaz de outorgar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos (art. 5º, XXXV e LIV, CF), o legislador passou a reformar o Código (...) introduzindo paulatinamente o sincretismo entre a atividade de conhecimento e aquela destinada à realização prática dos direitos e a inserção de técnicas processuais antes reservadas tão somente aos procedimentos especiais no procedimento comum (como, por exemplo, a tutela antecipada). (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 147).

Ocorre que as tantas emendas a que o antigo Código era submetido acabaram por gerar um cenário de grande insegurança jurídica, pois acabavam, dentre outros aspectos, esboçando uma nova estrutura processual, que em muitos pontos conflitava com a antiga.

Tal situação contribuiu para a busca por uma nova legislação, mais próxima dos preceitos constitucionais e principiológicos e dedicada a agregar o ambiente desorganizado das emendas e melhorar a questão da aplicação e compreensão do direito processual brasileiro.

Após anos de discussão e estudos, em 16 de março de 2015 foi publicada a Lei n. 13.105, também conhecida como o Novo Código de Processo Civil, que, dentre seus tantos marcos e inovações, manteve as tutelas provisórias, dando-lhes, no entanto, nova roupagem, classificação e requisitos.

2.2 TUTELAS PROVISÓRIAS

O direito processual adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 consagrou a tutela provisória em seu texto, como um meio de regular, ainda que de maneira momentânea, o litígio apresentado ao Poder Judiciário.

Tal tutela encontra sua razão de ser em face do notório quadro composto pela morosidade da justiça e, conseqüentemente, dos trâmites processuais.

(...)A proposta de estabilização da tutela de urgência surgiu em um contexto específico: desde a última década do século XX, o Código de Processo Civil brasileiro vem passando por alterações legislativas e reformas, visando garantir uma mais efetiva tutela dos direitos. A preocupação com a demora do trâmite processual esteve presente nessas reformas e pautou outras tantas propostas de mudanças, tendo especial destaque no Código de Processo Civil de 2015. (GOMES, 2017, p. 18).

Considerando as mudanças sociais e processuais vividas na época, o texto do novo Código de Processo Civil contemplou a necessidade da adoção de tutelas diferenciadas, as quais provisoriamente regularão a demanda, antecipando resultados materiais do direito pretendido e permitindo o regular andamento do processo sem maiores prejuízos às partes.

[...] há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a

demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então, *técnicas de sumarização*, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 778).

Cumpra esclarecer, ainda, que as tutelas provisórias, ao menos a princípio, não se revestem do caráter de definitividade, afinal, são concedidas com base em cognição sumária, que nada mais é que um exame não tão profundo, pelo Magistrado, da causa que lhe foi apresentada, podendo, assim, ser revogadas ou modificadas, ao final ou durante o curso processual (CÂMARA, 2017).

2.3 A SISTEMATIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CPC

Atualmente, as tutelas provisórias desdobram-se em tutela cautelar, tutela satisfativa (de urgência) e tutela de evidência e encontram previsão no Livro V, artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil.

Consagrada pela doutrina, a expressão tutela de urgência serve no novo Código como gênero em que se inserem a tutela antecipada (tutela satisfativa) e a tutela cautelar. Teria o legislador melhor andado se tivesse percebido que a antecipação é apenas uma técnica processual que serve para viabilizar a prolação de uma decisão provisória capaz de outorgar tutela satisfativa ou tutela cautelar fundada em cognição sumária. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 394).

Por oportuno, destaca-se que uma das principais diferenças entre a tutela de urgência e a de evidência consiste no fato de que a primeira deve ser requerida em caráter antecedente (cautelar) ou incidente (em meio ao curso processual), enquanto a última somente pode ser requerida em caráter incidental.

2.3.1 Tutelas de urgência e evidência

A tutela antecipada de urgência, prevista no Título II, Capítulos I, II e III, artigos 300 a 310 do CPC, é o instrumento destinado a assegurar à parte o futuro resultado do julgamento, em casos onde algum perigo possa ameaçar a sua efetividade e pode se dar de modo cautelar ou satisfativo.

Trata-se, portanto, de instrumento extremamente importante e perfeitamente cabível em diversas situações de ameaça à capacidade daquele determinado processo de produzir resultados que sejam úteis para a parte em questão.

Pense-se, por exemplo, no caso de um devedor que, antes de vencida sua dívida, tente desfazer-se de todos os bens penhoráveis. Não obstante a alienação desses bens não comprometa a existência do direito de crédito, certo é que o futuro processo de execução não será capaz de realizar na prática o direito substancial do credor se não houver no patrimônio do devedor bens suficientes para a realização do crédito. Verifica-se, aí, uma situação de perigo para a efetividade do processo, isto é, para a aptidão que o processo deve ter para realizar na prática o direito substancial que efetivamente exista (podendo-se falar, aí, em *perigo de infrutuosidade*). Em casos assim, faz-se necessária a previsão de mecanismos processuais destinados a assegurar a efetividade do processo, garantindo a futura produção de seus resultados úteis. (CÂMARA, 2017, p. 143).

Na tutela de urgência cautelar não se fala na satisfação do direito propriamente dito, uma vez que se trata de instrumento destinado a proteger o processo, de modo a viabilizar, em momento oportuno, a satisfação do pedido principal.

Caracteriza-se, assim, por tutela que não objetiva decidir a respeito do direito requerido pelas partes, tampouco visa a solução da lide, a qual

fica reservada à cognição ou execução, ou mesmo influi na decisão final de mérito, haja vista que pode ser revogada a qualquer tempo.

A tutela cautelar não tem como objetivo a realização do direito material. Essa tutela visa proteger os instrumentos da realização desse direito. Eis porque se pode afirmar, de acordo com doutrina majoritária, que as medidas cautelares objetivam a proteção do próprio processo (de conhecimento ou de execução). A tutela cautelar jamais objetivará, portanto, a satisfação da própria pretensão (como as antecipadas), mas, sim, viabilizar a satisfação do pedido principal. A razão para a existência de um processo com essa função protetiva é óbvia: a natural demora com que o direito material é protegido no processo de conhecimento e de execução (dano marginal) permite que surjam situações de urgência a necessitar de intervenção judicial, isso a bem da proteção das pessoas, das coisas ou das provas indispensáveis ao processo principal. (GAJARDONI, ZUFELATO, 2017, p. 110).

Em outras palavras, a tutela cautelar, que possui características de provisoriedade e de sumariedade, atua unicamente de modo a “resguardar a utilidade e eficiência da futura tutela de mérito” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 170).

Na tutela de urgência satisfativa, por outro lado, a decisão proferida deve ser capaz de viabilizar de modo imediato a realização prática do direito pretendido, sendo cabível em casos onde, por exemplo, se verifique iminente perigo de morosidade.

Pense-se, por exemplo, no caso de alguém postular a fixação de uma prestação alimentícia, em caso no qual a demora do processo pode acarretar grave dano à própria subsistência do demandante. Para casos assim, impõe-se a existência de mecanismos capazes de viabilizar a concessão, em caráter provisório, da

própria providência final postulada, a qual é concedida em caráter antecipado (daí falar-se em *tutela antecipada de urgência*), permitindo-se uma satisfação provisória da pretensão deduzida pelo demandante. (CÂMARA, 2017, p. 144).

O *caput* do artigo 300, que introduz o tema da tutela de urgência, destaca as expressões de “probabilidade do direito”, “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo”, como condições necessárias para a concessão do pleito.

Nesse sentido, cumpre esclarecer, com relação à primeira, que o seu emprego foi intencional, objetivando autorizar os magistrados a conceder as tutelas com base na sua cognição sumária, diferentemente do texto do antigo Código, que exigia a demonstração de prova inequívoca do direito pretendido a fim de convencê-los da verossimilhança das alegações contidas na demanda.

Entende-se, portanto, tal probabilidade como sendo elemento lógico, que pode surgir do confronto entre alegações e provas disponíveis no processo, cabendo ao juiz o convencimento do direito que entenda provável a ponto de receber a tutela de urgência. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 394).

Destaca-se, ainda, com relação ao “perigo de dano” ou “risco ao resultado útil do processo”, que, tendo em vista que sabe-se que o direito deve ser aplicado ainda que não se tenha dano e que a tutela de urgência teria finalidade mais voltada para proteger o direito material do que do processo em si, entende-se que as expressões não foram boas escolhas por parte do legislador, haja vista que, para o fim pretendido, bastaria a adoção do conceito já conhecido de *periculum in mora*, ou perigo da demora, relativo ao comprometimento do direito em razão da morosidade na análise do pleito, para expressar a urgência na concessão da tutela.

O legislador tinha a disposição, porém, um conceito mais apropriado, porque suficientemente versátil, para caracterizar a urgência: o conceito de perigo da

demora (*periculum in mora*). A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo na demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 395).

Há que se destacar ainda o fato de que para que ocorra a concessão da tutela de urgência satisfativa, em regra, os efeitos dali decorrentes não podem ser irreversíveis, ou não se trataria mais de tutela provisória.

Por fim, cita-se a possibilidade da prestação de caução de contracautela, elemento que visa proteger a outra parte contra o risco de danos não previstos ou indevidos em face da concessão da medida.

Já com relação à tutela de evidência, prevista no artigo 311 do CPC, tem-se que esta objetiva, com base na evidência do direito material, combater injustiças que estejam sendo suportadas pela parte, tais como abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte contrária.

Se o processo democrático deve ser *justo*, haverá de contar com remédios adequados a uma gestão mais equitativa dos efeitos da duração da marcha procedimental. É o que se alcança por meio da *tutela sumária da evidência*: favorece-se a parte que à evidência tem o direito material a favor de sua pretensão, deferindo-lhe tutela satisfativa imediata, e imputando o ônus de aguardar os efeitos definitivos da tutela jurisdicional àquele que se acha em situação incerta quanto à problemática juridicidade da resistência manifestada. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 780).

Trata-se, desta forma, de instrumento que permite à parte ofendida adequar o processo, eliminando injustiças ou abusos, não comportando, no entanto, os efeitos da estabilização aqui tratados.

3 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

3.1 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA SATISFATIVA

A tutela antecipada satisfativa, conforme foi possível perceber acima, trata-se de instrumento que busca viabilizar de modo imediato a realização prática do direito pretendido.

Foi uma das grandes inovações do Código, que resguardou e tornou possível a manutenção das medidas liminares sem qualquer limitação de tempo, ao passo que não obsta ou interfere no instituto da coisa julgada.

Uma outra grande inovação, inspirada nos direitos francês, italiano e português, consistiu no incidente que permite a estabilização da medida urgente satisfativa, dispensando o aforamento da pretensão principal, se assim convier às partes. Com isso, torna-se viável a manutenção da liminar, como regulação sumária e provisória do litígio, sem limitação de tempo, mas sem atingir a autoridade da coisa julgada (art. 304). (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 39).

Assim, apesar de se tratar de medida provisória, o Código de Processo Civil, em seu artigo 304, afirma que em caso de não ocorrer impugnação recursal da decisão que concedeu a tutela, esta se torna estável.

O dispositivo legal apresenta ainda soluções para os diferentes cenários possíveis diante de tal quadro, tais como a extinção do processo ou a apresentação de nova demanda por qualquer uma das partes, no intuito de invalidar a tutela outrora estável ou reformá-la.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo e em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. (BRASIL, 2015).

A disposição legal afirma, deste modo, que para que a estabilização da tutela antecipada satisfativa ocorra basta que a decisão que a concedeu não seja objeto de recurso, em outras palavras, o *decisum*, em tais casos, na ausência de impugnação da parte contrária, se torna estável, embora não faça coisa julgada.

A questão que efetivamente interessa no que tange à antecipação da tutela obtida de forma antecedente é a sua estabilização (art. 304, CPC). Se a antecipação da tutela é concedida, ocorre o aditamento da petição

inicial pelo autor (art. 303, § 1º, I, CPC) e o demandado não se manifesta no sentido do exaurimento da cognição (art. 304, *caput*, CPC), a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo, a qual visa empregar a técnica do contraditório eventual já presente no procedimento monitório com o fim de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada fundada na urgência. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 399).

O tema da estabilização da tutela concedida em caráter antecedente mostra-se, assim, como um dos mais interessantes, do ponto de vista jurídico, no contexto das tutelas provisórias.

Inclusive, por estabilização, nesse caso, entende-se o prolongamento dos efeitos da decisão concessiva da tutela indefinidamente no tempo ou mesmo a projeção de tais efeitos para fora da relação processual.

O fenômeno da estabilização da tutela antecipada só existe nas requeridas em caráter antecedente (na forma do art. 303, como aponta o art. 304). Nas tutelas antecipadas requeridas junto ao pedido principal (incidentais), nas tutelas cautelares antecedentes (art. 305), ou mesmo nas tutelas de evidência concedidas liminarmente (art. 311 e parágrafo), ainda que não haja oposição do prejudicado, jamais será possível a estabilização. A clareza do art. 304 impede qualquer interpretação em sentido contrário. (GAJARDONI, ZUFELATO, 2017, p. 117).

É importante ressaltar, por fim, que o instituto da estabilização, em se tratando de tutelas antecipadas, somente ocorrerá quando se falar em tutela requerida em caráter antecedente, não se aplicando às demais.

3.2 PRESSUPOSTOS DA ESTABILIZAÇÃO

A estabilização da tutela antecipada satisfativa, percebeu-se, exige a inexistência de impugnação pela parte contrária, situação que leva o Magistrado a proceder com a extinção do processo, sem resolução do mérito.

Nesse sentido, após a concessão da tutela, e, transcorrido o prazo para resposta do réu, em não havendo impugnação, ocorre automaticamente o fenômeno da estabilização da decisão proferida.

O Código implanta, portanto, regime similar ao francês e ao italiano: as medidas de urgência satisfativas obtidas em caráter antecedente perduram indefinidamente, sem depender da propositura da ação principal, mas não se recobrem da força de coisa julgada material. Deixa ao critério das partes a deliberação de provocar, ou não, o julgamento definitivo da lide em processo principal. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 831).

Trata-se, portanto, de procedimento relativamente simples, haja vista que basta que não ocorra impugnação pela parte contrária ou seja proferida nova decisão judicial para que o fenômeno aconteça.

Assim, à semelhança de dispositivos dos processos francês e italiano, a estabilização fica a critério das partes, que podem impedi-la ou não, por meio dos atos processuais disponíveis.

3.3 EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO

A estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente é instituto que permite que ocorra uma desvinculação entre a cognição plena, regra geral para julgamento dos processos, e a cognição sumária, adotada em casos de tutelas provisórias, dando a esta última autonomia.

O novo Código trilhou a enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição

plena ou o processo de mérito, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela sumária. Em outras palavras, a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 864).

O instituto da estabilização, nesse caso, permitirá que os efeitos da decisão proferida em sede de tutela antecipada satisfativa perdurem no tempo, mesmo em casos de extinção do processo, sem que seja necessário se proceder com a cognição plena ou prosseguir com a demanda até decisão final de mérito.

Nesse sentido, o simples efeito da estabilização, independentemente da instauração de um processo de conhecimento ou da cognição plena, já se mostra um grande avanço para a questão de resolução de conflitos e de crises de direitos materiais.

A estabilização da tutela antecipada abre margem para que a parte autora reflita sobre o custo-benefício da coisa julgada e a parte ré leve em conta o custo de oportunidade da eventual reversão da medida antecipada concedida. Assim, é evidente que a estabilização da tutela antecipada é uma resposta às necessidades do direito material e da realidade dos fatos, que muitas vezes não podem esperar pela cognição exauriente e para os quais a declaração contida na sentença ao final vale muito pouco, porque o que realmente importa é a atividade executiva que pode ser adiantada com a obtenção de uma medida antecipatória. (GOMES, 2017, p. 60).

O procedimento mais célere possibilitado pela estabilização mostra-se, assim, como alternativa interessante às partes para solucionar a lide apresentada ao Poder Judiciário, se assim o desejarem, permitindo a satisfação do seu interesse, com certo grau de estabilidade, sem a necessidade ou o ônus de ter que enfrentar todo o longo caminho dos procedimentos comuns.

Com isso, a decisão proferida por meio de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento preparatório, por opção dos próprios interessados, pode produzir seus efeitos sem depender de instauração do processo de conhecimento de cognição plena. São as partes mesmas que se mostram não interessadas no efeito da coisa julgada material. Se ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obriga-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição plena. Colocam-se à disposição das partes, ao lado do processo de conhecimento clássico, mais longo e hábil a operar a coisa julgada, procedimentos mais céleres, fundados em forma diversa de cognição, como a sumária, e voltados para a solução da crise de direito material, mas sem cogitar da definitividade da res iudicata. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 865).

Em outras palavras, a decisão proferida, apesar de não ser de definitiva, pode produzir seus efeitos regular e indefinidamente no tempo, ainda que desprovidos do caráter de definitividade.

4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: COISA JULGADA

4.1 NATUREZA JURÍDICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada é tema polêmico e controverso, uma vez que configura uma inovação sem precedentes no direito processual brasileiro. Inclusive, talvez por tal situação, o pensamento clássico tenta enquadrar o instituto nas formas de estabilidade da decisão já conhecidas como a coisa julgada ou a preclusão.

Certamente um dos pontos mais polêmicos sobre a estabilização da tutela antecipada é sua natureza, afinal trata-se de uma autorização para que uma decisão fundada em cognição sumária se torne estável independentemente do julgamento de um pedido de tutela final, o que não encontra precedentes no regime das tutelas sumárias no Código de Processo Civil revogado. O pensamento clássico busca associar a estabilização da tutela antecipada com as formas de estabilidade até então conhecidas no âmbito do direito processual: a coisa julgada, a preclusão e a perempção. (GOMES, 2017, p. 66).

Apesar disso, tendo em vista que o ponto central dessa nova modalidade de estabilização é a desnecessidade do prosseguimento do processo, em virtude de decisão que teoricamente satisfaz as partes, e que o Código tem um de seus fundamentos justamente na vontade das partes, não é possível comparar a sua natureza à da coisa julgada.

Todavia, tendo em vista as implicações que a estabilização pode assumir após transcorrido o prazo para sua impugnação, a afirmação anterior torna-se questionável.

4.2 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA *VERSUS* COISA JULGADA

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que não há formação de coisa julgada quando ocorre a estabilização da tutela antecipada.

Porém, antes de adentrar de fato nos efeitos que a estabilização da tutela possui, cumpre esclarecer que, conceitualmente, a coisa julgada significa uma decisão judicial da qual não caiba mais nenhum recurso, nos termos da Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também apresenta um conceito de coisa julgada em seu art. 6.º, § 3.º, segundo o qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. (GOMES, 2017, p. 74).

De posse do conceito de coisa julgada, percebe-se que, ao menos a princípio, a decisão que concede uma tutela de urgência não se revestirá de caráter imutável e indiscutível do ponto de vista judicial, afinal, pautou-se tão somente em cognição sumária.

Todavia, apesar de não fazer coisa julgada, tal decisão pode adquirir estabilidade, a qual somente poderá ser afastada ou desconstituída pela apresentação de nova demanda ao Poder Judiciário.

A decisão concessiva da tutela de urgência estável não faz coisa julgada (isto é, não se torna imutável e indiscutível), como estabelece expressamente o art. 304, § 6o, o que é consequência inexorável do fato de ter sido ela proferida com apoio em cognição sumária e não em cognição exauriente (sendo esta essencial para que a decisão judicial alcance a autoridade de coisa julgada). Seus efeitos, porém, se tornam estáveis e só podem ser afastados por decisão judicial que a desconstitua, proferida em demanda proposta por alguma das partes em face da outra (art. 304, § 3o e § 6o, *in fine*). (CAMARA, 2017, p. 149).

Nesse sentido, é fácil compreender o entendimento do legislador ao diferenciar os institutos para os diferentes casos, haja vista que não seria justo conferir a procedimento de cognição sumária os mesmos efeitos de outro que conta com cognição plena do Magistrado.

Na mesma linha de raciocínio, considerando a ausência de formação da coisa julgada, logicamente, não há que se falar em ação rescisória para eventual desconstituição do *decisum*, posto que tal demanda é reservada para casos específicos, dentre os quais não se encontra a desconstituição da estabilização da tutela antecipada.

Não havendo formação de coisa julgada, não se admite, em hipótese alguma, a “ação rescisória” como mecanismo de impugnação da decisão que tenha declarado estabilizada a tutela antecipada (FPPC, enunciado 33). Uma vez estabilizada a tutela satisfativa de urgência, então, será possível a qualquer das partes ajuizar, em face da outra, demanda com o fim de obter a revisão, reforma ou invalidação da decisão concessiva da tutela antecipada estável (art. 304, § 2o). Só no caso de vir a ser proposta esta demanda é que será possível a revogação dos efeitos da tutela antecipada estável, devendo este novo processo tramitar perante o mesmo juízo em que se desenvolveu o processo no qual fora deferida a tutela antecipada que se estabilizou (art. 304, § 4o, parte final), o qual terá competência funcional para conhecer da demanda de desconstituição da tutela antecipada estável. (CAMARA, 2017, p. 149).

Partindo de tais entendimentos, a questão principal trabalhada no presente artigo, que se delineia diante de tal quadro, é a relativa à relação direta de tal estabilização com a coisa julgada, todavia, não se obteve consenso doutrinário sobre o tema.

Para alguns autores, por exemplo, mesmo após transcorrido o prazo de dois anos previsto no Código, ainda seria possível proceder com o ajuizamento de demanda visando a desconstituição da decisão que concedeu os efeitos da tutela, de modo que a impugnação ou reforma da tutela já estabilizada seria perfeitamente possível.

A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição. Isso quer dizer a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode adquirir a

autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*). Em resumo: o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para a formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 399).

Para os que defendem tal posição, a cognição plena ainda seria possível, mesmo após transcorrido o prazo estipulado pelo Código, em função do direito à adequada cognição da lide, o qual não poderia ser tolhido da parte.

Há, por outro lado, quem entenda que, com base no disposto no próprio Código de Processo Civil e pela natureza definitiva da estabilização após o período de dois anos, que a sua execução seria também configurada pelo caráter de definitividade, sendo possível admitir, ao fim de referido prazo, uma certa equivalência entre ambos os institutos, o da estabilização e o da coisa julgada.

A faculdade de rediscutir o direito material efetivado na tutela estabilizada, entretanto, não pode perdurar eternamente. Eis a razão pela qual o art. 304, § 5º, estabelece o prazo decadencial de dois anos, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo. Se a ação não for ajuizada nesse prazo, tem-se a estabilização definitiva da decisão sumária. Em face do caráter decadencial, não se dá a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a ação para rediscutir o direito em

litígio. Essa estabilização definitiva gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada. [...]. Em suma, não se trata de conferir a autoridade de coisa julgada material à decisão provisória estabilizada nos termos do art. 304, mas simplesmente de submetê-la ao regime da prescrição e decadência, fenômenos que impedem a demanda, apresentando-se como causas de extinção liminar do processo, com resolução do mérito. Não é preciso, pois, instaurar-se uma celeuma em torno da verificação ou não da coisa julgada na espécie, quando o que o legislador fez foi simplesmente estabelecer um prazo de decadência. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 866).

O raciocínio baseia-se na aplicação do instituto da decadência ao prazo previsto para impugnação da decisão que conferiu a tutela antecipada, o que vedaria o direito a novos questionamentos sobre aquele *decisum*.

Observa-se, inclusive, que partindo desse entendimento, após o prazo de dois anos e com a impossibilidade do uso da ação rescisória, a tutela antecipada concedida em caráter antecedente assumiria uma estabilidade qualificada, haja vista o esgotamento de medidas processuais aptas a desconstituí-la.

Na mesma linha, Heitor Vitor Mendonça Sica defende que passados dois anos da decisão extintiva do feito é produzida uma estabilidade qualificada que não se confunde com a coisa julgada. Embora a decisão não possa ser alterada, não se confunde com a imutabilidade pela ausência da eficácia positiva da coisa julgada, de modo que a decisão não será necessariamente observada em processos futuros entre as mesmas partes, interpretação que se inspira na comma 9 do art. 669-octies do CPC italiano. Para o autor parece mais razoável sustentar que a explicação

para esse fenômeno encontra-se no instituto da decadência, assim como ocorre com a ação rescisória, do que no instituto da coisa julgada (FERREIRA, p. 01, 2017).

Nesse sentido, ter-se-ia uma estabilidade qualificada, onde é possível diferenciar os institutos e afirmar que, após os dois anos, o que se estabiliza são tão somente os efeitos da decisão que concedeu a tutela, ao passo que, quando se fala em coisa julgada, a imutabilidade atinge o conteúdo da decisão e não os seus efeitos (DIDIER JÚNIOR, 2015).

De todo modo, conclui-se que o instituto da estabilização da tutela satisfativa concedida em caráter antecedente ainda que legalmente não se compare ao da coisa julgada, a ele em muito se assemelhará, posto que, após transcorrido o prazo para impugnação, sem que esta seja feita, cada vez mais se distanciará do caráter de provisoriedade e entendê-lo de maneira diversa acabaria por desvirtuar a própria razão de ser da estabilização.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a elaboração do presente percebeu-se que apesar do prazo transcorrido desde a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, até o momento muitas dúvidas e debates ainda permeiam alguns de seus institutos e inovações.

Ao analisar as tutelas provisórias e, em específico, a estabilização da tutela concedida em caráter antecedente, tais questionamentos se mostraram ainda mais presentes, haja vista que ainda não há consenso doutrinário acerca da natureza jurídica do instituto, tampouco acerca de sua aplicação.

Para alguns autores, mesmo com o transcurso do prazo de dois anos previsto no § 5º do artigo 304 do CPC, ainda assim seria possível reformar ou alterar a decisão que concedeu a tutela, posicionamento fundado no direito à adequada cognição da lide.

Outros doutrinadores defendem o contrário, alegando a aplicação do instituto da decadência ao caso, de maneira que uma vez decaído o prazo, não seria mais possível alterar a decisão já estabilizada, tendo-se, assim, uma estabilização qualificada.

Apesar de tais discussões, o fato é que a estabilização da tutela, apesar de se mostrar como um instituto recente e que se diferencia da já conhecida coisa julgada, revela, ao final, efeitos semelhantes a esta, no que se refere a ideia de permanência da decisão no tempo, aproximando-se também do caráter de definitividade, além de representar importante inovação no ordenamento jurídico, especialmente no que se refere à celeridade processual.

5 REFERÊNCIAS

ATCHABAHIAN, Marina Vezconi. **Novo CPC define regras para estabilização da tutela antecipada.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-17/marina-vezzoni-cpc-regrou-estabilizacao-tutela-antecipada?imprimir=1>>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FERREIRA, Gabriela Macedo. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57812/estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-no-novo-codigo-de-processo-civil/2>>. Acesso em 28 out. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ZUFELATO, Camilo. **Processo Civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU**. 6 ed. 2017. Salvador: Juspodivm.

GOMES, Frederico Augusto Gomes. **A estabilização da tutela antecipada**. Disponível em:
<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47759/R%20-%20D%20%20FREDERICO%20AUGUSTO%20GOMES%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10 out. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. V. 1. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Nota:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo-USP. E-mail prof.karinemota@fasec.edu.br – Orientadora desse artigo.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: AS DEFICIÊNCIAS DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

ISADORA CARMO PINHEIRO NOLASCO:
Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

OSNILSON RODRIGUES SILVA
(Orientador)

RESUMO: As audiências de custódia estão relacionadas aos direitos do preso acolhidos em tratados internacionais. O presente artigo pretende apontar as dificuldades em relação à aplicabilidade deste instituto, tendo em vista que a legislação penal brasileira não faz nenhuma previsão em seu código processual que possa contemplar a garantia desses direitos. A regulamentação se dar por meio da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que determina o prazo de 24 horas para que o preso seja conduzido à autoridade judicial. Por meio de uma pesquisa bibliográfica qualitativa, verificou-se que o instituto da audiência de custódia apresenta deficiências que comprometem sua eficácia, tanto por questões legais quanto estruturais.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Direitos do Preso. Direito Processual Penal.

ABSTRACT: Custody hearings relate to the rights of the prisoner under international treaties. The present article intends to point out the problems that surround the applicability of this institute, considering that Brazilian criminal law does not provide in its procedural code the possibility of contemplating the guarantee of these rights. The regulation is given through Resolution 213/2015 of the National Council of Justice, which determines the period of 24 hours for the prisoner to be taken to the judicial authority. Through a qualitative bibliographical research, it was verified that the institute of the custody hearing presents deficiencies that compromise its effectiveness, both for legal and structural questions.

Keywords: Human rights. Rights of the Inmate. Criminal Procedural Law.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos têm sido objeto de fervoroso debate no âmbito do Direito Penal. A Constituição de 1988 elencou princípios basilares para que o Estado garanta a manutenção da dignidade da pessoa humana, no sentido de que o cidadão brasileiro, mesmo em situação de delito, não possa sofrer tortura, discriminação ou qualquer sanção que venha ferir sua dignidade.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, por exemplo, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, da qual faz parte muitas nações, estabelece em seu artigo 7º que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

Nesse cenário nascem as audiências de custódia que foram regulamentadas em 2015 por meio de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – para que o preso em flagrante seja apresentado imediatamente a um juiz para que o magistrado averigue o estado físico do autuado, bem como previna a tortura e a manutenção de prisão provisória. Não se trata, portanto, de avaliar o mérito da prisão, se houve crime ou não, mas para garantir uma humanização no processo desde sua origem e evitar prisões desnecessárias.

Percebe-se que, em função da morosidade do processo legislativo na modificação, emenda ou extinção de alguma norma e a urgência em se aplicar o tratado internacional, o CNJ, para garantir o direito do preso de ser ouvido pela autoridade da Justiça determinou, por meio da Resolução 213/2015, que fossem realizadas audiências de custódia, em até 24 horas após o flagrante delito.

Ocorre que tal medida é notadamente paliativa, sendo necessária uma discussão no Congresso que possa reformar o código de processo penal, incluindo as audiências de custódia, de forma que o Estado possa atender ao objetivo de proteger a dignidade do preso, buscando corrigir os problemas existentes na aplicabilidade do instituto que contribuem para sua ineficácia.

Diante disso, o presente artigo buscou, através de uma pesquisa bibliográfica qualitativa, expor as dificuldades enfrentadas pelo poder judiciário em relação à aplicabilidade do instituto das audiências de custódia no âmbito do sistema processual penal brasileiro, objetivando identificar as causas das deficiências e os desafios a serem superados. Foi possível constatar que deficiências legais e estruturais comprometem a eficácia da aplicabilidade deste instituto no Brasil.

2 AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E OS DIREITOS HUMANOS

Audiência de Custódia é a terminologia que indica a apresentação, sem demora, do preso em flagrante diante do magistrado competente. Dessa forma, o preso em flagrante não é direcionado ao presídio, deverá ser apresentado pessoalmente perante o juiz, ao invés de ser enviado apenas o auto de prisão em flagrante.

O fato é que a realização da referida audiência busca cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) da qual o Brasil participou em 1992, que trata dessa questão em seu Art. 7º, item 5. O artigo prevê que as pessoas detidas devem, sem demora, ser colocadas diante do juiz, devendo ser processadas em prazo razoável ou ser posta em liberdade.

No sentido de regulamentar o procedimento, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 554/2011, que propõe a alteração do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, incluindo a obrigatoriedade da realização de audiências de custódia no Brasil, devendo, portanto, o preso ser apresentado no prazo máximo de vinte e quatro horas à autoridade judicial. Fundamentado na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Projeto também faz referência ao previsto no Pacto de Direitos Civis e Políticos, no seu art. 9º, item 3.

A aplicabilidade da audiência de Custódia tornou-se uma realidade no Brasil por uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quando em fevereiro de 2015 lançou o projeto com o objetivo de “combater a cultura

do encarceramento que se instalou no Brasil, através da monitoração eletrônica e do uso de medidas alternativas à prisão” (CNJ, 2016).

A audiência de custódia remete ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como ao Princípio da Excepcionalidade, pelo qual a prisão cautelar deve ser tratada como a última punição atribuível ao caso. De acordo com Lopes Jr. (2014), o princípio da excepcionalidade alinha-se à presunção de inocência, sendo um importante instrumento de civilidade, em que a prisão deva ser executada quando não houver mais alternativas para reparar o dano, reservada aos casos mais graves.

É importante salientar que a audiência de custódia não deve ser na forma de interrogatório, não sendo, portanto, um procedimento para se discutir o mérito da prisão. Neste caso, realiza-se uma espécie de entrevista, com o propósito de assegurar os direitos e garantias que o preso possui, buscando atestar a legalidade da prisão. (LOPES JR., 2014)

Como assegura o art. 93, inciso IX da Constituição Federal, o juiz deverá fundamentar sua decisão sob pena de nulidade: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas suas decisões, sob pena de nulidade.”

Roberto Delmanto Junior (2001) faz duas observações que apontam a extrema delicadeza em relação à audiência de custódia. Para ele, a prisão em flagrante tem forte carga de repressão ao crime e se encontra absolutamente distante do conceito de justiça e de sua aplicabilidade. Desse modo, pode-se dizer que a prisão em flagrante afigura-se bastante delicada, consistindo em forte instrumento de repressão.

O flagrante delito para Tales Castelo Branco (2001) é a plena posse da evidência, é a certeza plena quanto ao ato que acaba de ser cometido, e em face do qual seria impossível negar-se a autoria. Mirabete (2002), por sua vez, descreve o flagrante como o ilícito patente, irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, em mandado, por ser considerado a certeza visual do crime.

De acordo com o doutrinador Luiz Antônio Câmara (1997), a prisão em flagrante terá condições de se manter para além da situação flagrancial somente se as circunstâncias demonstrarem estar presentes os autorizativos

da prisão preventiva que estão legalmente tipificados; assim, é impossível pensar em cogitar-se a existência de cautela natural, automática, sobrevinda com o só ato da prisão. Deve-se dizer, portanto, que o flagrante serve muito mais à matéria probatória do que ao processo cautelar.

De acordo com Poli (2017) as audiências não ocorrem para discutir questões de mérito nem serem usadas como meio de prova contra o preso, devendo apenas tratar da legalidade da prisão e garantir a integridade física e moral da pessoa custodiada. Decide-se também pela liberdade provisória, aplicação de medida cautelar ou necessidade de prisão preventiva.

A audiência de custódia para Poli (2017) é um instrumento processual de grande relevância que serve como mecanismo de controle das prisões, proteção dos direitos e das garantias individuais previstas na Carta Magna e no combate à cultura do encarceramento, sobretudo quanto à banalização das prisões provisórias.

3 AS DEFICIÊNCIAS NA APLICABILIDADE

Para Nucci (2016) a audiência de custódia apresenta aspectos negativos ao afirmar que vigora uma velha política criminal com a tentativa de evitar a superlotação dos presídios para que o Poder Executivo não possa ter despesas com a abertura de novas vagas.

A audiência de custódia nasceu em meio a este cenário onde se espera que o preso possa comover o juiz ao apresentar suas razões por ter matado, estuprado, furtado e etc., conseguindo a liberdade ao invés de permanecer preso preventivamente. (NUCCI, 2016)

Observa-se que o doutrinador trata da utilidade da audiência de custódia, por meio de decisões onde o preso não foi apresentado ao juiz e esse feito não gerou nulidade, pois não é obrigatório que haja audiência de custódia e nem que se sigam os Tratados Internacionais, exige-se que atenda as premissas contidas na Constituição Federal e que a decisão que decretou a prisão esteja devidamente fundamentada.

Quanto a isso, Streck (2015) destaca a necessidade de investimento em medidas cautelares alternativas, tais como o monitoramento eletrônico e demais possibilidades para solucionar o problema da superpopulação dos presídios nacionais.

As controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência em relação às audiências de custódia vêm refletir na preocupação de autores e magistrados quanto à eficácia da medida, bem como quanto à solução dos problemas como a superlotação. Fica a dúvida se o contato do preso com o juiz será realmente eficaz, se trará mudanças positivas e se de fato os direitos do preso serão respeitados.

De acordo com o CNJ (2017), desde a edição da Resolução 213/2015 até abril de 2017, foram realizadas 229.634 audiências de custódia no Brasil. Destas, 103.669 resultaram na liberdade dos presos em flagrante, representando 45,15% do total e 125.965 delas resultaram em prisão preventiva, representando 54,85% do total.

Os dados do CNJ, segundo Magalhães (2017), refletem negativamente nos órgãos policiais e torna desestimulante para os agentes da lei a missão de enfrentamento do crime nas ruas, já que a maior parte das prisões realizadas resultará na soltura dos indiciados, ainda que futuramente venham a ser submetidos ao processo criminal. Há frente a isso um sentimento de desestímulo de parte do corpo policial em realizar sua missão, gerando indesejável impunidade, possibilitando a presença de cada vez mais indivíduos perigosos nas ruas.

No Estado do Tocantins, as audiências de custódia seguem o rito previsto na recente resolução do TJ-TO, nº 36, de 19 de outubro de 2017. As audiências são presididas pelo juiz para garantir a legalidade da prisão. Participam também um promotor de justiça e um defensor público, ou o advogado do acusado.

Ainda conforme a Resolução do TJ-TO, o juiz poderá se valer da estruturação da central de alternativas penais, central de monitoramento eletrônico, central de serviço e assistência social e câmaras de mediação penal como opções ao encarceramento provisório, conforme o caso.

Como defende a Resolução 213/2015 do CNJ, há um prazo de 24 horas para que o preso seja colocado de frente ao juiz, contudo, existem crimes com um grau de complexidade maior e de caráter transnacional, apontando a necessidade de dilação desse prazo.

É salutar destacar que não fica claro a partir de quando se deve contar o prazo, se a partir do flagrante delito, se depois de dada voz de prisão, se a partir da apresentação do acusado ao delegado de polícia, se do registro do boletim de ocorrência, se do ato de lavratura.

No Tocantins, conforme Resolução Nº 36 do Tribunal de Justiça do Estado, o prazo de 24 horas começa a ser contado a partir da comunicação da prisão, enquanto que na Resolução do CNJ fala-se em comunicação do flagrante. Surge uma dificuldade de interpretação sobre o exato momento do processo em que se conta o referido prazo.

A questão da competência é outro ponto obscuro que se pode destacar na Resolução. Quando se tratar de casos em que a custódia seja cumprida fora do âmbito jurisdicional do juízo processante, prevê-se como competente uma "autoridade judicial competente", o que remete à possibilidade de outro juiz, além do natural, poder avaliar as prisões cautelares. (VILELA, 2016)

Além disso, de acordo com Vilela (2016), analisando o parágrafo 3º do artigo 1º da resolução 213/2015, em um caso hipotético em que se descobre que uma pessoa foi presa indevidamente, por má-interpretação dos agentes da lei, deve haver neste caso relaxamento de prisão, gerando dúvida quanto ao fato de um juiz de primeiro grau relaxar uma prisão em processo de competência originária do Tribunal. Não se sabe ao certo se bastará designação do Presidente ou Relator para dar juridicidade a um relaxamento que seja proferido por um juiz de primeiro grau.

4 DESAFIOS AS SEREM SUPERADOS

A aplicabilidade do instituto requer uma estrutura adequada que vai desde a frota de veículos destinados ao transporte dos presos até ao contingente policial disponível para garantir que o preso seja conduzido com segurança e evitar fugas, evitando inclusive a exposição da sociedade ao perigo.

A quem defenda que a Resolução 213/2015 do CNJ desrespeita a tripartição dos poderes prevista na Constituição Federal. Segundo Magalhães (2017), delegado da Polícia Civil de São Paulo e especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, os estados não se prepararam para receber a edição desta resolução, deixando de provisionar recursos para subsidiar despesas com mais esta função.

A consequência prática da exigência prevista na Resolução 213/2015 do CNJ, segundo Magalhães (2017), é a sobrecarga de trabalho nos órgãos policiais, que, em sua maioria, se encontram com número deficitário de servidores, como para o transporte dos presos.

Vilela (2016) defende que o STF, os demais tribunais e o CNJ não possuem competência para legislar sobre nova modalidade de audiência, mesmo que a fim de atender determinações de tratados internacionais. Com a Resolução 213/2015, segundo ele, o CNJ legislou abertamente sobre direito processual penal, impondo obrigações ao judiciário e até mesmo às secretarias de segurança pública, sendo, portanto, uma clara infração ao princípio da separação dos poderes prevista na Constituição Federal.

Quanto a isso, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES – ajuizou a ADI 5.448 no STF questionando a constitucionalidade da Resolução 213/2015, alegando que esta cometeu inconstitucionalidade formal por usurpação de competência, já que a aplicabilidade das audiências de custódia é matéria de Direito Processual Penal, de competência privativa do Congresso Nacional. O STF entendeu que a associação não tem legitimidade para impugnar a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 2015)

De acordo com Magid Nauef Láuar, presidente da ANAMAGES, antes da aplicabilidade deste instituto deveria ter sido criadas condições mínimas para tal. Não se pode exigir do magistrado mais essa atribuição sem, contudo, dar-lhe condições estruturais para realizá-la. Além disso, segundo ele, a medida não diminuirá a criminalidade, mas sim poderá resultar na existência de uma contraditória política criminal com o objetivo de economizar no investimento em presídios. (MANSO, 2017)

Para Carmo (2018), agravam-se os problemas em torno da aplicabilidade do instituto da audiência de custódia o fato de que uma parcela considerável dos autuados em flagrante demonstra desinteresse nos processos instaurados contra eles. Em sua maioria, os custodiados são pessoas simples, pouco instruídos, marginalizados, de vida desregrada e de endereço incerto.

Para essas pessoas, no entendimento de Carmo (2018), a solução satisfatória para o problema é a sua própria liberdade, independente do processo criminal, não se importando com as consequências, dificultando o trabalho do judiciário numa futura citação. O comportamento fugaz dessas pessoas acaba por beneficiá-las em razão da prescrição da pretensão punitiva.

Um ponto preocupante para o Sindicato dos Delegados de Polícia Civil do Distrito Federal é com o aumento dos relaxamentos de prisão e das liberdades provisórias, que pode ser interpretado pela sociedade como impunidade. Para o sindicato, o sistema carcerário brasileiro está falido, com mais de 700 mil pessoas presas e um deficit de mais de 200 mil vagas. As solturas estão acontecendo, mas é um resultado da aplicação severa da lei. (MANSO, 2017)

Em resumo, para os que se posicionam contra a Resolução 213/2015, segundo Manso (2017), como é o caso da ANAMAGES, ADEPOL e o jurista Guilherme Nucci, as audiências de custódia sobrecarregam o sistema jurídico brasileiro, obrigando-o a ampliar a disponibilidade de recursos humanos e materiais.

Alegam que o procedimento previsto no artigo 306 do Código de Processo Penal – CPP tem previsão satisfatória para que o juiz tome conhecimento da prisão e determine a tomada de medidas necessárias e que o instituto das audiências de custódia só poderia existir a partir de alterações feitas no próprio CPP, passando pelo crivo do Congresso Nacional como prevê a Constituição Federal.

Para que o instituto da audiência de custódia seja efetivo a alcance sua finalidade é preciso que, de acordo com Poli (2017), haja controle de constitucionalidade e de convencionalidade a fim de que o sistema jurídico adéque-se às garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, que todos os envolvidos passem por treinamentos, que haja investimentos em infraestrutura e pessoal, ocorrendo plena mudança no sistema processual penal que possa viabilizar a aplicabilidade da medida.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou identificar, através de pesquisa bibliográfica qualitativa, as deficiências da aplicabilidade da Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta o instituto das audiências de custódia. Verificou-se que a medida adotada com o intuito de fazer cumprir dispositivos internacionais de proteção aos direitos humanos tem encontrado dificuldades por questões legais e estruturais.

Observou-se que as audiências de custódia não se limitam a ser um simples mecanismo processual, mas um instrumento de humanização que

garante aos presos em flagrante delito seus direitos fundamentais, como manutenção de sua integridade física e psíquica, além de reduzir a superlotação nos presídios.

Percebeu-se que uma parcela significativa de especialistas defende que o CNJ, ao editar a Resolução 213/2015, feriu o princípio constitucional de separação dos poderes, ao legislar sobre matéria processual penal que é competência privativa do Congresso Nacional.

Verificou-se que existem questionamentos por parte de magistrados, juristas e profissionais ligados à Segurança Pública quanto à eficácia do instituto das audiências de custódia, tendo em vista que a maior parte das audiências realizadas resulta na soltura dos indiciados, podendo promover na sociedade um sentimento de impunidade.

O próprio texto da Resolução em alguns pontos gera controvérsias. O prazo de 24 horas estabelecido pelo CNJ para atender ao dispositivo internacional que prever apresentação do preso “sem demora” à autoridade judicial não pode ser cumprido em casos de crimes de maior complexidade e de natureza transnacional. A “autoridade judicial competente” também não ficou muito clara na Resolução, especialmente nos casos de cumprimento da custódia fora da jurisdição do juízo processante, podendo assim outro juiz decidir sobre prisões cautelares.

Percebeu-se também que a aplicabilidade da medida fica comprometida em função da pouca estrutura oferecida pelo Estado para garantir que as audiências sejam realizadas nas condições previstas na Resolução. Não houve um planejamento quanto aos recursos a serem utilizados que pudesse garantir o pleno cumprimento do dispositivo.

Conclui-se que o instituto das audiências de custódia busca trazer para o âmbito processual penal a aplicação dos direitos do preso, considerando os tratados internacionais que defendem os direitos humanos. Nesse sentido, a pesquisa aponta a necessidade de se tratar a medida em Lei aprovada pelo Congresso Nacional, a fim de sanar os vícios em torno de sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** *In:* Vade Mecum Saraiva. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia.** Brasília: CNJ, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Audiências de custódia, prisão provisória e medidas cautelares:** obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Fórum Brasil Segurança. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/4269e81937d899aa6133ff6bb524b237.pdf>> Acesso em: 20 de set. de 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213/2015 do CNJ.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em 01 de maio de 2018.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e Liberdade Provisória.** Curitiba: Juruá, 1997.

CARMO, Luiz Carlos do. **A impunidade decorrente das audiências de custódia.** Artigo publicado em Janeiro/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63297/a-impunidade-decorrente-da-audiencia-de-custodia>> Acesso em: 18 de set. de 2018.

DELMANTO Junior, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUNIOR, José Carlos P. Ferreira. Blog. Projeto Exame da Ordem. **A audiência de custódia no Processo Penal brasileiro.** Disponível em: <<http://blog.projetoexamedeordem.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro>> Acessado em 02 de maio de 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, Lucas Neuhauser. **Falhas da audiência de custódia aumentam gastos públicos e insegurança na**

sociedade. Revista **Consultor Jurídico**. 27 de junho de 2017. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/lucas-magalhaes-audiencia-custodia-medida-redundante-aumenta-gastos>> Acesso em 22 de set. de 2018.

MANSO, Eduardo de Oliveira. **Audiência de custódia, suas polêmicas e sua importância para o processo penal brasileiro.** Boletim Conteúdo Jurídico nº 789 de 28/01/2017 (ano IX). Disponível em <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj588332.pdf>> Acesso em: 18 de set. de 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

POLI, Camilin Marcie de. A (in) efetividade da audiência de custódia face à mentalidade inquisitória. Site Justificando, 20/12/2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/12/20/inefetividade-da-audiencia-de-custodia-face-mentalidade-inquisitiva>> Acesso em: 18 de set. de 2018

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei Nº 554, de 06 de setembro de 2011.** Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília: Senado Federal 2011.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5.448 – DF.** Brasília: STF, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Desde 1992, a falta de audiência de custódia pode anular condenações?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>> Acesso em 15 de maio de 2018.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça. **Resolução nº 36 de 19 de outubro de 2017.** Disponível em <http://www.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/1352> Acesso em 13 de maio de 2018.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. **Audiência de custódia** – A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADI 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. Revista dos Tribunais 2016, Vol. 970 (agosto/2016). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n_970.09.PDF Acesso em 20 de set. de 2018.

LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA EM CASOS DE VIOLÊNCIA FAMILIAR SISTÊMICA

JÚLIA MILHOMEM COSTA: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Palmas - TO.

ANTÔNIO CESAR MELLO

(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: O presente trabalho aborda a violência familiar sistêmica, violência doméstica e familiar, e legítima defesa antecipada. Por se tratar de situações onde muitas vezes mulheres não conseguem ter reação no momento da agressão sofrida, só vindo a ter depois em momentos de descanso do agressor, a presente tese é bastante discutida, pois para a doutrina tradicional, crime é toda ação típica, antijurídica e culpável. Porém, em algumas situações previstas no ordenamento jurídico, apesar do fato ser ilícito, não será punível por estar amparado por causas excludentes de ilicitude. A visão sistêmica possibilita analisarmos cada caso como único e sermos justos, respeitando as lutas diárias de cada uma dessas mulheres, levando em consideração todo contexto e complexidade do fato, para assim obtermos a absolvição da ré (vítima).

Palavras-Chave: Violência Familiar Sistêmica, Violência Doméstica, Legítima Defesa Antecipada.

ABSTRACT: The present work deals with the systemic family violence, domestic violence, family, and self defense. For the case of situations where often women can't have a reaction at the time of the aggression suffered, only been after in times of rest of the attacker, this thesis is quite disputed because for the traditional doctrine, crime is all typical action antijurídica and guilty. However, in some situations provided for by the legal system, despite the fact be illicit, shall not be punishable for being supported by exclusive causes of objections. The systemic view allows you to analyze each case as unique and be fair, in accordance with the everyday struggles of each of these women, taking into account all context and complexity of the fact in order to obtain the acquittal of the defendant (victim).

Key Words: Systemic Family Violence, Domestic Violence, Self-defence Anticipated

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Violência familiar de gênero. 3. Violência familiar sistêmica. 4. Violência doméstica e familiar. 5. Legítima defesa e legítima defesa antecipada. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É comum lermos ou vermos notícias sobre violência familiar de gênero, pois infelizmente esta ocorre de maneira habitual e reiterada. Diante da complexidade que envolve o contexto familiar, a doutrina vem se utilizando do termo “violência sistêmica”, quando se refere a violências habituais e reiteradas.

A Lei Maria da Penha trouxe mecanismos que possibilitam que mulheres possam denunciar esses casos de agressões, cuja finalidade é cessar essa violência. E quando elas não têm como recorrer ao poder estatal? Quando as vítimas estão desassistidas! Vários são os fatores que devem ser levados em consideração para verificarmos se está havendo eficácia no amparo estatal, para proporcionar uma segurança, devolver a paz social, a integridade moral e física a mulher vítima de violência.

Geralmente quando falado em violência doméstica, paramos nas denúncias, prisão do denunciado ou com pesar ao noticiar um feminicídio! O Feminicídio é uma realidade cruel, para as vítimas de violência doméstica. Muitas mulheres não suportam mais as reiteradas agressões, ameaças de morte, e a falta de uma punição justa aos agressores, e em um momento de desespero para salvar a própria vida, acabam assassinando seus agressores, enquanto estes estão descuidados, dormindo... antes que eles possam as matar.

Como condenar essa mulher por homicídio doloso, se tudo o que ela queria era viver? Parar de apanhar, cessar as dores de seu corpo e sua alma.

As práticas diárias mais noticiadas entre as vítimas são: ameaças, intimidações, violência patrimonial, exibição de armas, insultos e ofensas à honra objetiva e subjetiva, além dos atos de agressão física (vias de fato, lesão corporal, tentativa de feminicídio).

Por que não ter um julgamento justo, onde se leva em consideração o sofrimento físico e psicológico de anos dessa mulher e a omissão do Estado com a preservação da vida dela? Na maioria das cidades brasileiras não têm delegacias especializadas para acompanhar e proteger essas mulheres! Por muitas vezes é matar ou morrer.

2. VIOLÊNCIA FAMILIAR DE GÊNERO

Aproveitando da definição feita por Alves (2005, apud Machado e Gonçalves, 2003), violência doméstica é “qualquer ato, conduta ou omissão que sirva para infligir, reiteradamente e com intensidade, sofrimentos físicos, sexuais, mentais ou econômicos, de modo direto ou indireto”.

Bom, é comum que homens recorram à agressão verbal e/ou física, quando contrariados. Isso por serem valorizados pela força e agressividade. Muitos ainda acham que os homens são superiores às mulheres, ou que eles têm total domínio sobre suas vidas, e que a maneira mais eficaz de cessar um conflito com elas, é apelar para a violência. Em muitos casos onde as agressões acontecem, para justificar ou minimizar a responsabilidade de quem cometeu tal ato, atribuem as ações praticadas por uma pessoa à biologia ou, a quem foi vítima da agressão. Outro discurso comum é culpar o uso de álcool, drogas ou o ciúme como causa da violência.

A violência familiar de gênero foi tratada pela primeira vez no Brasil de forma específica, por meio da publicação da Lei nº 11.340 de 2006, apelidada como “Lei Maria da Penha^[2]”, em homenagem a uma das tantas vítimas da agressão. Antes disso já previam regras de direitos humanos na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher que foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução nº 34/180, de 18 de dezembro de 1979, sendo adotada no âmbito do sistema global, assim como a Convenção

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, e os direitos das mulheres na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Lei “Maria da Penha” é uma conquista muito grande no âmbito da legislação brasileira, pois é específica para determinar políticas públicas e punições distintas em razão deste quadro de violência.

Torna-se necessário diferenciar a “violência de gênero” da “violência doméstica”. A relacionada ao gênero envolve a questão da histórica cultura machista e do poder de um gênero em relação ao outro, geralmente, do masculino sobre o feminino. Já a doméstica, é mais ampla e aborda um quesito espacial, ou seja, é qualquer forma de violência praticada no âmbito do lar, da coexistência ou de um grupo familiar privado, assim não implica em destacar só a mulher como vítima, mas qualquer um dos vulneráveis que estejam sendo subjugados dentro de seus lares.

O artigo 7º da Lei nº 11.340/06, traz as formas de violência a serem coibidas contra a questão de gênero no ambiente familiar, são elas: “à violência física; a violência psicológica; a violência sexual; a violência patrimonial e a violência moral”.

3. VIOLÊNCIA FAMILAR SISTÊMICA

Por séculos acreditou-se que não se podia interferir nas relações e em conflitos ocorridos na intimidade de cada família, que a vida familiar era particular e cada homem teria o poder e dever de manter a ordem sobre a sua, mesmo que para isso tivessem de usar da força.

Quando falamos em visão sistêmica devemos levar em consideração o fato em si, o contexto da violência familiar, como ocorreu e onde ocorreu. Um ato de violência tem “autor” e “vítima”. O contexto que possibilita o fato tem influência social decorrente de retroalimentação da cultura de violência que carregamos conosco. Portanto como explica a psicoterapeuta especializada no assunto, Telma Lenzi: “(...) ao incluirmos a

noção da complexidade das causas, estamos dizendo “NÃO” à simplificação e ao reducionismo”.

Não existe um perfil de vítima e agressor, tampouco padrões absolutos de comportamentos. Temos que ir ao cerne das relações familiares para compreendê-las. E na prática sabemos que pode haver muitas configurações. O contexto de cada família onde ocorre a violência é essencial para identificar as discriminações de gênero que estão envolvendo as agressões reiteradas.

No âmbito doméstico a violência é cruel, pois o agressor conhece intimamente a vítima. Ele sabe exatamente o que fazer para manipulá-la e fazer com que a mesma acredite ser merecedora do acontecido, “por ser vagabunda, entre outros xingamentos” ou que foi apenas um caso isolado e não acontecerá mais e/ou que irá mudar. Com tudo as agressões não param e tendem a ser praticadas de forma gradativas, contínuas (nos termos do artigo 71 do Código Penal brasileiro) e habitual. E com isso o medo se instala e dificilmente haverá denúncia um dia.

Na visão de Maria Berenice:

É difícil denunciar quem reside sob o mesmo teto, pessoa com quem tem um vínculo afetivo e filhos em comum e que, não raro, é responsável pela subsistência da família. A conclusão só pode ser uma: As mulheres nunca param de apanhar, sendo a sua casa o lugar mais perigoso para ela e os filhos. (DIAS, 2007, p.17).

Estas violências não são praticadas apenas em relacionamentos familiares, mas também nos intrafamiliares. Muitos ex-companheiros não aceitam o fim de um relacionamento... e na tentativa de “boicotar” a vida social, amorosa ou no tentamento de uma reconciliação, mediante recusa, acabam se excedendo partindo para lesão corporal, e/ou até chegando ao feminicídio.

As penas para lesão corporal são bem ínfimas se comparadas com o que a vítima sofreu, e o denunciado já sai em regime aberto. As penas são

de 06 (seis) meses a um ano de detenção para lesão corporal simples (agressão que causa vermelhidão, desmaio, dores, etc) e entre 01 (um) e 05 (cinco) anos de reclusão para lesão corporal grave (ações que acabam fazendo com que a vítima não seja mais capaz de realizar tarefas simples sejam em casa, de lazer e até mesmo de trabalho, por mais de 30 dias, ou que coloque sua vida em risco, além das que possam causar debilidade permanente). Vale ressaltar que a grande parte dos denunciados alega terem praticado a violência em legítima defesa.

Um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia foi o recurso de apelação 00135451820148220501, no qual o Acórdão por unanimidade deu provimento parcial à apelação nos termos do voto da relatora, não aceitando a tese de legítima defesa, por parte do denunciado.

Ementa: Apelação criminal. Violência doméstica. Lesão corporal. Materialidade e autoria comprovadas. Legítima defesa própria. Requisitos. Não comprovação. Inexigibilidade de conduta diversa. Inocorrência. Condenação mantida. Ameaça. Prova. Palavra da vítima isolada. Dúvida. In dúbio pro reo. Absolvição. Recurso parcialmente provido. 1. Afasta-se as teses de legítima defesa própria e inexigibilidade de conduta diversa quando o recorrente não se desincumbe de provar todos os seus requisitos legais, notadamente quanto à primeira, a injusta agressão, atual ou iminente e o uso moderado dos meios necessários. 2. Mantém-se a condenação pelo crime de lesão corporal quando as provas carreadas aos autos se mostrarem harmônicas nesse sentido, notadamente pelo seguro e coerente depoimento de vítima, laudo de lesão corporal e demais elementos de provas. 3. Absolve-se o recorrente quanto ao crime de ameaça quando as provas carreadas para os autos não forem suficientes para sanar a dúvida quanto à existência

do fato. 4. A palavra da vítima a que se atribui relevante valor probatório para a condenação é aquela que, necessariamente, vem acompanhada de outros elementos de provas, não bastando sua versão solteira em simples confronto com a versão do réu. 5. Recurso parcialmente provido. (Apelação, Processo nº 0013545-18.2014.822.0501, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Desª Marialva Henriques Daldegan Bueno, Data de julgamento: 10/08/2016)

(TJ-RO - APL: 00135451820148220501 RO 0013545-18.2014.822.0501, Relator: Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno Impedimento: Desembargador Daniel Ribeiro Lagos, Data de Julgamento: 10/08/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 22/08/2016).

É sabido que o feminicídio é um crime anunciado e que na maioria dos casos a vítima já vinha recendo ameaças de morte e sofrendo violência doméstica. Por isso, é importante que tenhamos consciência de que, quem ameaça pode matar. Não podemos acreditar que a ameaça seja apenas para intimidar, pois na verdade ela é um desejo que já vem sendo externado pelo agressor, que poderá ser cumprido a qualquer momento.

4. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

No exato momento em que a agredida procura proteção estatal, o sistema passa a ter responsabilidade sobre ela, pois o estado deve proteger e acolher com urgência as vítimas de agressão.

Porém a oferta dessa proteção ainda é insuficiente, por falta de estrutura para acolhê-las, principalmente nas cidades pequenas, nos interiores brasileiro, e com isso, essas mulheres voltam para suas casas sujeitas a novos ataques.

Um dos principais aspectos da Lei Maria da Penha, são as medidas protetivas de urgência. Elas foram criadas como mecanismo rápido, de fácil acesso e proteção imediata às mulheres. No entanto, a burocracia, o tradicionalismo jurídico na aplicação, e até a falta de delegacias especializadas, têm sido obstáculos para o cumprimento do previsto na legislação. Para as autoras, a postura do Poder Judiciário é protelatória, pois “ignora o caráter urgente da medida e sobrecarrega as vítimas com um ônus argumentativo e probatório” (DINIZ; GUMIERI, 2016, p. 215).

A preocupação com a prova, elemento para o oferecimento da denúncia, é uma postura inadequada nos casos dos pedidos de medidas protetivas, pois estas se revestem de caráter urgente e protetivo e não de instrumentalização para o processo penal (CAMPOS, 2016).

Em 2013 todas as capitais brasileiras se propuseram a criar políticas públicas, para proteger as agredidas e punir os agressores, contudo, são poucos os pequenos municípios que conseguiram ter essa estrutura. A maioria das cidades pequenas não tem nem delegacias especializadas, tampouco políticas públicas. Há um grande descaso por parte dos gestores em atender a mulher e isso faz com que continuem desassistidas sem saber onde buscar ajuda.

Principalmente nas pequenas e pacatas cidades, as mulheres são criadas para servir e os homens para serem servidos. Nestas sociedades machistas quando uma mulher ousa a querer sair de uma relação conflituosa, e o homem não aceita, e ela paga com a vida. Por medo dessas constantes ameaças, muitas vivem por muitos anos dentro de relacionamentos abusivos onde o ciclo da violência aumenta a cada dia.

O dano causado pela não concessão de uma medida protetiva ou pela concessão não eficaz, pode fazer com que mulheres vítimas de violência doméstica, desamparadas pelo Poder Público, tenham que cessar as agressões por si só, como no caso de Ana Raquel dos Santos Trindade, amplamente noticiado, mostra as consequências da visão negligente e burocrática do sistema de justiça em casos de violência contra a mulher. Mesmo tendo procurado a Delegacia da Mulher de Florianópolis (SC) por mais de dezoito vezes e registrado boletins de ocorrência contra seu ex-

namorado, nada foi feito por qualquer instituição do sistema (Delegacia da Mulher, Ministério Público, Defensoria e Poder Judiciário). Como consequência, Ana Raquel, em um ato de desespero, matou o ex-namorado com mais de dez tiros. Ou seja, a omissão de todas as instituições de justiça, coletiva e individualmente, foi responsável pela atitude que levou Ana Raquel a matar o ex-companheiro. (UOL. 2016).

5. LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA

A legítima defesa, causa de exclusão da ilicitude tratada no Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, no seu artigo 25, caput, diz: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente^[3], a direito seu ou de outrem".

Desta forma, a justificante fixa-se na relação de necessidade de garantir-se a conservação humana, possibilitando apenas condições de "equiparar" forças entre o agressor e o agredido, já que este deve se valer de meios necessários para repelir a injusta agressão, mas moderadamente.

Por se tratar de uma situação em que, muitas vezes, a mulher não consegue ter reação no momento da agressão, só vindo a ter depois, num momento de "descanso" ou "distração" do agressor, a legítima defesa antecipada é muito questionada, pois se caracteriza quando a vítima antecipa-se a um ataque futuro e certo de seu agressor, o atacando antes, por saber que não terá meios de suportar novos ataques. E de vítima a mulher passa a ser ré. A referida tese se deve ao fato de que a ré, além de ser obrigada a defender-se, antecipando-se, para salvaguardar sua vida, ainda teria que se submeter a um processo criminal.

Os réus perdem assim tese absolutória preciosa, máxime diante da ainda, por incrível que pareça, rejeição de alguns juízes em quesitar a inexigibilidade. E tais réus são, aqui, quase-vítimas duas vezes: porque quase foram mortos e porque, ao se defenderem como podiam, adquiriram tão indesejável *status* processual. (DOUGLAS, 2003, p. 1).

Um suporte a tese, é importe conhecer a teoria da responsabilidade, proposta por Cluas Roxin, penalista alemão, onde ele substitui culpabilidade por responsabilidade, para complementar o injusto na teoria do delito. Nas palavras de Moreira et al. (2008, p. 16)

(...) consiste em acrescentar um novo conceito à culpabilidade, aproveitando a tradicional culpabilidade e inserindo a necessidade de prevenção especial e geral positiva, ou seja, apesar do sujeito ter praticado uma conduta típica e ilícita, não haveria a necessidade de ser responsabilizado, ficando este livre da sanção penal (por prevenção especial e prevenção geral), pois seu ato não o colocou a margem da sociedade. Desta forma, a própria sociedade repele a aplicação da punição. Por conseguinte, a necessidade de prevenção geral positiva é abortada, partindo da análise do caso específico, da verificação da falta de responsabilidade da inexistência de maus exemplos sob o prisma do funcionalismo.

De forma que não seria necessário aplicar uma sanção penal, quando apesar de ter cometido um ato delituoso o agente não precisar ser ressocializado. Já que esta é a principal função da pena. Para mais, a falta de punição não trará maus exemplos para a sociedade tendo em vista que só cometeu o ato delituoso devido a uma situação específica.

Para a maioria doutrinária, qualquer atuação depois de cessada à situação de perigo proveniente da agressão injusta é caracterizada como vingança, a qual não pode ser tolerada pelo Direito Penal sob o manto de justificante. Porém, parte da doutrina, acredita que, poderá sim ser justificada a legítima defesa antecipada em casos remotos, quando ficar constatado que o agredido não teria qualquer outro meio para defender-se e seja indispensável à conservação da espécie, por ser a única forma de se defender. E uma vez que a na agressão a condição para a legítima defesa antecipada, o evento é futuro e certo. Certeza essa que decorre das particularidades de cada caso, a serem analisadas de acordo com os

ensinamentos da Teoria da prova, que se inicia com as ameaças (mais aviso que ameaça) e finaliza no exercício da defesa antecipada em um meio absolutório.

É preciso bom senso, na hora de analisar a legítima defesa antecipada, pois:

Assim, como o estado puerperal não é compreendido cronologicamente, mas psicologicamente, a atualidade ou iminência da agressão não deve ser pesada friamente, ou contada apenas com um cronômetro. É preciso, sempre, bom senso. Diga-se de passagem, a razoabilidade aqui demandada é o aspecto material de direito constitucionalmente assegurado, qual seja o *due process of law* (art. 5º, LIV, CF). Devemos, pois, interpretar a iminência da agressão não só com o auxílio de cronos mas também de logos. (DOUGLAS, 2003, p. 1).

Francisco Dirceu Barros levou a Júri, o caso de Severina, que contratou um matador para ceifar a vida do próprio pai, por quem sofreu inúmeros abusos durante anos. Ela chegou a ir a uma delegacia denunciá-lo, mais o delegado não acreditou e ela teve que voltar para a casa com o pai.

Diz ela:

Antes disso, eu ainda procurei os meus direitos, mas perdi. Há uns 15 anos fui à delegacia, mas ouvi o delegado falar para eu ir embora com o velhinho (o pai), que era uma boa pessoa. O homicídio foi no dia 15 de novembro de 2005. No cemitério já tinha um carro de polícia me esperando. Na cadeia passei um ano e seis dias. Depois do julgamento, fiquei feliz. “Agora, quero viver e ficar com meus filhos (2011)”.

Em casos de violência doméstica a palavra da vítima merece ser acreditada, pois tais violências ocorrem em sua maior parte, sem

testemunhas e reiteradamente. Vale ressaltar que essa credibilidade não é uma garantia absoluta, de modo que para que ela se mantenha hígida é necessário que a versão da vítima encontre o mínimo amparo em outras provas dos autos. Quando a vítima se fia na proteção do Estado e este permanece inerte ou ineficaz. Não se pode cobrar que a agredida após ver a inércia estatal, aposte sua vida, esperando a Polícia dessa vez salvar sua vida. Há de convir que o meio necessário às vezes possa ser a antecipação suficiente da resposta defensiva.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contradição que existe entre a realidade social e o ordenamento jurídico conduz a situações excepcionais, ocasionando uma busca incessante do operador do direito, do consenso entre os fatos sociais e a norma legal. Desta forma várias teses foram criadas para solucionar essa divergência. De modo, que a “legítima defesa antecipada” foi a solução encontrada mais razoável e justa, para a mulher que é injustamente agredida, e, ao mesmo tempo, está órfã da proteção estatal, até pelo fato de o Estado não ser onipresente, por vezes deixa pessoas desprotegidas, o que atribui à mulher o direito de lutar pela sua própria vida, ou seja, o direito dela estar viva, mesmo que seja necessário tirar a vida de outrem que injustamente a agride.

Não podemos aceitar que uma mulher que não têm meios a recorrer, que estar desamparada pelos órgãos de combate a violência doméstica e familiar, sem ter onde pedir ajudar, com pouca informação sobre seus direitos seja julgada por homicídio doloso. A visão sistêmica possibilitar analisarmos cada caso como único e sermos justos, respeitando as lutas diárias de cada uma dessas mulheres. Esses casos já são merecedores de legítima defesa seja antecipada ou qualquer outra expressão semelhante, pois para estar assegurado pela legítima defesa deve haver agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, agressão esta cessada com o uso moderado dos meios necessários, moderação esta que se é questionada tanto na escolha quanto nos meios utilizados de defesa.

Por tanto, para que a tese seja aceita nos casos de violência familiar sistêmica e conseqüentemente obter a absolvição, torna-se necessária a

demonstração do conjunto de circunstâncias que justifique a conduta da ré, a título de exemplo: a certeza da agressão futura e certa, ausência de proteção estatal, que tinha motivos bastantes para proceder em legítima defesa antecipada, impossibilidade de suportar certos riscos, procedendo preventivamente em casos extremos. O evento deve ser analisado diverso das demais situações de legítima defesa, pois se trata de uma nuance sistêmica, ou seja, há vários aspectos a serem analisados, como o medo de procurar as autoridades e não ser suficientemente protegida e com isso intensificar as crises com o agressor.

Os juízes togados, mais cautelosos na interpretação da lei, para não feri-la, podem repensar a interpretação dos requisitos da defesa legítima de uma pessoa exercendo, como pode, o sagrado direito de se proteger.

Ainda que não se considere a violência sistêmica uma justificativa a legítima defesa antecipada, diante das particularidades, cabe aceitar que, se a violência é contínua e/ou habitual e, a mulher, no momento da injusta agressão, não tem condições de repeli-la, mas consegue logo depois, quando o agressor se distrai, justificaria causa exculpante da conduta.

7. REFERÊNCIAS

CAMPOS, Carmen Hein. **Dez anos da Lei Maria da Pena:** e agora Maria, para aonde? Revista dos tribunais, v. 974, dez. 2016, p. 155-170.

CAMPOS, C. H.; CARVALHO, S. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica:** a experiência brasileira. In: CAMPOS, C. H. Lei Maria da Pena comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-169.

CEPIA, 2013. **Violência Contra a Mulher e Acesso à justiça:** Estudo comparativo sobre a aplicação da lei em cinco capitais. Rio de Janeiro: Cepia, 2013.

DINIZ, D.; GUMIERI, S. **Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Pena no Distrito Federal entre 2006 e 2012.** In: PARESCHI, A. C. C.; ENGEL, C. L.; BAPTISTA, G. C. (Org.). direitos humanos, grupos

vulneráveis e segurança pública. Brasília/DF: Ministério da Justiça, 2016. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6). p. 205-231.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a Violência contra a Mulher**. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 01 maio 2018.

LENZI, Telma. **Visão sistêmica da violência**. Disponível em: . Acesso em: 10 jan. 2018.

GOVERNO DO BRASIL. **Maria da Penha**. Brasília/DF. Disponível em: . Acesso em: 07 fev. 2018.

COMPROMISSO E ATITUDE. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: . Acesso em: 20 mai. 2018.

WELLE, Deutsche. **Justiça é lenta para julgar violência contra a mulher**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/justica-e-lenta-para-julgar-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

BARROS, Francisco Dirceu Barros II. **Severina: assassina ou santa? O sertão que não tem o cordel encantado**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: . Acesso em: 20 mai. 2018.

MERLINO, Tatiana. **No dia da mulher, nada a comemorar**. Disponível em: . Acesso em: 07 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A violência doméstica na Justiça**. Disponível em: . Acesso em: 08 mar. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Proteção às vítimas ainda é insuficiente**. Brasília/DF. Disponível em: . Acesso em: 20 mar. 2018.

BANDEIRA, Regina. **Nos casos de violência doméstica, denúncia garante a aplicação da lei.** Brasília/DF. Disponível em: . Acesso em: 10 abr. 2018.

COURA, Carlos Boaventura Dias. **[A legítima defesa antecipada como causa supralegal de exclusão da ilicitude.](#)** Revista Jus Navigandi. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2018.

TORRES, Aline. **Mulher que matou ex com 12 tiros e foi absolvida vive agora rotina de medo.** UOL. Disponível em: . Acesso em: 07. Mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal. **[Apelação Processo nº 0012545-18.2014.822.0501.](#)** Relatora do Acórdão Desembargadora Marinalva Henrique Daldegan Bueno. Julgado em 10 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=legitima+defesa+putativa+violencia+contra+a+mulher>. Acesso em 05 de out. 2018.

HENRIQUE, Guilherme. **Falta de proteção contra violência doméstica nas cidades pequenas, diz Maria da Penha.** Brasil de Fato. Disponível em: < <https://www.brasildefato.com.br/2018/08/07/falta-protecao-contraviolencia-domestica-nas-cidades-pequenas-diz-maria-da-penha> > Acesso 05 de out de 2018.

NOTAS:

1. Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Orientador deste artigo de conclusão de curso;

antoniocesarmello@hotmail.com .

[2] *Maria da Penha Maia Fernandes é o marco mais importante da história das lutas feministas brasileiras. Em 1983, enquanto dormia, recebeu um tiro do então marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, que a deixou paraplégica. Depois de se recuperar, foi mantida em cárcere privado, sofreu outras agressões e nova tentativa de assassinato, também pelo marido, por eletrocussão. Procurou a Justiça e conseguiu deixar a casa, com as três filhas. Depois de um longo processo de luta, em 2006, o presidente Luiz*

Inácio Lula da Silva sancionou a Lei nº 11.340, conhecida por Lei Maria da Penha, que coíbe a violência doméstica contra mulheres.

[3] Atual é a que está ocorrendo, ou seja, o efeito ataque já em curso no momento da reação defensiva. [...] A agressão pode ser iminente, isto é, que está prestes a ocorrer. Nesse caso a lesão ainda não começou a ser produzida, mas deve iniciar a qualquer momento. (CAPEZ, 2010, p. 65).

A AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO TÉCNICO DOS JURADOS DO CONSELHO DE SENTENÇA, A SOBERANIA DOS VEREDICTOS RELACIONADOS À FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA

KELVIN NEAN MACIEL PERES:

Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente artigo irá abordar uma análise acerca do instituto do Tribunal do Júri, sua origem histórica em alguns outros países - bem como aqui no Brasil, até os dias atuais. Ainda discorrer sobre a soberania dos veredictos, em que consiste, o porquê é soberano, o júri como instituição da justiça, o quesito genérico, bem assim como o sistema da íntima convicção. Irá abordar também a incapacidade dos jurados e ainda propostas à reformulação do júri.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Ausência de Conhecimento Técnico. Soberania dos Veredictos. Falta de Segurança Jurídica.

ABSTRACT: This article will address an analysis of the Jury Court Institute, its historical origin in some other countries - as well as here in Brazil, to the present day. Also discuss the sovereignty of the verdicts, which consists, why it is sovereign, the jury as an institution of justice, the generic question, as well as the system of intimacy. It will also address the inability of jurors and even proposals for reformulation of the jury.

KEYWORDS: Court of the Jury. Absence of Technical Knowledge. Sovereignty of the Verdicts. Lack of Legal Security.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO . 1. SÍNTESE HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI; 2. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTITUIÇÃO E GARANTIA CONSTITUCIONAL; 3. A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: CRÍTICAS, LIMITES E PROPOSTAS DE UM NOVO MODELO DE JULGAMENTO; 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Apesar de ser alvo de críticas, o Tribunal do Júri é um conceituado instituto da Carta Magna de 1988, sendo assim de grande valia para o sistema processual penal brasileiro. Obteve reforma com o advento da Lei nº 11.689/08, que visou trazer mais celeridade e eficiência a tal procedimento.

Esse instituto visa julgar, da forma mais eficaz possível, os crimes contra a vida; mas será se vem alcançando isso com o atual modelo de júri? No sistema em que se funda o Tribunal do Júri atualmente no Brasil, é difícil acreditar que sim, tendo em vista a ausência de conhecimento técnico por parte dos jurados que compõem o conselho de sentença, composto, em sua maioria, por pessoas leigas, que têm pouco tempo para tomarem conhecimento do caso a ser por eles julgados, através das respostas dos quesitos elaborados pelo juiz togado.

Quesitos esses que são respondidos de forma objetiva, com sim ou não, e que não necessitam de fundamentação. Assim, como podemos falar em um julgamento justo? Toda e qualquer decisão terminativa deve ser proferida de forma bem fundamentada, porque esta deveria ser diferente, principalmente sendo ela soberana e relacionada a crimes contra o maior bem constitucional, que é a vida.

Os crimes contra a vida, muitas vezes, possuem grande clamor social e influência midiática, levando a crer que não seria possível um julgamento justo por juízes leigos - que não dotam de técnica jurídica suficiente para buscar o julgamento do réu da forma mais justa possível.

Pontuando os principais fatores que levam à ineficácia do atual modelo de júri no Brasil, traçando comparativos entre tribunais do júri de outros países. Além de abordar a sua história também, por fim sugerindo sugestões a reforma do júri.

1. SÍNTESE HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI

Há uma grande divergência acerca da criação do Tribunal do Júri. No entanto, é possível confirmar que, nos primórdios, sua instituição possuía conotação religiosa, guardando relação com crenças populares e superstições, onde Deus era representado através de testemunhas, que na época eram 12 jurados - para fazer menção aos 12 apóstolos.

Assim, fica claro que é uma das instituições mais antigas do mundo, precedendo até o tempo da criação do Estado organizado. Muito embora, desde sua criação, tal instituto passou por várias transformações em todos os países que o adotam, em razão de cada Estado diferenciar seu procedimento e competência.

Como leciona Rangel:

O tribunal popular, diferente do que muitos pensam, não nasce, propriamente na Inglaterra, pois já existiam, no mundo, outros tribunais com as suas características. Alguns buscam sua origem no *heliastas gregos*, nas *quaestiones perpetuae* romanas, no tribunal de *assies* de Luís, o Gordo, na França (ano de 1137). Porém, não há nenhuma hereditariedade histórica do júri a essas organizações. (RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri, visão linguística, histórica, social e jurídica**. Rio de Janeiro: 2011, 3ª.ed, p.41 *apud* TORNAGHI, 1977, p. 72).

Rogério Laurita Tucci, instruindo a respeito do júri, diz que:

Há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na lei mosaica, nos dikastas, na Hiliéia (Tribunal dito popular) ou no Areópago gregos; nos centeni comitês, dos primitivos germanos; ou ainda, em solo britânico, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes

européus e americanos. (TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: **Tribunal do júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT, 1999, p.12).

Já John Gilissen (2001, p. 214) afirma, de forma acertada, que a origem do júri remete a mesma época do Common Law, na segunda metade do século XII, mas que não impedem de procurar a sua origem no traquejo do inquérito carolíngio e na base jurídica dos primordiais reis anglo-normandos, aparecendo o júri em caráter judiciário com Henrique II, em 1166.

O júri, tratando sobre matéria criminal, só surgiu e se consolidou depois do júri civil. No começo, os jurados julgavam matérias cíveis; somente depois veio a surgir a necessidade de sujeitá-los a matérias criminais, que envolve agora não só a liberdade do indivíduo, mas também sua vida, pois, como é de notório conhecimento, a pena de morte foi e ainda é recepcionada por alguns países.

Paulo Rangel (2011, p.42) elucida que, quando foi elaborado o código de processo criminal do Império, o júri era dividido em dois conselhos de jurados, onde um que detinha um maior número de jurados, decidia quanto à procedência da pretensão acusatória; enquanto o outro, composto de um número menor de jurados, decidia sobre o mérito da acusação. No primeiro, continham até vinte e três jurados; e no segundo, que era o pequeno júri, 12 jurados.

Na França houve uma substituição do júri em 1808 por uma Câmara de Conselho de Magistrado, ou seja, saiu do popular para uma turma de juízes da corte imperial. Pouco tempo de duração do júri se deu pelo fato de Napoleão, como ditador, não gostar de júri. (RANGEL, op. cit. p. 233).

A origem histórica do Tribunal do Júri no Brasil se deu na Lei de 18 de julho de 1822, antes da Independência - que ocorrera em 7 de setembro do mesmo ano - e da primeira constituição brasileira - que datou de 25 de

março de 1824 -, sendo o júri na época apenas para os crimes de imprensa, tendo os jurados eleitos.

A primeira Constituição da história do Brasil representava uma minoria branca e mestiça, uma vez que, naquela época, os escravos eram tratados como mera mercadoria, visto como objetos, sendo assim tratados como "coisa".

A Constituição de 1824 posicionava o jurado como membro integrante do Poder Judiciário, ou seja, deu status constitucional ao júri, sendo a sua competência ampla e territorial - tanto cível como criminal -, além da competência para decidir sobre o fato e os juízes aplicarem a lei (CF. arts. 151 e 152 da Constituição de 1824).

No período chamado de Regência, que perdurou de 1831 a 1840, ocorreram várias reformas de grande valia que suprimiram a função de órgãos da Monarquia e estipularam uma nova estrutura legal para o país. E foi nessa circunstância que introduziu-se e passou a vigorar o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, concedendo um poder maior aos juízes de paz.

Como Boris Fausto nos conta:

Em 1832, entrou em vigor o Código de Processo Criminal, que fixou normas para aplicação do Código Criminal de 1830. O Código de Processo deu maiores poderes aos juízes da paz, eleitos nas localidades do reinado de Dom Pedro I, mas que agora podiam, por exemplo, prender e julgar pessoas acusadas de cometer pequenas infrações. Ao mesmo tempo, seguindo o modelo americano e inglês, o Código de Processo instituiu o júri, para julgar a grande maioria dos crimes, e o *habeas corpus*, a ser concedido a pessoas presas ilegalmente, ou cuja liberdade fosse ameaçada. (FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6.ed. São Paulo: EDUSP, 1999, p.613).

Em seus escritos, Boris continua a ensinar a história por trás dos bastidores do processo penal brasileiro, com intuito de compreender o júri:

Os traficantes de escravos ainda não eram mal vistos nas camadas dominantes e se beneficiaram também das reformas descentralizadoras, realizadas pela Regência. Os júris locais, controlados pelos grandes proprietários, absorviam os poucos acusados que iam a julgamento. A lei (de 7 de novembro) de 1831 (que proibia o tráfico de escravos para o Brasil) foi considerada uma lei para “inglês ver”. Daí em diante, essa expressão se tornou comum para indicar alguma atitude que só se tem aparência e não é pra valer. (FAUSTO, **História ...**, op. cit. p.194).

Habermas, entretanto, ensina como compreender legítima uma lei:

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “ a liberdade do arbítrio” de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a factividade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. 4.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1. p. 52).

Em novembro de 1832, entra em vigor o Código de Processo Criminal do Império de primeira instância, que foi promulgado pela Regência Permanente Trinta, cujo texto permitia exercer a função de jurado apenas aqueles que fossem eleitores, findando, assim, por manter no júri, apenas pessoas de boa situação econômica, já que esses eram os aptos a votar.

Nasce aí a distância latente entre o jurado e o réu, uma vez que só podia ser jurado quem era eleitor, visto que este detinha uma boa situação econômica. Ao contrário, os réus, em sua quase totalidade, não eram pessoas dessa classe alta da sociedade, mas sim pessoas de classe inferior.

Somente em 1842 a competência do Tribunal do Júri ficou restrita à esfera criminal. Ele voltou a fazer parte da Constituição Republicana de 1837, depois da Constituição de 1934.

A única vez que a instituição democrática do júri ficou fora de um texto constitucional foi na Constituição de 1937, conhecida também como constituição Polaca. Outorgada por Getúlio Vargas, a legislação infraconstitucional suprimiu sua soberania. O júri foi previsto, mas não em nível constitucional, e sim, frise-se, em nível infraconstitucional.

Em 1946, voltou a integrar a norma constitucional em seu art. 141, § 28, e após isso na Constituição de 1988, inserida no rol de garantia constitucional, em seu art. 5º, inc. XXXVIII.

2. O TRIBUNAL DO JÚRI COMO INSTITUIÇÃO E GARANTIA CONSTITUCIONAL

Como afirma Bonfim (2006, p.451), a instituição Júri, mesmo que sob a vestimenta de distintos modelos, está presente em grande parte dos sistemas jurídicos modernos. Tal fato se justifica, principalmente, na medida em que, através dela e em decorrência de sua elementar participação popular, obtém-se uma verdadeira legitimação do sistema jurídico, de modo a serem introduzidos no sistema processual valores de cunho fortemente democrático.

Essa legitimação do sistema do júri se firma ao afastar a competência para julgar do juiz togado e transferi-la ao cidadão comum, buscando, com isso, uma maior anuência dos populares no que tange ao resultado do processo levado ao júri, buscando, assim, a justiça aos olhos da sociedade. Julgamentos esses de crimes dolosos contra a vida.

Diferentemente dos demais órgãos do Poder Judiciário que vem elencado do art. 92 ao 126 da Constituição Federal de 1988, o júri encontra-se inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, presente no art. 5º, inc. XXXVIII da CF/88, sendo reconhecida a instituição do júri com a organização que lhe der a lei, assegurando:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Como presente no texto da lei, o Tribunal do Júri é reconhecido como instituição, com a organização que lhe der a lei, tendo sua disciplina legal delineada nos arts. 406 a 497 do Código de Processo Penal, sofrendo depois algumas alterações através da Lei nº 11.689/2008, tendo sua competência definhada por completo no art. 74 do CPP dispondo que:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§1º Compete ao Tribunal do júri o julgamento dos crimes previstos nos art. 121§§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

§2º Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada.

§3º Se o juiz da pronúncia desclassificar a infração para outra atribuída a competência de juiz singular, observar-se-á o disposto no art. 410; mas, se a desclassificação for feita pelo próprio Tribunal do Júri,

a seu presidente caberá proferir a sentença (art. 492, § 2º). (Brasil, Artigo 74 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941).

Ante tal artigo, fica claro que a competência do júri se encontra bem definida, não abrindo margem a interpretações alargadas. São julgados no Tribunal do Júri o homicídio simples, privilegiado, bem como o qualificado; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio, aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante, aborto com consentimento da gestante, aborto qualificado, ambos previstos no código penal, seja em sua forma tentada ou consumada, não sendo, assim, julgado no júri os crimes que têm por resultado morte, mas não o dolo de matar. Isso não significa dizer que demais crimes não possam ser julgados pelo júri; até podem, desde que conexo com um crime doloso contra a vida.

Sua competência, portanto, compraz somente os delitos dolosos praticados contra a vida, é dizer, quando cometidos com ânimo de matar. Exige-se do agente a vontade consciente de matar alguém, causar aborto ou assumir o risco de fazê-lo e etc. Desse modo, se, por exemplo, o resultado da morte for provocado por imprudência, negligência ou imperícia, estaremos diante de um homicídio culposo de competência do juiz monocrático. Da mesma forma, se o resultado morte surgir de forma acessória, quando da prática de crimes que atinjam primacialmente bem jurídico diverso da vida, como latrocínio, dentre outros. (BONFIM E PARRA NETO. **o novo procedimento do júri**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 3).

Nucci (2009) conceitua muito bem que "o texto constitucional apenas faz menção a ser assegurada a competência para delitos dolosos contra a vida e não somente estes".

A cláusula pétrea no direito brasileiro, impossível de ser mudada pelo Poder Constituinte Reformador, não sofre nenhum abalo caso a competência do júri seja ampliada, pois sua missão é impedir justamente o seu esvaziamento. Sobre o tema, a ver ainda a nota feita no art 74, §1º. Houve época em que se debateu, vigorosamente no Brasil, o alcance da competência do Tribunal do Júri, visando-se incluir na sua pauta todos os crimes que envolvessem a vida humana. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais. 2009, p. 741 e 742).

Alcance esse que não foi atingido, uma vez que não houve alteração no art. 74 do CPP.

A soberania dos veredictos, conforme previsto no art. 5º, inc. XXXVIII, alínea c, não é amplo quando se trata do Tribunal do Júri, estando a soberania ligada apenas ao fato de que as decisões proferidas pelos jurados não estão sujeitas a reforma por juízes togados.

Jamais sem ofensa ao disposto na Constituição Federal, poderá, quanto ao mérito, um tribunal qualquer substituir o veredicto popular por decisão sua, sob o prisma que for. Sentenças condenatórias absolutórias, calcadas na vontade popular, precisam ser fielmente respeitadas. (NUCCI. Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 740 e 741).

Fica clara a soberania dos veredictos, mas tal soberania não é tão fácil de ser conceituada. Em muitos dicionários, é apontada como qualidade da pessoa que exerce seu poder de forma extrema, expressão de excelência em relação aos demais, poder superior em relação aos demais, qualidade que não pode ser contestado, enfim, infinitas definições.

O que se pode afirmar é que não tem como falar em soberania sem pensar em algo superior; e esse caráter de superior não é de um poder supremo, uma vez que existem limites impostos à instituição do Júri pelo processo penal. Assim, fica a definição de Soberania dos Veredictos limitada ao já abordado, que é a limitação da decisão dos jurados ser substituída pela decisão de um tribunal togado.

A Soberania dos Veredictos está inserida como uma das garantias decorrentes do Tribunal do Júri, conforme previsto no texto constitucional. Como qualquer garantia, visa assegurar que o veredicto final venha a ser prolatado pelos jurados e não alterada por qualquer motivo pelo tribunal togado ou juiz monocrático, garantindo, assim, a eficácia desta subgarantia, conforme Marques (1997).

Podemos, por conseguinte, chegar à conclusão de que a Soberania dos Veredictos é basilar à garantia do instituto do Júri, uma vez que esse é formado por um tribunal popular, conseqüentemente formado por pessoas que não detêm um conhecimento técnico, assim os veredictos não se baseiam em nenhuma prática jurídica norteadora, sendo muito difícil, caso não houvesse esse princípio garantidor, que todas as decisões pelo júri prolatadas não fossem reformuladas pelo tribunal superior.

Há que ressaltar que os impedimentos de reforma dos veredictos ocorrem apenas com relação ao mérito da causa, onde é impossível a reforma do veredicto popular por um tribunal togado. Mas isso não impede que o caso seja remetido a um novo júri, desde que acolhido todas as regras para isso, ou seja, a soberania dos veredictos serve apenas para que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, quanto ao mérito, não seja alterada por outro órgão do judiciário.

Dessa forma, conforme um entendimento pessoal, essa subgarantia não visa apenas garantir a soberania dos veredictos, mas também garantir outra garantia constitucional, que é o Tribunal do Júri, pois, se assim não fosse, infinitas seriam as reformas pelos magistrados togados.

3. A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: CRÍTICAS, LIMITES E

PROPOSTAS DE UM NOVO MODELO DE JULGAMENTO

Como abordado, a decisão do júri é soberana (seu veredicto é soberano), ou seja, sua decisão não pode ser alterada pelo magistrado togado. Mas como falar em veredicto soberano quando não se tem a necessidade de comprovar conhecimento técnico para ser jurado? Como podemos ter certeza de que essa decisão soberana tomada pelos jurados vai ser realmente a mais justa?

O Tribunal do Júri foi de grande valia na superação do sistema de inquisitório, defendendo, desse modo, o modelo do júri cidadão em face do modelo de inquisição. No entanto, o tempo passa e as referências tendem a mudar, restando assim, nos dias de hoje, ultrapassado esse modelo que surgiu no século passado.

Como mencionado por Aury Lopes Jr.:

Um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o repouso dogmático. Quando não se estuda mais e não se questiona as “verdades absolutas”. O Tribunal do Júri é um dos temas em que a doutrina nacional desfruta de um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém (ousa) questiona(r) mais sua necessidade e legitimidade. (LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva 2014, p. 1075).

E continua seu ensinamento:

É verdade que o Tribunal do Júri é cláusula pétrea da Constituição, art. 5º, XXXVIII, mas isso não desautoriza a crítica, até porque podemos, sim, questionar a legitimidade de tal instituição para estar na Constituição. Ademais, recordemos que o art. 5º,

XXXVIII, consagra o júri, mas com a “organização que lhe der a lei”. Ou seja, remete a disciplina de sua estrutura a lei ordinária, permitindo uma ampla e substancial reforma (para além das realizadas em 2008, destaca-se), desde que assegurados o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência para os crimes dolosos contra a vida. Abre-se, assim, um amplo espaço para reestruturá-lo (já que a extinção, pura e simples, como desejamos, dependeria de alteração na Constituição). (AURY, op. cit. Pag. 1075).

Nessa linha, Aury (2011, p. 1076) lembra que os jurados não possuem conhecimento técnico ou dogmático “para a realização de diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma da pena e processual aplicável”. Como estabelece FAIREN GUILLEN (1997. p. 57) “um juz lego, ignorante de la Ley, no puede aplicar un texto de la Ley porque no la conoce”.

O ato de decidir exige um conhecimento da complexidade jurídica, não sendo admitido, portanto, a simples decisão através dos sentidos ou da introspecção, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, a prova apresentada aos jurados é colhida na primeira fase do processo do júri, diante do juiz presidente e longe do jurado, podendo até ser produzida alguma prova em plenário, mas sendo raro esse acontecimento.

O juiz leigo (jurado) julga, em regra, pela mera leitura que é feita da peça quando a entregue no dia do julgamento, depois do juramento feito, sem ter em sua maioria, nenhum conhecimento técnico jurídico, nem de Direito nem de processo, julgando com base apenas em folhas mortas e debates que mais parecem peças teatrais.

A decisão de absolver ou não o réu se dá com a resposta de quesitos, de acordo com o art. 482 do CPP:

Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre a matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.

Parágrafo Único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou decisões posteriores que julgarem admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes. (BRASIL, art. 482 do Decreto Lei 11.689 de 09 de Junho de 2008).

Então, como disposto, a resposta aos quesitos “serão redigidos em proposições afirmativas”, ou seja, respondidas com sim ou não, não havendo necessidade de fundamentar. Assim, a essa forma de resposta dos quesitos, pode-se concluir que tal norma entra em contrariedade com a própria Constituição, vez que o art. 93, inc. IX, traz em seu texto sem ressalvas, determinando que todas as decisões judiciais devem ser públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade.

Erro esse grosseiro cometido pelo legislador com relação a não alterar essa parte da lei, através do Decreto Lei nº 11.689, de 09 de janeiro de 2008, uma vez que o texto da lei do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, foi dado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ou seja, quatro anos antes da reforma imposta pelo Decreto Lei nº 11.689/08, podendo este ter sido alterado por se tratar de lei ordinária, sendo assegurado ainda a instituição do júri, uma vez que no texto constitucional do art.5º, inc. XXXVIII, permite isso afirmando que é “reconhecida a instituição do júri com a organização que lhe der a lei”.

Segundo Aury Lopes Junior:

A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao

Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E tudo isso sem qualquer fundamentação. (Aury, Lopes Jr. op. cit. p. 1079).

Isso causa uma enorme insegurança jurídica, uma vez que o tribunal do júri é composto por um juiz togado, que é o presidente, e por 25 jurados, que serão sorteados dentre os alistados, sendo que destes, sete constituirão o Conselho de sentença em cada sessão de julgamento, bastando assim um 4 x 3 para condenar o réu. Algo que pode ser visto como absurdo, vez que a sentença condenatória exige prova rígida, ficando comprovado, nesse caso, que há dúvida perante os jurados. E, se há dúvida, deve-se absolver o réu, conforme um princípio que todo e qualquer operador do direito já estudou, o *in dubio pro reo*, que no jargão dentre os operadores do direito, os jurados que compõem o Conselho de Sentença passam a ser chamado de *in dubio “pau”* no reo.

Por isso, deve-se buscar a reforma do instituto do júri, seja alterando o número de jurados para 9, com a exigência de votação mínima, para condenar com 6 votos, como defendem alguns doutrinadores, logo valendo para absolver um 5 x 4, devido à dúvida, e aplicar efetivamente o *in dubio pro reo*, e não o *in dubio pro societate*, sendo o segundo princípio nem abraçado pela Constituição Federal de 1988.

Outra solução seria o número par de jurados. Exemplo: em vez de sete jurados, passaria a ser 8, sendo necessário assim, para a condenação do réu, uma diferença de, no mínimo, dois votos.

Um erro que também deve ser sanado é com relação à decisão de impronúncia, uma vez que nem condena e nem absolve o réu, ficando assim o *in dubio pro reo* prejudicado, pois não o juiz singular não se convence da materialidade do fato, ou se o réu praticou ou não o ato, sendo assim, a absolvição sumária o caminho correto a ser adotado, e não

deixar o réu conforme determina o parágrafo único do artigo 414 do CPP pendente enquanto não ocorrer a extinção da possibilidade. É o mesmo que falar “eu não tenho provas, não posso te condenar, mas, não vou te absolver também porque alguma prova pode surgir”. Assim, aplica-se o *in dubio pro societate*, que não guarda constitucionalidade alguma, e aplicando cada vez mais o jargão *in dubio* “pau” no réu.

Outra solução seria dar maior enfoque à pessoa do jurado em si, buscando outro processo de recrutamento, para que os jurados sejam melhores escolhidos e possam exercer com aptidão a função de julgar. Uma vez que a seleção do jurado ocorre de forma bem subjetiva, tendo como elemento essencial sua idoneidade, para que a pessoa possa ser jurada.

Poderia ser feito, além do citado, cursos antes de começar cada semestre de julgamentos pelo Tribunal do Júri, com os jurados selecionados, buscando capacitá-los para que possam decidir de forma cada vez mais justa, e não se baseando apenas na íntima convicção como vem acontecendo, sem ter que se apegar à regra nenhuma, apenas ao que acredita.

O Juiz titular também poderia fazer o recrutamento de forma pessoal, procurando avaliar pontos como equilíbrio emocional, idoneidade, imparcialidade, dentre outras qualidades imprescindíveis para se julgar, abrindo a oportunidade para estudantes a partir do 8º período do curso de Direito, tendo assim uma seleção de jurados mais técnico, comprometido com o Direito e seus princípios basilares e norteadores, e conseqüentemente, um conselho de sentença que irá trazer em seus veredictos uma maior segurança jurídica.

4. CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente artigo, chega-se à conclusão de que o júri deve ser reformado, visando garantir uma maior segurança jurídica, devendo selecionar melhor os jurados, na busca por jurados que detenham algum conhecimento técnico de Direito e de processo, para assim se

alcançar uma decisão mais justa e cercada de segurança, não decidindo apenas através da íntima convicção.

Muitos não concordariam com isso alegando que o júri deve ser compreendido como um tribunal leigo (composto por pessoas sem conhecimento jurídico); no entanto, há que se discordar. Como expressado no presente artigo, a legislação processual do júri pode ser alterada sem que o júri perca seu caráter constitucional como parte do rol de garantias do art.5º da Constituição Federal, uma vez que tal instituição é reconhecida com a organização que lhe der a lei, sendo essa lei ordinária, passível de ser alterada.

Para se atuar no mundo do crime é imprescindível estar bem preparado, o que de fato não ocorre hoje com os jurados que compõem o júri, onde temos juízes leigos que julgam crimes de grande relevância e decidem pela liberdade ou não do réu com base apenas na resposta de quesitos, com sim ou não, sendo prolatados através da resposta desses quesitos veredictos soberanos, não podendo, assim, ser reformado pelo magistrado togado.

Deve-se buscar constantemente o aperfeiçoamento jurídico das instituições, visando sempre alcançar o bem maior do direito que é a justiça em sua mais íntima convicção, fundamentando toda e qualquer decisão, principalmente decisões que vão decidir pela liberdade ou não do réu.

Ademais, conclui-se que a instituição do Tribunal do Júri no Brasil resta ultrapassada, devendo ser mudada o quanto antes, capacitando-se os seus jurados, fundamentando as decisões e fazendo com que o réu seja julgado da forma mais justa possível, resguardando todos os seus direitos e garantias, como o in dubio pro reo, e parar de se aplicar o in dubio pro societate, presente na decisão de impronúncia.

Complementarmente, deve-se aumentar o número de jurados para compor decisões mais convictas de certeza, e não condenar o réu com um placar de 4 x 3, sem ao menos a diferença de dois votos, restando assim a dúvida entre os jurados, o que pode gerar insegurança jurídica ao Tribunal do Júri.

Dessa maneira, buscam-se melhorias ao Tribunal do Júri, uma vez que, como dito, diariamente se deparam com injustiças e incertezas. E o tribunal, que é incumbido de julgar os crimes dolosos contra a vida - bem maior da constituição -, não pode perdurar nessa insegurança, sem contar que, além do bem maior, que é a vida, os jurados não analisam só os crimes dolosos contra ela, mas também outro bem primordial ao cidadão (réu), que é a sua liberdade ou não, ficando assim evidente que não pode restar dúvidas quanto a qualquer decisão prolatada pelo Conselho de Sentença do Júri.

REFERÊNCIAS

BONFIM E PARRA NETO. **O novo procedimento do júri**. São Paulo: Editora RT. 2009, p. 3.

FAIREN GUILLEN, Victor. **El jurado**. Madrid, Marcial Pans. 1997. p. 57.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 613.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 214.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a factividade e a validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 4 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p. 52.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2009. p. 741 e 742.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2011.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva. 1997. v. 2, p. 72

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: **Tribunal do Júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT. 1999, p. 12.

NOTA:

[1] Defensor Público Federal de 1º Categoria na DPU-TO; Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da UCAM; Especialista em Direito nas Relações de Consumo pela UCAM; Especialista em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial pela UCAM; Diretor e Membro do Conselho Editorial da Revista Tribuna da Advocacia da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil do Tocantins; Membro da Comissão de Reavaliação de Diplomas de Mestrado Obtidos em Universidades Estrangeiras da Pró-Reitoria de Cooperação e Convênios Internacionais da UCAM; Professor e orientador de graduação (bacharelado) da UCAM – Ipanema (licenciado); Professor de graduação e da pós-graduação de Direito da FACTO – UBEC; Autor de artigos jurídicos com diversas participações em seminários e palestras.

A OUTORGA UXÓRIA NA UNIÃO ESTÁVEL

RAQUEL DE MELO TAVARES:

Bacharelada do Curso de Direito da Católica do Tocantins.

ANTONIO CESAR MELLO

(Orientador)^[1]

RESUMO: A necessidade de outorga uxória do companheiro para atos de disposição de bens imóveis que são comuns ao casal, que foram adquiridos durante a união estável e registrados apenas no nome de um deles, da mesma forma que se exige dos cônjuges casados sob o regime de comunhão parcial de bens, é matéria alvo de contestação tendo em vista a ausência de previsão legal expressa. Dessa maneira é objetivo deste artigo abordar os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Pois há uma lacuna na doutrina e na jurisprudência no que tange à interpretação da norma que disciplina os efeitos patrimoniais da união estável.

Palavras-chave: Família. Lacuna. outorga uxória. União estável.

ABSTRACT: The necessity of granting the companion's uxória to acts of disposition of real estate that are common to the couple, that were acquired during the stable union and registered only in the name of one of them, in the same way that it is required of married spouses under the communion regime of property, is the subject of dispute in view of the absence of express legal provision. In this way, it is the objective of this article to approach the institutes of the new conception of family, which continuously change the Brazilian legal system, bringing new concepts and legal challenges to the contemporary aspirations of humanity. For there is a gap in doctrine and jurisprudence as regards the interpretation of the norm that disciplines the patrimonial effects of the stable

union. Keywords: Family. Gap. grant uxória. Stable union.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da união estável. 1.1 Efeitos patrimoniais da união estável em relação ao casamento. 2. Do instituto da Outorga Uxória. 3. Posicionamento doutrinário e jurisprudencial na interpretação dos arts. 1647, I e 1725 do Código Civil e proteção constitucional. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

É assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 226, § 3º (Brasil, 2018), às pessoas que vivem em união estável a mesma proteção jurídica conferida àquelas que optam pelo casamento. Pretende assim, o Estado, tutelar as entidades familiares, com intuito principal de garantir-lhes a dignidade, independentemente da forma familiar escolhida pelas partes. Assim, toda entidade familiar, independente de matrimônio, merece especial proteção, sem distinção a discriminação.

Nessa linha de pensamento e seguindo o entendimento da Constituição Federal de 1988, algumas leis infraconstitucionais específicas foram criadas na intenção de regulamentar a união estável nas suas diferentes formas (Neto, 2016). De início, a Lei nº 8971/94 que trazia o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão, já a lei nº 9278/96 foi pioneira no que diz respeito à definição e trouxe também alguns dos direitos e deveres dos companheiros, bem como regulamenta os aspectos patrimoniais da relação estável (Neto, 2016).

O dispositivo indica que os bens tanto móveis quanto imóveis, adquiridos pelo casal ao longo da relação e a título oneroso pertencem a ambos em condomínio e em partes iguais, exceto se houver documento escrito determinando diferente (Neto, 2016). Além disso, a lei disciplina sobre o companheiro ter direito de habitação, a possibilidade de conversão da união estável em casamento e a competência das Varas de Família para conhecer tais.

Por sua vez, o Código Civil de 2002, no que diz respeito a esse tipo de relação, qual seja, a união estável, tem ampliando as garantias no campo patrimonial dos conviventes. Em seu art. 1725, o referido Código, prediz

que em regimes de união estável aplica-se a comunhão parcial de bens, se não existir contrato escrito entre as partes (Brasil, 2018). Aqui encontra-se a questão chave e objetivo desse artigo, pois tendo a possibilidade da incidência das regras da comunhão parcial na união estável, questiona-se se há necessidade de outorga uxória^[2] para que um dos companheiros possa celebrar contratos, acordos que importem alienação de bens imóveis do casal que foram adquiridos de forma onerosa na constância da união estável e que estão registrados somente em nome de um deles.

Para tanto, foi usado o método de pesquisa qualitativo, onde buscou-se informações em materiais e obras que tratam do assunto, com o intuito de aprofundar os conhecimentos sobre a temática sem é claro esgotar as informações sobre a mesma.

1. DA UNIÃO ESTÁVEL

Anteriormente chamada de concubinato, a união estável tem gênese no Direito Romano (Guimaraes 2003). Numa sociedade em que ricos e pobres não podiam casar-se, juntavam-se e viviam de maneira extramarital. Posteriormente a França, na idade contemporânea deu enfoque ao tema, tornando-se assim um referencial em princípios da sociedade (Manisk, 2014).

No Brasil, em se tratando de diplomas legais pode ser destacado o Código Civil de 1916, que trouxe vários atos discriminatórios, mas não aquém da realidade da sociedade da época. Nele ficou estipulado que família seria apenas a formada com o casamento (Dias, 2015).

Tal código trouxe vários atos discriminatórios, como por exemplo, não se tratar de uma forma legítima de família e ser discriminada pela sociedade civil. Com o advento da Constituição Federal de 1988 tais atos não foram recepcionados pela mesma. A Carta Magna em seu artigo 226, parágrafo 3º, diz que: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua convenção em casamento" (Brasil, 2018).

Por sua vez, o Código Civil de 2002 tratou expressamente do concubinato/união estável. Todavia, as mudanças trazidas pelo então Novo Código Civil não foram significativas no que se refere à união estável, apenas acompanhando as tendências doutrinária e jurisprudencial, seguindo, basicamente, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 (Manisk, 2014).

Para Manisk (2014), a formação da sociedade conjugal entre um homem e uma mulher independe de normas pré-estabelecidas, bastando o interesse preponderantemente de cunho pessoal por parte dos conviventes. Nenhum regramento tem o condão de inibir essa forma natural de relacionamento. Ainda segundo Manisk (2014), a família resultante desta união informal de homem e mulher, sem as solenidades do casamento de papel passado vivendo como se marido e mulher fossem, denominava-se “concubinato”, significando uma vida em comum com aparência de casamento.

Para Coelho (2012) “A união estável caracteriza-se pela convivência entre o homem e a mulher desimpedidos, como se casamento fosse, baseada pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher desimpedidos para o casamento. Dessa maneira, a união estável é a convivência entre duas pessoas desimpedidas mas para que seja caracterizada como tal, necessita cumprir alguns requisitos que a difere apenas do simples namoro.

Para findar a parte conceitual da união estável, vale mencionar a definição de Azevedo (2000) segundo o qual, a união estável é a convivência não adúltera nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

Do ponto de vista prático, alerta Filho (2013) que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal parece ser a mais sensata, uma vez que dada as grandes transformações a que se submeteu o mundo moderno, várias são as situações em que pessoas legalmente casadas não convivem sob o mesmo teto pelos mais variados motivos, e isto não faz com que esteja descaracterizado o casamento.

Ainda segundo Filho (2013), como a união estável é considerada entidade familiar pela Constituição Federal (art. 226, § 3º) e Código Civil (art. 1.723), não seria correto discriminá-la nesse ponto em relação ao casamento civil, e negar a sua existência pelo simples fato de não existir coabitação entre os companheiros.

Assim, para facilitar o entendimento do acima exposto, segue os referido dispositivos :

Art. 226 da CF/88 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Art. 1.723 do CC/02 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Assim, se antes para ser reconhecida a união estável era necessário um lapso temporal de cinco anos de convivência entre os cônjuges, hoje, por sua vez, os tribunais pátrios não têm fixado um tempo mínimo, bastando apenas que exista uma convivência reconhecida de forma pública.

1.1 EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL EM RELAÇÃO AO CASAMENTO

Para aquele que constituiu, o Código Civil permite a escolha do regime de bens dentre os que estão elencados doas Art. 1.658 a 1.688. Através do pacto antenupcial os nubentes podem optar por umas das opções constantes na lei, ou estabelecer o que melhor lhes aprouver sem que haja afronta ao texto legal, de acordo com a orientação do Art. 1.655 do Código Civil.

Entretanto não acontece da mesma forma com a União Estável, pois a constituição desta relação não necessita de qualquer declaração ou manifestação de vontade para que ela exista. Isso significa também que a sua constituição pode ser tácita, sem necessariamente, precisar ser escrita. (Oliveira e Benedito, 2017).

Dessa maneira, os conviventes têm a possibilidade de firmar contrato de convivência não havendo obrigatoriedade neste sentido. O Código Civil, nos artigos 1.725 e 1.640, determina que, havendo o silêncio no que condiz à escolha do regime ou contrato de convivência o regime adotado será, obrigatoriamente, o da comunhão parcial de bens (regime legal vigente) (Oliveira e Benedito, 2017). Esse regime está previsto nos artigos 1.658 a 1.666 do mesmo código.

Conforme preceitua Maria Berenice Dias (2015, p. 340) “quer no casamento, quer na união estável, o patrimônio adquirido durante o período de convívio pertence a ambos em partes iguais. A presunção é que foram adquiridos pela comunhão de esforços para amealhá-los”. E continua a autora, afirmando que cada um é titular da metade e tem direito à meação ele cada um dos bens. Esta copropriedade recebe o nome ele mancomunhão[3].

É importante ressaltar que os bens alcançados pela meação[4] são os adquiridos onerosamente na constância da relação, não havendo, necessidade de comprovação de esforço comum pois isso é presumido de forma absoluta pela lei, o que não permite um ou outro companheiro demonstrar que o outro não contribuiu para adquirir determinado bem.

Dessa maneira, a doutrina atual entende que é irrelevante a dependência econômica entre os parceiros ou, sendo ambos economicamente independentes, se um contribui mais do que o outro. Não se cuida, aqui, de assistência, nem de averiguar necessidade. Presumir condomínio implica descartar prova da colaboração para a aquisição patrimonial. Importa é haver ou ter havido família.

Vale fazer um adendo para dizer que os bens que entram na meação do casal são os bens adquiridos à título oneroso, como por exemplo, compra e venda, ou a título eventual, como nos casos de prêmios de loteria, bem como daqueles que se sub-rogarem em seu lugar.

O art. [1.659](#) do [Código Civil](#) trata dos bens que não se comunicam, ou seja, que não entram na meação daqueles que escolheram o regime parcial de bens, que é o caso da união estável, são eles:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Contribuindo com a solidificação desse entendimento o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que os rendimentos do trabalho recebidos durante a vigência da sociedade conjugal integram o patrimônio comum na hipótese de dissolução do vínculo matrimonial, desde que convertida em patrimônio mensurável de qualquer espécie, imobiliário, mobiliário, direitos ou mantidos em pecúnia [5].

2.DO INSTITUTO DA OUTORGA UXÓRIA

A outorga conjugal ou uxória diz respeito a uma autorização que é dada por um dos cônjuges a fim de que o outro possa realizar atos de disposição do seu patrimônio. Trata-se, pois, de um instituto do direito civil para assegurar as transações patrimoniais de um casal, a fim de garantir

ciência dos atos de disposição à ambos e evitar prejuízo ou indução à erro de eventual terceiro adquirente (Benedito e Oliveira, 2017).

De acordo com Rocha (2014), como norma jurídica, a outorga conjugal teve sua origem no Direito Germânico. O Morgengabe é uma parte dos bens do marido que é doado à esposa exatamente no dia seguinte ao do matrimônio. Como após a morte do marido seria garantida a posse desses bens à mulher, exigia-se, a outorga da esposa para alienação dessa parte do patrimônio enquanto o marido estivesse vivo.

Essa linha de pensamento podemos destacar que na sociedade brasileira, por séculos, a mulher casada era vista como que uma propriedade do marido e isso refletia no direito civil que a considerava relativamente incapaz, não podendo dispor sobre os bens do casal, daí a necessidade de outorga conjugal para de certa forma, proteger o patrimônio da esposa.

O objetivo da outorga uxória, consentimento de ambos os companheiros para o aval ou a fiança, é prevenir a dilapidação do patrimônio do casal por um dos conviventes, ou seja, caso um dos companheiros venha a prestar fiança ou aval, deverá obter a permissão do outro companheiro, para evitar futuros conflitos em uma eventual partilha, bem como preservar o terceiro de boa-fé envolvido. Quanto à sua necessidade no regime de união estável não há nada exposto no ordenamento jurídico brasileiro e tampouco uma definição doutrinária ou jurisprudencial, fato que traz grande dilema quanto a validade dos contratos celebrados por apenas um dos companheiros.

Isto se justifica, de acordo com Lapazine e Cardoso (2018) pelo fato de que a união estável não é um ato jurídico formal no qual se tem a publicidade do estado civil dos contratantes, pois mesmo existindo uma escritura pública entres os conviventes, esta nem sempre relata o início e o término da união, bem como não altera o estado civil dos mesmos. Assim, pertinente a discussão se é anulável ou não a fiança prestada por convivente em união estável.

Para Tartuce (2011), com base no artigo 5º da Lei 9278/96 e artigo 1725 do Código Civil, diz que, os bens adquiridos onerosamente durante a

união estável, pertencem a ambos os companheiros de forma igualitária e caso o terceiro, de boa-fé, tenha conhecimento de vínculo existente entre os companheiros, o mesmo deve exigir a anuência de ambos para que a alienação de bens tenha garantia plena.

Ainda segundo o autor, se a aplicação do artigo 1725 do CC é extensiva à união estável, sendo forma de entidade familiar, não pode sofrer limitações ou discriminações em comparação ao casamento civil, bem como, é válido dizer, que a união estável não pode gozar de privilégios processuais pelo fato de não ter regras específicas assim como o casamento civil.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação que não resolve de imediato a questão da alienação de bens sem consentimento do companheiro. Na verdade, o novo código trouxe à tona uma nova polêmica que, no âmbito jurisprudencial parece ser a mais acertada a decisão que considerar a publicidade da União Estável para a aplicação ou não no art. 73 do referido dispositivo. Vale a leitura do art. 73 a saber:

Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação:

I - que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens;

II - resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles;

III - fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família;

IV - que tenha por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóvel de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de comosse ou de ato por ambos praticado.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.

Neste sentido, alerta Benedito e Oliveira (2017) que, ao solicitar ao Cartório de Registro de Imóveis as certidões atualizadas dos imóveis, bem como as certidões de ônus e ações reais reipersecutórias, o terceiro interessado estará ciente da situação existente que poderá tornar nulo o contrato.

Ainda, segundo Benedito e Oliveira (2017) exigir do contratante a busca por informações referentes a União Estável do fiador, é conferir a ele tarefa quase impossível que além de prejudicar os atos contratuais, irá prejudica-lo demasiadamente no âmbito econômico, posto que, dessa maneira, estar-se-ia criando uma maneira pela qual é possível agir de má fé e beneficiar-se, utilizando-se da lei. Em consonância, o Juiz, nas ações que versarem sobre imóveis de conviventes fica impossibilitado de saber a existência da união estável sem que o autor o declare ou que esta esteja averbada à margem do registro do imóvel objeto do litígio.

A matéria da necessidade da outorga uxória na união estável sempre foi acompanhada de incertezas e com isso foi reconhecida juridicamente como uma união de fato, posteriormente criando seus efeitos legais. A união estável busca se adaptar à evolução dos costumes e da sociedade; é reconhecida como entidade familiar, sendo uma situação fática decorrente do cotidiano. Na prática, conforme Lapazine e Cardoso (2018) o Direito tem o dever de conciliar os efeitos legais de duas pessoas que se relacionam. A formação da união estável é livre e o legislador deve respeitar a liberdade pela qual optaram. Situação na qual é fundamental para a resolução dos problemas existentes entre os próprios companheiros com terceiros.

Nesse sentido, ainda segundo Lapazine e Cardoso (2018) é imprescindível uma normatização da união estável para que o julgador possa analisar o caso e buscar a solução mais justa. E por ter falta de regulamento, é um instituto frágil, pois os companheiros tomam suas decisões livremente sem a interferência do legislador e é dever do Direito de Família cuidar dos efeitos que essas relações causam perante a sociedade e até mesmo ao Estado. É importante ter como base a redação da Constituição Federal que considera a união estável como uma entidade familiar.

Boa parte da doutrina entende pela a validade da fiança prestada por fiador em união estável, sem a anuência de seu companheiro. Quanto às jurisprudências, boa parte das decisões, dizem que não é nula nem anulável a fiança prestada por pessoa convivente em união estável sem a anuência de outro companheiro. , Desse maneira, entende-se a não incidência da Súmula 332 do STJ "A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia" .à união estável, devido O STJ entender que a fiança prestada sem a outorga do companheiro é válida, pelo fato de ser impossível ao credor saber se o fiador vive ou não em união estável com alguém.

3. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1647, I, E 1725 DO CÓDIGO CIVIL E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Está pacificado no entendimento doutrinário atual que, havendo silêncio dos companheiros conviventes, o regime de comunhão parcial de bens é aplicável à união estável.

Para DINIZ (2007) "deve exigir outorga de companheiro na alienação de imóvel adquirido onerosamente durante união estável, sob pena de anulabilidade, ou, até mesmo, um "registro de união estável" para que haja segurança nas negociações imobiliárias à terceiros de boa-fé e aos companheiros (artigo 4º e 5º, e por analogia o artigo 1647, CC)"

No entanto, discute-se se o sentido e o alcance da norma contida no art. 1725, mormente no que se refere à expressão "no que couber", atinge a obrigatoriedade da outorga uxória para a hipótese prevista no art. 1647, I, do Código Civil. Para Azevedo (2002) no que se refere especificamente à

expressão “no que couber” (art. 1725, CC), se trata de reprodução dos termos da Lei nº 9278/96, ou seja, que a união estável apenas cria verdadeiro condomínio entre os companheiros.

Alerta Paulo Nader (2005) que antes de uma análise específica mais acurada é de bom alvitre lembrar que, fixar o sentido de uma norma jurídica significa descobrir a sua finalidade, isto é, pôr a descoberto os valores consagrados pelo legislador, ou, em outros termos, aquilo que teve por mira proteger. Por sua vez, fixar o alcance é demarcar o campo de incidência da norma jurídica, conhecendo sobre que fatos sociais e em que circunstâncias ela tem aplicação.

Nessa linha de pensamento devemos ater atenção à expressão “no que couber, posto que nela há obscuridade acerca do alcance da norma em comentário. Assim, deve-se ampliar o real sentido da norma do art. 1725, CC – fazendo-a incidir as regras da comunhão parcial de bens, em sua plenitude, às relações convivenciais, salvo contrato escrito entre os companheiros.

Significa dizer, portanto, que essa ampliação atinge também a obrigatoriedade de consentimento do companheiro para alienação de bens imóveis comuns registrados apenas em nome de um deles, sob pena de invalidação do ato, conforme preconizam os arts. 1647 e 1649, CC.

Importante ressaltar que nos casos em que há união estável registrada em cartório, o consentimento é exigido, conforme já afirmou o Superior Tribunal de Justiça no Resp. 1.424.275/MT:

DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO, SEM CONSENTIMENTO DO COMPANHEIRO, DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. **A invalidação da alienação de imóvel comum, fundada na falta de consentimento do companheiro, dependerá da publicidade conferida à união estável, mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência de união estável no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou da demonstração de má-fé do adquirente.** A Lei

9.278/1996, em seu art. 5º, ao dispor acerca dos bens adquiridos na constância da união estável, estabeleceu serem eles considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos os conviventes, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Dispôs, ainda, que a administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, questão também submetida ao poder de disposição dos conviventes. Nessa perspectiva, conforme entendimento doutrinário, a alienação de bem co-titularizado por ambos os conviventes, na esteira do citado artigo, sem a anuência de um dos condôminos, representaria alienação – pelo menos em parte – de coisa alheia, caracterizando uma venda “*a non domino*”, ou seja, um ato ilícito. Por outro lado, inofensiva a aplicabilidade, em regra, da comunhão parcial de bens à união estável, consoante o disposto no *caput* do art. 1.725 do CC. E, especialmente acerca da disponibilidade dos bens, em se tratando de regime que não o da separação absoluta, consoante disciplinou o CC no seu art. 1.647, nenhum dos cônjuges poderá, sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. A interpretação dessas normas, ou seja, do art. 5º da Lei 9.278/1996 e dos já referidos arts. 1.725 e 1.647 do CC, fazendo-as alcançar a união estável, não fosse pela subsunção mesma, esteia-se, ainda, no fato de que a mesma *ratio*– que indisfarçavelmente imbuíu o legislador a estabelecer a outorga uxória e marital em relação ao casamento – mostra-se presente em relação à união estável; ou seja, a proteção da família (com a qual, aliás, compromete-se o Estado, seja legal, seja constitucionalmente). Todavia, levando-se em consideração os interesses de terceiros de boa-fé, bem como a segurança jurídica necessária para o fomento do comércio jurídico, os efeitos da inobservância da autorização conjugal em sede de união estável dependerão, para a sua produção (ou seja, para a eventual anulação da alienação do imóvel que integra o patrimônio comum) da existência de uma prévia e ampla notoriedade dessa união

estável. No casamento, ante a sua peculiar conformação registral, até mesmo porque dele decorre a automática alteração de estado de pessoa e, assim, dos documentos de identificação dos indivíduos, é ínsita essa ampla e irrestrita publicidade. Projetando-se tal publicidade à união estável, a anulação da alienação do imóvel dependerá da averbação do contrato de convivência ou do ato decisório que declara a união no Registro Imobiliário em que inscritos os imóveis adquiridos na constância da união. A necessidade de segurança jurídica, tão cara à dinâmica dos negócios na sociedade contemporânea, exige que os atos jurídicos celebrados de boa-fé sejam preservados. Em outras palavras, nas hipóteses em que os conviventes tornem pública e notória a sua relação, mediante averbação, no registro de imóveis em que cadastrados os bens comuns, do contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência da união estável, não se poderá considerar o terceiro adquirente do bem como de boa-fé, assim como não seria considerado caso se estivesse diante da venda de bem imóvel no curso do casamento. Contrariamente, não havendo o referido registro da relação na matrícula dos imóveis comuns, ou não se demonstrando a má-fé do adquirente, deve-se presumir a sua boa-fé, não sendo possível a invalidação do negócio que, à aparência, foi higidamente celebrado. Por fim, não se olvide que o direito do companheiro prejudicado pela alienação de bem que integrava o patrimônio comum remanesce sobre o valor obtido com a alienação, o que deverá ser objeto de análise em ação própria em que se discuta acerca da partilha do patrimônio do casal. **REsp 1.424.275-MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 4/12/2014, DJe 16/12/2014. (STJ – Informativo n. 554).**

Assim, resta claro que a outorga exigida aos cônjuges não deve ser exigida aos companheiros, salvo exista contrato de convivência devidamente registrado.

Ademais, alerta Fiuza, Lima e Junior (2016) que exigir do contratante a busca por informações referentes a União Estável do fiador, é conferir a ele tarefa quase impossível que além de prejudicar os atos contratuais, irá prejudica-lo demasiadamente no âmbito econômico, posto que, dessa maneira, estar-se-ia criando uma maneira pela qual é possível agir de má fé e beneficiar-se, utilizando-se da lei.

Ainda Fiuza, Lima e Junior (2016), a tendência é de a União Estável aproximar-se cada vez mais do casamento até que se chegue a uma simetria quase igualável. Enquanto isso não ocorre, conforme exposto ao longo deste estudo, o Estado precisa criar meios para garantir os direitos advindos dessa modalidade de família que espelha uma parte da sociedade que convive a muitos anos sem a proteção devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto é possível concluir que a outorga uxória é de suma importância no regime de união estável quando há alienação de bens adquiridos conjuntamente e a conscientização deve ser clara caso um dos companheiros venha prestar aval ou fiança, assim não acarretando prejuízos ao companheiro ou terceiro de boa-fé.

É possível concluir também que sua ampla utilização no meio social aponta para uma maior regulamentação legislativa, de forma que esse assunto não acarrete mais dúvidas nos processos judiciais pois embora boa parte da doutrina e jurisprudência entenda que não há a necessidade de autorização de ambos os conviventes em união estável, existem a corrente que acredita e defende a ideia de que a união estável se compara com o casamento civil, tendo assim a mesma proteção jurídica quanto ao patrimônio familiar, sendo então um direito real e não simplesmente pessoal, necessitando de maior regulamentação

Ainda, o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a obrigatoriedade da autorização do companheiro para a alienação de bens imóveis adquiridos de forma onerosa durante a relação. Então, o ideal seria ampliar o alcance da regra contida no art. 1725 CC, interpretando-o conforme a Constituição Federal de 1988 pois ao equiparar a união estável

ao casamento, a lei maior vedou qualquer espécie de discriminação protetiva entre essas entidades familiares.

Por fim, à norma que regula os efeitos patrimoniais da união estável (art. 1725 CC) devem incidir, na sua totalidade, os preceitos que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens, incluindo a obrigatoriedade do consentimento do companheiro para os atos que importem venda de bens imóveis comuns, bem como as consequentes sanções previstas em caso de violação desse dispositivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável**, artigo publicado na revista advogado nº 58, AASP, São Paulo, Março/2000.

BENEDITO, Luiza Machado Farhat e OLIVEIRA, Juliana Aparecida Gomes Oliveira. **A Outorga Conjugal e a União Estável no Novo Código de Processo Civil**. Revista Meritum – Belo Horizonte – v. 12 – n. 2 – p. 269-284 – jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5258/pdf>> . Data do Acesso: 05/10/2018.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei ordinária nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> . Acesso em: 22/10/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 Out. 1988. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em: 15/10/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**; 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**; 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **Negócios Jurídicos sem a Outorga do Cônjuge ou Convivente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues, FIUZA, César Augusto De Castro e LIMA, Renata Albuquerque.

LAPAZINI Gabrieli e CARDOSO, Deisi. Outorga uxória na união estável: aval e fiança. Revista Âmbito Jurídico. 2018. Data do acesso 02/10/2018. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18930&revista_caderno=14 >

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Manisk, Lílian. **União Estável**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4312&revista_caderno=25 > data do acesso: 20/10/2018

ROCHA, Pedro Figueiredo. **Outorga Conjugal no Aval: Encontros e Desencontros entre Legislação e Jurisprudência**. – Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2014.

TARTUCE, Fernando; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**. São Paulo: Método, 2011.

NOTAS:

[1] Professor Doutor do Curso de Direito da Católica do Tocantins. E-mail: antonio.cesar@catolica-to.edu.br

[2] é necessária em diversos atos potencialmente lesivos, como no caso do cônjuge que vai prestar fiança ou aval, por exemplo. Quando a **outorga uxória** é exigida por lei, a falta dessa autorização pode repercutir na validade do ato praticado pelo outro cônjuge.

[3] Expressão corrente na doutrina, que, no entanto, não dispõe ele previsão legal. Nada mais significa do que propriedade em "mão comum", ou seja, pertencente a ambos os cônjuges ou companheiros.

[4] É a efetivação do direito à metade do patrimônio compartilhado com alguém, caso haja este direito. É o caso de casamentos onde não há divisão total de bens, por exemplos.

[5] (STJ, REsp 861.058/MG, 4.ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, p. 2 1/11/2013)

UMA ANÁLISE ACERCA DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELAS LEIS 12.015/2009 E 13.718/2018 NO CRIME DE ESTUPRO

FREDERICO DA SILVA FERREIRA DE SOUZA:

Bacharelado do Curso de Direito da FACAPE -
Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de
Petrolina.

JOSÉ JOSINALDO ALENCAR LIMA
(Orientador)[1]

RESUMO: Este trabalho apresenta, de modo sistemático e crítico, breve análise acerca da polêmica da cultura do estupro, com base em doutrinas, legislações, reportagens midiáticas, entre outros. Com o advento da Lei 12.015/2009, houve inúmeras modificações, gerando, portanto, consequências, a exemplo, as pessoas do sexo feminino podem figurar no sujeito ativo do delito, além de que as figuras típicas do crime de estupro e do atentado violento ao pudor, foram unificadas, evitando, assim, controvérsias nos julgamentos. Noutra esteira, a Lei 13.718/2018 alterou o crime de estupro no tocante à ação penal. Ademais, demonstra, ainda, que a sociedade erroneamente coloca a vítima como culpada.

ABSTRACT: This paper presents, in a systematic and critical way, a brief analysis of the controversy of the rape culture, based on doctrines, legislations, media reports, among others. With the advent of the Law 12.015/2009, there have been numerous modifications, generating, countless consequences, for example, the female people can figure in the active subject of the offence, besides that the typical figures of the crime of rape and the violent attack to the modesty, were unified, thus avoiding controversies in the judgments. On another treadmill, the law 13.718/2018 altered the crime of rape in relation to criminal prosecution. Moreover, it demonstrates that society often places the victim as the main culprit, weaving comments, and acting so as to be more gravous than the act itself.

Palavras chaves: estupro, vítima, sociedade, agressor.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CRIME DE ESTUPRO; 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA; 2.2. ESTUPRO NO BRASIL; 3. CONCEITO DE ESTUPRO; 3.1. PRINCÍPIOS APLICADOS; 3.2. A AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO; 4. O ESTUPRO NA SOCIEDADE; 4.1. A VÍTIMA AOS OLHOS DA SOCIEDADE; 4.2. ESTUPRO NO ESTADO DO PERNAMBUCO; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca fazer uma análise acerca do crime de estupro, sua evolução, consequências, assim como as mudanças com o advento das Leis 12.015/2009 e 13.718/2018. Consequente, o tema em debate é de extrema relevância teórica e prática nos dias atuais.

A Lei 12.015 de agosto de 2009 trouxe inúmeras alterações no que cerne aos Crimes Sexuais. Algumas dessas alterações visam resolver temas que geravam controvérsias, sendo que, dentre elas a modificação mais relevante, foi a alteração do tipo penal de estupro.

Diante da evolução temporal constante a qual somos submetidos, os costumes retrógrados e desumanos do passado não deveriam mais ter atuação, no entanto, ainda são praticados atos altamente constrangedores, ofensivos e agressivos, como é o caso do crime de estupro.

A presente lei primeiramente alterou o nome do Título VI do Código Penal Brasileiro, que antes se chamava “Dos Crimes Contra os Costumes”, a partir da nova redação passa a se chamar “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, e neste rol está inserido o instituto que será abordado.

Já a Lei 13.718/2018 modificou a ação penal nos crimes de estupro, exceto quando forem praticados contra pessoas menores de 18 (dezoito) anos ou vulneráveis. Assim, com o advento da legislação, a ação penal que antes era condicionada a representação, agora passa a ser incondicionada, excetuando os casos com previsão legal.

Dignidade passa a ideia de decência, de respeito, enfim, algo totalmente ligado a honra. Dignidade juntamente com sexualidade

compreendem condutas relativas à satisfação da volúpia ou até mesmo da sensualidade. O crime de estupro fere diretamente essa “dignidade”, pois a dignidade e a liberdade sexual das vítimas são lesadas no momento em que são obrigadas a passar por situações totalmente desconfortantes e agressivas.

O crime de estupro faz-se presente no meio social, sendo apontado como atitude torpe e cruel que provoca grande comoção social quando levadas a conhecimento da população por conta da repulsividade de sua prática.

2 CRIME DE ESTUPRO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

Notadamente, a discriminação e desigualdade sexual persistem em existir desde o início da humanidade, época em que a divisão entre homens e mulheres era mais acentuada. Os autores dos crimes de estupro eram severamente punidos, tendo em vista que a sociedade da época não aceitava de maneira alguma.

Em algumas civilizações para ocorrer o estupro, deveria haver violência, a exemplo do Direito Germânico, em que o crime só era consumado com a defloração da vítima. Era imprescindível que a mulher ofendida fosse virgem. Exigia-se também o uso da violência para com a ofendida. Definitivamente o crime de estupro não era consumado se a violência empregada fosse contra mulher “deflorada”.

No Código de Hamurabi a mulher tinha status de coisa para o homem, como pode observar no art. 130 do presente código, havendo a posse do patriarca sobre as pessoas do sexo feminino, vejamos:

Art. 130º - Se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre.

Já no Direito Hebraico, a tutela recaía sobre o patriarca da família, considerando que tinham as mulheres apenas como objetos. No Direito

Grego, o autor do delito era punido com aplicação de multa, e, posteriormente, foi instituída a pena de morte.

Em Roma, as mulheres eram propriedades dos homens, no qual, estes exerciam o direito de posse que lhes eram conferidos. Os doutrinadores Hungria, Lacerda e Fragoso asseveram que no Direito Romano chamava-se *strupum*, em sentido lato, qualquer congresso carnal ilícito.

Ao longo dos anos, observa-se que o sexo feminino sempre possuiu o status inferior ao sexo masculino, resultando em taxas de desigualdade e discriminação elevadas.

Posto isto, entre as diversas modalidades de sanções, a exemplo, apedrejamento, humilhações, mutilação e até pena de morte, foram causas para que hoje o crime em tela fosse considerado como hediondo, buscando, com isso, a ordem social.

2.2 O ESTUPRO NO BRASIL

No período da colonização ocorreram fatos grotescos, desumanos, inaceitáveis, em que os colonizadores buscavam impor respeito mediante violência, destruindo as colheitas e moradias dos índios.

É cediço que os indígenas viviam em suas comunidades, terras em que habitavam em coletividade, separando as tarefas entre todos os integrantes dos grupos, não havendo desigualdade entre a tribo. Naquela época, as mulheres eram assemelhadas à mãe terra, sendo respeitadas na comunidade em que conviviam.

Com a chegada dos colonizadores, a mulher indígena passou a não ser mais respeitada, sofreram abusos, maus-tratos, estupro, ou seja, eram tomadas a força pelos colonizadores, para o que bem entenderem, tendo em vista, que estes gozavam do direito de usufruir do território e de todos os habitantes.

Já no período colonial, era comum ocorrer casamentos com crianças entre os 12 (doze) e 13 (treze) anos, no qual, após a primeira menstruação, eram entregues aos homens, que na noite de núpcias, ocorriam os

estupros. Nota-se ainda, que essas mulheres, eram tidas como objetos, de posse dos homens, tendo em vista que o ordenamento jurídico vigente na época foi criado pelo governo monárquico.

Surgiu no cenário brasileiro a preocupação com os direitos humanos de segunda geração, em que eram privilegiados os direitos sociais, culturais e econômicos, ou seja, os direitos de igualdade, quando do advento da República, com a promulgação do Código Penal de 1890.

Ademais, infelizmente a mulher em muitos casos é tida pela sociedade como agente que deu causa ao crime de estupro. São pensamentos retrógrados como este, que, fazem com que o passado se torne o presente e o futuro da sociedade brasileira.

3 CONCEITO DE ESTUPRO

O tipo penal em debate possui previsão legal no art. 213 do Código Penal (Lei 2.848/1940), em que possui a seguinte redação, vejamos:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Diante das inúmeras indagações doutrinárias e sociais, o legislador unificou no mencionado artigo do Código Penal, através da Lei 12.015/2009, os delitos do estupro e do atentado violento ao pudor, portanto, com isso, evitou-se as diversas controvérsias que envolvam esses tipos penais, tais como, a continuidade delitiva.

Importante ressaltar que antigamente não havia motivos para se falar em estupro quando se tratava do mesmo sexo, considerando que, para esses casos, o enquadramento jurídico era o do atentado violento ao pudor, excluindo, portanto, a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Anteriormente, o meio social confundia a figura do estupro com o atentado violento ao pudor, a exemplo, a situação de um homem ser violentado sexualmente. Com o advento da Lei 12.015/2009, não subsistem mais dúvidas que ambos os sexos podem ser sujeitos ativos e passivos.

Conforme leciona Rogério Greco (2017), a partir da redação do art. 213 do Código Penal, percebe-se a existência de alguns elementos que caracterizam o delito, vejamos:

- a) O constrangimento, levado a efeito mediante emprego de violência ou grave ameaça; b) que pode ser dirigido a qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino; c) para que tenha conjunção carnal; d) ou ainda para fazer com que a vítima pratique ou permita que com ela se pratique qualquer ato libidinoso.

Ademais, considerando o art. 213 do Código Penal, tem-se que o verbo do tipo penal é *constranger*, que é utilizado no sentido de forçar, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual.

A configuração do delito em tela, se dá com o emprego de violência ou grave ameaça, no qual, o primeiro diz respeito, à *vis corporalis*, *vis absoluta*, ou seja, utilização de força física, que resulte em conjunção carnal ou ainda que possibilite o ato libidinoso.

A grave ameaça, por sua vez, persiste sendo uma intimidação séria e grave à vítima, que a impeça de resistir. Não elidiu o legislador dúvida e discussão que pairava anteriormente, e prosseguirá no sentido de o mal prometido à vítima dever ser injusto ou se é possível a caracterização da grave ameaça inclusive quando o autor prometer o cometimento de um mal justo, por exemplo, policial utilizar um mandado de prisão para, intimidando-a, estuprar a vítima.

A violência deve ser material, ou seja, o emprego de força física suficientemente capaz de impedir a vítima de reagir, enquanto que a grave ameaça se dá através de violência moral, direta, justa ou injusta, situação em que a vítima não vê alternativa a não ser ceder ao ato sexual.

Há doutrina que entende que não se faz necessário o contato físico entre o autor e a vítima, cometendo o crime o agente que, para satisfazer a sua lascívia ordena que a vítima explore seu próprio corpo somente para a contemplação (ROGÉRIO SANCHES, 2015).

De outro lado, se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou o óbito da vítima, o delito será qualificado, conforme dispõe o art. 213. §§ 1º e 2º, do Código Penal, vejamos:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

§1º. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

§2º. Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A prática de conjunção carnal seguida de atos libidinosos, a exemplo, sexo anal, gerava concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Entendia-se nesses casos, que o agente praticava duas condutas gerando dois resultados de espécies diferentes. No entanto, com o advento da Lei 12.015/2009, o crime de estupro passou a ser conduta múltipla ou de concurso variado. Não se trata de tipo misto alternativo ou cumulativo, posto que o núcleo do tipo é um só, constranger, portanto, o agente que pratica mais de uma conduta, dentro do mesmo contexto fático, não se desnatura a unidade do crime.

Nesse sentido destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os atos libidinosos diversos da conjunção

carnal poderão ser negativamente valorados, por ocasião da dosagem da pena-base, na análise das circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal. E ainda, em respeito ao princípio da continuidade normativa, não há que se falar em *abolitio criminis* em relação ao delito do art. 214 do Código Penal, após a edição da Lei n. 12.015/2009. Por fim, conclui que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor foram reunidos em um único dispositivo.

Reprise-se que diante do princípio da continuidade normativa, não há que falar em *abolitio criminis* quanto ao crime de atentado violento ao pudor cometido antes da alteração legislativa conferida pela lei em estudo. A referida norma não descriminalizou a conduta prevista na antiga redação do art. 214 do CP, mas apenas deslocou para o art. 213 do CP, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas.

Por fim, tem-se que a legislação antiga buscava proteger a integridade física da mulher, bem como sua liberdade sexual, sendo irrelevante seu aspecto social, no entanto, com o advento da Lei 12.015/2009, houve a abrangência das vítimas, podendo, serem elas de qualquer sexo, independentemente do gênero, classe social, moral, profissão, entre outros.

3.1 PRINCÍPIOS APLICADOS

O legislador ao elaborar as normas, tem o dever de adequar aos princípios constitucionais ou infraconstitucionais. Ao serem aplicados nos crimes de dignidade sexual, os princípios constitucionais possuem importância imensurável, pois, tem o condão de elucidar os casos em que há conflito entre a justiça e o direito aplicado.

A insegurança jurídica pode surgir da vontade da sociedade quanto à efetivação da legislação penal, em que se leva em consideração a vontade de punir e não reeducar o infrator.

Considerando os diversos princípios que constam em nosso ordenamento jurídico, alguns ganham maior visibilidade, a exemplo do princípio da proporcionalidade, posto que, veda a criação exacerbada de

tipos penais incriminadores, persecução penal do Estado sob um agente, entre outros.

É comum encontrar diversos entendimentos em que a pena seja maior e mais severa, dando, portanto, falsa sensação justiça justa, à vítima e a sociedade, ou seja, leva-se em consideração o quantitativo da pena e a gravidade em que o agente é posto. Assim, o princípio da proporcionalidade, objetiva encontrar uma maneira de alinhar o entendimento anterior com o verdadeiro significado de justiça.

De outro lado, o princípio da isonomia busca garantir tratamento igual a todos da sociedade. Esse princípio tem previsão no art. 5º da Constituição Federal, vejamos:

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

O princípio da isonomia está implícito na redação do art. 213 do CP, considerando que a redação anterior à Lei 12.015/2009 só considerava como sujeito passivo pessoas do sexo feminino. Com o advento da Lei 12.015/2009, o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, seja do sexo masculino ou feminino.

Por fim, temos o princípio da dignidade da pessoa humana tem como principal objetivo colocar o ser humano no centro da organização, sendo vedada a utilização de outro referencial. Sendo assim, é um fundamento constitucional previsto no art. 1º, inc. III, devendo, portanto, ser reconhecido, respeitado, protegido, sendo vedado sua retirada, visto que, é inerente a cada ser humano.

3.2 DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO

Inicialmente, cumpre destacar que antes da entrada em vigor da Lei 12.015/2009, a ação penal em casos de estupros, procediam-se mediante

denúncia ao Ministério Público, sendo este o legitimado para propor a ação competente.

Neste mister, quando se tratava de violência real, aplicava-se a Súmula nº 608 do Superior Tribunal Federal, vejamos:

SÚMULA 608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

A violência real que trata a Súmula nº 608 do STF, ocorre quando não há consentimento da vítima, aplicando a força ou grave ameaça, ou seja, a violência que não é presumida, que venha causar lesão na vítima. Diferentemente, a violência presumida ocorre quando há o consentimento da vítima, todavia, este consentimento é inválido.

Ademais, a Lei nº 12.015/2009 alterou no tocante a ação penal, vez que em seu texto legal, determinou que nos crimes de definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação, e, nos casos em que a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, é mediante ação penal pública incondicionada.

Ainda sob a égide da Lei nº 12.015/2009, percebe-se que há duas exceções para aplicação da ação penal pública incondicionada, quais sejam, ser praticado contra vítima menor de 18 (dezoito) anos e/ou contra pessoa vulnerável.

Recentemente foi sancionada a Lei nº 13.718/2018, em que dispõe acerca da denúncia nos crimes contra a liberdade sexual. No texto legal, as ações referentes aos crimes contra a liberdade sexual passarão a ser ação penal pública incondicionada, portanto, não dependerão da provocação da vítima.

Diante disso, surgiram inúmeras críticas à esta nova legislação, considerando que alguns militantes entendem que este processo legislativo visou apenas agrandar à opinião pública, outros entendem que uma vítima

que não quer reviver o momento delicado de sua vida, em um processo judicial será obrigada a reviver.

Em contrapartida, há entendimentos favoráveis à legislação em vigor, no sentido de que há uma libertação e afirmação da mulher, dando a ela independência, ou seja, a mulher que não quer ser exposta (quer que não haja denúncia), basta não comunicar o fato à autoridade competente. Quando há violação à dignidade sexual, a questão passa a ser de ordem e segurança pública.

Com a nova legislação foi retirada a condicionante, portanto, nos delitos desta natureza a ação penal tornou-se incondicionada, não levando em consideração o direito à intimidade da vítima, expondo-a de forma agressiva à sociedade, fazendo-a reviver todos os momentos de angústia.

Conforme assevera Renato Brasileiro (2017):

Nas hipóteses de ação penal pública, por força do art. 129, I, da Constituição Federal, o titular da ação penal será o Ministério Público; nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada, será legitimado a agir o ofendido ou seu representante legal.

No caso em tela, percebe-se que no crime em tela, que antes era ação penal de iniciativa privada, dependendo do interesse da vítima e hoje é ação penal pública, passando o Ministério Público ser o legitimado para propor a ação, desde que tenha ciência dos fatos.

4 O ESTUPRO NA SOCIEDADE

4.1 A VÍTIMA AOS OLHOS DA SOCIEDADE

Ainda se faz presente na sociedade a cultura do patriarcalismo, no qual, as mulheres são desvalorizadas tão somente por serem mulheres. Outrora, persiste ainda em existir outra cultura, qual seja, a cultura do estupro, nomenclatura dada por um grupo de feministas na década de 1970.

A sociedade por si própria, é tida como grande incentivadora no que se refere à violência sexual, tendo em vista, os alarmantes índices de preconceitos contra as mulheres, além de que, atribuem às mulheres a culpa de serem vítimas do estupro, considerando que julgam como facilitadoras, enriquecendo a mente doentia do malfeitor. Sendo assim, a sociedade acusa a vítima de ser a causadora do delito, negligenciando a conduta praticada pelo agressor.

Isso decorre da cultura em que os homens são os dominadores e as mulheres são acusadas de vitimização, podendo, ser comumente ouvido expressões no qual buscam atrelar a mulher a condição de provocadora, tais como, *mulheres provocam os homens com suas roupas* ou ainda *meninas boas não são estupradas*.

Diante disso, nota-se que a sociedade possui uma mente tão doente quanto a do agressor, sendo ponderado, o individualismo social, no qual, o agressor só agiu por ser instigado.

Não há explicações para justificar a prática do delito, sendo que, em muitas vezes o agressor está no círculo de amizade social da vítima.

Em 2012 ocorreu na Índia um dos casos de estupro que mais repercutiram na imprensa mundial, no qual, foi noticiado o estupro de uma mulher, Joyti Singh, em que um grupo de homens, brutalmente, violaram a dignidade sexual no interior de um ônibus na capital do país. A mulher possuía apenas 23 (vinte e três) anos e sonhava em ser fisioterapeuta, morrendo após 02 (duas) semanas devido aos ferimentos.

A conduta delitiva, forçando a ter relações sexuais, além de inferiorizar a vítima, afeta o psicológico, o que em muitos casos, gera o sentimento de suicídio. Como já explanado, a sociedade estigmatiza a vítima, tratando-a de forma diversa, pelo que, em decorrência de se sentir "suja", a vítima não comunica o fato à autoridade policial.

Ademais, quando a vítima se dirigia a autoridade policial, os agentes do sexo masculino viam a oportunidade de satisfazerem suas imaginações doentias, a exemplo, estenderem demasiadamente os depoimentos. Com isso, ao longo dos anos, foram instaladas delegacias especializadas, nas

quais, as vítimas são atendidas por pessoas do mesmo sexo, evitando, assim, maiores constrangimentos.

Apesar do misto de perplexidade e revolta que a cena de um estupro causa, não se trata de um caso incomum. No Brasil os dados são alarmantes, considerando que são aproximadamente 527 (quinhentos e vinte e sete) mil estupros ao ano, segundo o levantamento "*Estupro no Brasil: Uma radiografia segundo os dados da Saúde*", do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). O crime, no entanto, é um dos mais subnotificados no País: estima-se que apenas 10% dos casos cheguem à polícia, ou seja, 90% sequer são investigados.

O grande questionamento acerca desses crimes gira em torno da dúvida, de o porquê de estarmos em constante evolução e ainda existirem condutas tão desumanas e retrogradadas.

4.2 O ESTUPRO NO ESTADO DO PERNAMBUCO

Em 2017 foi publicado pela Secretaria de Defesa Social relatório no qual demonstram os números relativos à quantidade de delitos praticados.

Segundo dados fornecidos pelo Governo do Pernambuco, através da Secretaria de Defesa Social, em 2017, entre os meses de janeiro a março ocorreram 497 (quatrocentos e noventa e sete) casos de estupros. A Região Metropolitana do Recife foi a região com maior incidência do delito, contando com 160 (cento e sessenta) crimes do tipo.

No relatório anual de 2017, foram registrados 2.134 (dois mil, cento e trinta e quatro) casos de estupros, sendo que, 1.085 (mil cento e oitenta e cinco) ocorreram no interior do Estado.

Ainda de acordo com a Secretaria de Defesa Social, entre janeiro a julho do ano de 2018, na cidade de Petrolina-PE, foram noticiados 49 (quarenta e nove) casos de estupro na cidade.

Em 2016 foi noticiado em Petrolina-PE, através de mídias locais o desaparecimento de duas jovens, que foram encontradas mortas nas imediações do Distrito Industrial da cidade. Segundo investigação da Polícia

Civil, o caso ocorreu quando as vítimas se dirigiam ao trabalho, sendo abordadas por dois delinquentes e conduzidas à uma zona de vegetação, em que foram violentadas, agredidas, humilhadas e lhes foram tiradas a vida.

Outrora, diante da intensa humilhação e sofrimento psicológico, entre outros, a vítima do estupro não registra boletim de ocorrência, ou procura órgãos especializados, dificultando a elaboração das estatísticas de maneira precisa, dificultando, ainda, a elaboração de medidas sociais que busquem melhorar a condição dessas vítimas.

5 CONCLUSÃO

À medida que os anos passam, a sociedade ainda tece julgamentos contra à grande parte das mulheres, vítimas do crime de estupro, julgamento estes, que resultam em consequências piores que o próprio fato. Isso ocorre porque a pessoa do sexo feminino ainda sofre com a discriminação de gêneros.

De outro lado, na sociedade está arraigado o costume de tornar a mulher como a principal causa do crime de estupro, defendendo que esta provoca o agressor, seja com gestos, vestimentas ou ainda com a comunicação oral.

O agressor quando é detido pelas autoridades competentes, busca sempre alegar que possui problemas psiquiátricos, buscando, portanto, afastar o dolo de agir.

As vítimas não creem na legislação, tendo em vista que as penas aplicadas são irrisórias, considerando o mal praticado, além de que, o ordenamento jurídico pátrio não é capaz de conceder segurança à sociedade, tampouco, intimidar os agressores.

Diante disso, é de suma importância que o direito se adeque ainda mais aos princípios constitucionais, tendo como principal objetivo, atender os interesse de todos, da sociedade, além de defender o bem jurídico tutelado, bem como buscar a regeneração do apenado, reprimindo-o de

forma adequada a conduta, além de advertir a sociedade acerca da prática do delito.

Por fim, devem ser instituídas políticas públicas capazes de exterminar essa cultura do estupro, em que, haja união entre os níveis de governo, com a finalidade de implementar essas políticas públicas nas mais variadas classes da sociedade, evitando, assim, que novos casos ocorram, extinguindo, na grande totalidade, o crime de estupro.

6 REFERÊNCIAS

CERQUEIRA, Daniel. COELHO Danilo de Santa Cruz. Estupro no Brasil: Uma radiografia segundo os dados da Saúde. http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/03/IPEA_estupronobrasil_dadosdasaude_marco2014.pdf. Disponível em 28 de outubro de 2018.

CÓDIGO DE HAMURÁBI [s.l.]. Disponível em: <http://culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2002.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume 3. São Paulo: Impetus, 9ª ed., 2012.

HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Cortes de, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. 5ª ed. Volume VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 104.

MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos da metodologia científica. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PLANALTO Central. Código Penal brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Disponível em 28/10/2018.

PLANALTO Central. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Disponível em 28/10/2018.

PLANALTO Central. Constituição Federal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Disponível em 28/10/2018.

PLANALTO Central. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Disponível em 28/10/2018.

PLANALTO Central. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Disponível em 28/10/2018.

LAPA, Nádia. <https://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-praque/porque-as-mulheres-sao-estupradas-segundo-a-policia-4780.html>. Disponível em 28/10/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado / Renato Brasileiro de Lima – 2ª ed. Rev. e atual. – Salvador : Juspodivm, 2017.

RELATÓRIO da Polícia. Secretaria de Defesa Social. <http://www.portaisgoverno.pe.gov.br/web/sds/estupro>. Disponível em 28/10/2018.

NOTA:

[1] Professor Especialista em Direito Penal e Processual Penal da FACAPE - Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina, e-mail: ten.josealencar@gmail.com.