

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 882

(Ano X)

(01/12/2018)

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

COLUNISTA DA SEMANA



30/11/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18](#)

ARTIGOS

30/11/2018 Carmelita Angelica Lacerda Brito de Oliveira

» [Fraudes nas demonstrações contábeis e a incidência em crimes falimentares e o Código de Ética do Contador](#)

30/11/2018 Vinicius de Almeida Gonçalves

» [A possibilidade de cobrança de IOF e IRPF sobre transações com criptomoedas](#)

30/11/2018 Ramon Santos Bezerra de Lima

» [Delegação do poder de polícia nos estacionamentos rotativos públicos no município de Juazeiro-Bahia.](#)

30/11/2018 Bruna Veras dos Santos Brito

» [Os Aspectos Legais do Bullying e as políticas implantadas em Porto Nacional para cumprimento da Lei nº 13.185/2015](#)

30/11/2018 Sergio Raphael da Silva Alves

» [Responsabilidade civil das instituições financeiras em razão de crime de roubo praticado nas proximidades de suas agências](#)

29/11/2018 Carmelita Angelica Lacerda Brito de Oliveira

» [Educação: um dever estatal e a garantia do Estado Democrático de Direito](#)

29/11/2018 Filipe Renner Félix

» [Direito à vida: análise da perspectiva jurídica do conceito de nascituro, início da personalidade e a criminalização do aborto](#)

29/11/2018 Rita de Cássia Motta Freire

» [União estável e o direito sucessório da companheira](#)

29/11/2018 Divino Freitas Machado

- » [A aplicabilidade das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 nos relacionamentos homoafetivos do gênero masculino](#)
- 28/11/2018 Mariana Munhoz da Mota
- » [Ação popular: reflexões sobre a sua utilização como instrumento de judicialização da política](#)
- 28/11/2018 Valério Glória Ferreira
- » [Um olhar sobre a ressocialização na Casa de Prisão Provisória de Palmas](#)
- 28/11/2018 José Pedro da Silva Filho
- » [Adoção de crianças por casais homossexuais no Brasil](#)
- 28/11/2018 Raisal Rodrigues de Souza
- » [A ética e a responsabilidade social nas empresas](#)
- 28/11/2018 Edson Dias de Souza
- » [Os limites da ética no exercício dos operadores do direito](#)
- 28/11/2018 Egídia Cipriano de Sousa
- » [Estudo sobre as alterações propostas na lei do agrotóxico: um olhar sobre a saúde e o meio ambiente](#)
- 27/11/2018 Antonio José Cacheado Loureiro
- » [Crimes virtuais na era da informação - pela necessidade de um direito informático](#)
- 27/11/2018 Bruno Silva Guimarães
- » [A interferência das normas penais inquisitórias no "livre" convencimento do juiz](#)
- 27/11/2018 Carilene Xisto Bonfim
- » [Guarda compartilhada e alienação parental: uma breve análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Bahia](#)
- 27/11/2018 Welton Charles Brito Macêdo
- » [O direito à vida deve ser entendido à luz da Dignidade da Pessoa Humana.](#)
- 27/11/2018 Regina Alves da Silva
- » [A responsabilidade civil do empregador em acidentes do trabalho com material biológico](#)
- 26/11/2018 Adailton Alves de Souza
- » [O julgamento de improcedência liminar nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015](#)
- 26/11/2018 Sângela Daniela Barbosa Ramos
- » [Adoção por casais homoafetivos sob o prisma do melhor interesse da criança e adolescente](#)
- 26/11/2018 Hanna Geovanna Nascimento Mendes

» [O alto valor do IPTU em Palmas-TO](#)

26/11/2018 Silvia Alecrim Ferreira

» [O reconhecimento da paternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos](#)

26/11/2018 Marcia Cristina da Silva Mouzinho

» [Multiparentalidade na ordem jurídica brasileira: aspectos legais de seu reconhecimento](#)

26/11/2018 Sammilca de Cale França dos Santos

» [A adoção por casais homoafetivos no Brasil](#)

MONOGRAFIAS

28/11/2018 Ana Cláudia Ribeiro Santos

» [A cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais](#)

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E ALTERAÇÕES DA LEI 13.718/18

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

1-INTRODUÇÃO

A Lei 13.718/18 cria o crime de “Importunação Sexual” e também o crime de “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”.

Promove ainda importantes mudanças nas regras gerais dos crimes contra a dignidade sexual. Altera a ação penal dos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI, do Código Penal, afastando a regra da ação penal pública condicionada e adotando em geral a ação penal pública incondicionada, ainda que a vítima seja maior e capaz. Finalmente altera e acrescenta novas causas de aumento de pena para os crimes contra a dignidade sexual e, especialmente, para os crimes de estupro e estupro de vulnerável.

Em arremate, revoga expressamente o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, ou seja, a Contravenção Penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor”.

No seguimento, proceder-se-á aos primeiros comentários acerca dessas inovações legislativas.

2-DO CRIME DE “IMPORTUNAÇÃO SEXUAL”

Não é nenhuma novidade a prática de certos indivíduos, tendo em mira especialmente mulheres e em ambiente de transporte público, que se aproximam e tocam, friccionam seu corpo ou até mesmo, como em caso de grande repercussão midiática, ejaculam nas vítimas.

Foi exatamente o caso do chamado “Ejaculador do Ônibus” que gerou maior burburinho social e jurídico. O indivíduo costumava adentrar em transportes coletivos e praticar masturbação até ejacular no rosto de mulheres que estavam sentadas no ônibus e distraídas. Ele foi preso várias vezes, mas sua conduta acabou sendo desclassificada para a mera contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (artigo 61, LCP). Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo e punida com pena isolada de multa, impossível se tornou seu encarceramento, o que gerou grande revolta social com a divulgação midiática.

Na ocasião foram aventadas várias possibilidades de tipificação penal para afastar a insuficiência protetiva da simples contravenção. Houve lavratura de prisão em flagrante do autor por prática de “Estupro” (artigo 213, CP), a qual acabou relaxada com a desclassificação sobredita. Defendeu-se a hipótese de configuração de “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, CP), considerando que as vítimas eram pegas sem chance de reação. Também se levantou a possível configuração do crime de “Ato Obsceno” (artigo 233, CP), o qual também padeceria, embora em menor grau, da insuficiência protetiva, eis que infração de menor potencial com pena privativa de liberdade mínima e possibilidade de alternativa de aplicação somente de multa. Até mesmo o crime de “Injúria Real” foi apresentado como solução (artigo 140, § 2º, CP).

Nenhuma dessas alternativas se afigurou perfeitamente adequável à espécie. O crime de estupro não se configuraria pela ausência de violência real ou grave ameaça. O crime de estupro de vulnerável também não serviria porque, em verdade, as vítimas do ejaculador não eram pessoas realmente incapazes de ofertar resistência, conforme exige o tipo penal. Como visto, o ato obsceno seria uma falsa solução, pois a conduta permaneceria carecendo de uma reação penal à altura. Finalmente, a proposta da injúria real seria totalmente inviável, até mesmo por falta do elemento subjetivo específico, dentre outras inadequações. [1]

Entendeu-se que a única tipificação adequada formal e materialmente, segundo compreensão deste subscritor, seria a do crime de “Violação Sexual Mediante Fraude”, previsto no artigo 215, CP. Esse crime prevê pena reclusiva de 2 a 6 anos e seria adequável à espécie quanto à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal por meio que “impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. Ora, a ejaculação é, obviamente, um ato libidinoso e o recurso de a fazer de inopino, retirando da vítima qualquer possibilidade de reação, seria o suficiente para o enquadramento típico. [2] Entretanto, a celeuma não se resolveu neste sentido, embora tenha havido prisões em casos similares por meio dessa tipificação. Acabou prevalecendo a polêmica e a alegação de que a “Violação sexual mediante fraude” somente se poderia configurar ou pela fraude propriamente dita ou por “algum outro meio fraudulento” (sic), o que, a nosso ver, é uma tautologia absurda e não o exercício, como se defendeu, de aplicação correta da chamada “interpretação analógica”. Ora, fraude ou meio fraudulento são maneiras diferentes de expressar exatamente a mesma coisa, jamais uma interpretação analógica que promove a abertura do tipo penal para situações similares, embora diversas. E nem sequer a alusão ao crime de “Estelionato” (artigo 171, CP), porque a “Violação Sexual Mediante Fraude” tem o epíteto doutrinário de “Estelionato Sexual”, é suficiente para livrar essa “interpretação” de sua absurdidade. Isso porque no estelionato o legislador descreve dois meios fraudulentos (“artifício” e “ardil”) e então, aí sim, abre a redação para “qualquer outro meio fraudulento”. Ali são mencionados exemplos de “fraude” ou sua expressão sinônima (“meio fraudulento”), que são o artifício e o ardil. Depois vem a fórmula genérica de “qualquer outro meio fraudulento” ou “fraude”. Já no artigo 215, CP, o legislador já usa a expressão genérica “fraude”, sinônima de “meio fraudulento” e, por isso mesmo, não comete a tautologia de usar a expressão “ou qualquer outro meio fraudulento” na abertura para a interpretação analógica. Ali se refere a “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”, meios esses não fraudulentos, mas que se assemelhem à fraude no que tange à ausência de possibilidade de discernimento e escolha. Isso é de obviedade solar e jamais haveria razão para a celeuma que se erigiu em torno da suposta questão. De qualquer forma, foi a polêmica obtusa o que prevaleceu, de maneira que a conduta dos ejaculadores e outros abusadores similares seguiu como

tipificável mais perfeitamente na fração contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (artigo 61, LCP).

Esse estrabismo interpretativo que impediu o uso de um tipo penal já disponível conduziu a discussões no legislativo para uma nova tipificação dessa espécie de conduta, sem deixar margem para dúvidas criadas por “juristas” como aqueles descritos por Erasmo de Rotterdam:

“Pretendem os advogados levar a palma sobre todos os eruditos e fazem um grande conceito da sua arte. Ora, para vos ser franco, a sua profissão é, em última análise, um verdadeiro trabalho de Sísifo. Com efeito, eles fazem uma porção de leis que não chegam a conclusão alguma. Que são o digesto, as pandectas, o código? Um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer ao vulgo que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é mais difícil, resulta que os tolos têm em alto conceito essa ciência”. [3]

Foi, portanto, da profunda falta de capacidade interpretativa que assola nosso país, com indivíduos portadores de títulos acadêmicos, ocupantes de altos cargos e até reconhecidos como supostos “intelectuais”, mas que, na verdade, são incapazes sequer de ler e compreender um texto de duas linhas, tudo isso fruto da nossa chamada “Pátria Educadora” e das modernas metodologias de ensino, [4] que emergiu do Congresso Nacional o novo crime de “Importunação sexual” (artigo 215 – A, CP), criado pela Lei 13.718/18.

A conduta descrita é a seguinte:

“Art. 215 – A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

A pena prevista é de “reclusão, de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave”.

Logo se percebe que a não utilização do tipo penal já existente e à disposição dos “operadores do direito” levou à criação de um crime com pena mais baixa, pois que a “Violação Sexual Mediante Fraude” tem pena prevista de “reclusão de 2 a 6 anos”. Ou seja, as vítimas (com destaque para as mulheres) serão molestadas e os molestadores, devido a uma interpretação distorcida e equivocada do ordenamento, serão punidos com o novo crime, que absolutamente não precisaria existir, com pena mais branda do que a que efetivamente poderia perfeitamente ser aplicada, não fosse a deficiência (com raras exceções) de nossa chamada “elite intelectual” (pois foram sempre pessoas de formação universitária que expressaram suas “abalizadas opiniões”). O grande e verdadeiro entrave em nosso país não é econômico nem social, mas educacional e cultural. Sem a solução dessa situação, estaremos sempre presos num lamaçal no qual quanto mais nos mexemos, mais afundamos. A mudança é urgente e será lenta. Se não iniciar de imediato por uma alteração estrutural, metodológica e de referencial teórico, a frase profética de Nelson Rodrigues se cumprirá:

“Os idiotas vão tomar conta do mundo; não pela capacidade, mas pela quantidade. Eles são muitos”. [5]

Como observaram, com argúcia e erudição, Ruchester Marreiros Barbosa e Illyana Magalhães, a Lei 13.718/18 é mais uma manifestação do chamado “Direito Penal Simbólico”, especialmente no que se refere ao tratamento dado à “Importunação Sexual”. O legislador se preocupou em prever uma pena máxima privativa de liberdade maior que quatro anos, com vistas ao disposto no artigo 322, CPP, impedindo, destarte, a liberdade provisória com fiança pelo Delegado de Polícia, o que conferiria uma sensação falsa de punição célere e praticamente imediata dos infratores, quando, na verdade, logo na audiência de custódia, poderão perfeitamente ser liberados com ou mesmo sem fiança pelo Juiz. [6]

Seja como for, “legem habemus” e, assim sendo, é preciso interpretá-la e aplica-la devidamente.

A conduta incriminada é a da prática “contra” alguém de ato libidinoso. Bitencourt critica a redação e afirma que o projeto original previa a prática “na presença de” alguém de ato libidinoso. Para o autor essa alteração teria

sido realizada de forma inconstitucional, eis que o texto levado à sanção presencial era conforme a segunda redação acima exposta. Alega o autor sob comento que a alteração restringe o alcance do tipo penal, tornando atípicas condutas que não forem perpetradas “contra” alguém, mas apenas na sua “presença”. [7] Entretanto, não há, ao menos até o momento da elaboração deste texto, manifestação jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade apontada. Ademais, entende-se que a alteração não tornará absolutamente atípica a conduta daquele que praticar atos libidinosos na “presença” de alguém sem o seu consentimento. Em primeiro lugar, há previsão para atos de exibicionismo, por exemplo, quando realizados em lugar público ou aberto ou exposto ao público. Trata-se do crime de “Ato Obsceno”, previsto no artigo 233, CP, cuja pena é menor proporcionalmente, eis que não haverá invasão do espaço corporal da vítima. Aliás, se a redação do artigo 215 – A fosse com o uso da expressão “na presença” e não “contra”, tornar-se-ia praticamente inviável a distinção entre os crimes de “Ato Obsceno” e de “Importunação Sexual”. Certamente grande debate iria se abrir, com tendência à conclusão de que o crime do artigo 233, CP teria sido revogado tacitamente. Fica realmente uma lacuna se tais atos forem praticados em local reservado, mas é fato que a maior parte dos atos de exibicionismo são realizados em locais públicos ou ao menos de acesso público. No caso de menores de 14 anos, sem necessidade de que o ato se dê em espaço público, há a previsão do crime de “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente”, conforme a letra do artigo 218 – A, CP.

A redação que prevê a prática de ato libidinoso “contra alguém” se coaduna perfeitamente com a exigência que a segue, qual seja, a de que tal ato libidinoso tenha sido realizado “sem a anuência” da vítima. [8] Aqui se verifica mais um caso em que o dissenso ou consentimento da vítima é elemento essencial para a tipificação ou o afastamento da tipicidade da conduta. Se a vítima consente na prática do ato libidinoso não há crime, o que é totalmente compreensível. Ora, o bem jurídico tutelado no seio da dignidade sexual é a liberdade sexual. Se a pessoa quer e consente que outrem pratique ato libidinoso, não se pode, inclusive, alegar que tal ato foi praticado “contra” a vítima, mas “com” ela, satisfazendo seu livre consentimento. Obviamente que este consentimento haverá de ser válido

(não o poderá ser assim considerado aquele ofertado por vulnerável, nem obtido mediante violência, grave ameaça ou fraude), sob pena de configuração do crime de “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, CP), “Estupro” (artigo 213, CP) ou “Violação Sexual Mediante Fraude” (artigo 215, CP), tudo a depender da espécie de ato libidinoso praticado contra a vítima e da forma como tal suposto “consentimento” inválido foi obtido.

Não há como concordar com Lopes Júnior, Morais da Rosa, Brambilla e Gehlen, segundo os quais, com o advento do artigo 215 – A, CP, somente se caracterizaria o estupro ou o estupro de vulnerável para atos libidinosos invasivos, tais como sexo oral, sexo vaginal ou sexo anal, passando outros abusos a serem tipificados no novo dispositivo. Ao ver deste autor, o que distingue os crimes enfocados não é a natureza do ato libidinoso, mas sim a presença ou não de violência ou grave ameaça. Assim sendo, não importa se o que o agente consegue é um beijo lascivo apenas ou uma carícia nas partes íntimas com as mãos ou mesmo uma ejaculação sem tocar na vítima. A questão estará em “como” ele conseguiu praticar esses atos libidinosos contra a vítima, quais foram os meios? Se esses meios foram a violência ou a grave ameaça ou se a vítima é vulnerável e em razão disso ele obteve seu sucesso na empreitada, os crimes continuam sendo normalmente os de estupro ou de estupro de vulnerável. Não há desproporção ou “hipocrisia” (sic) como alegam os autores sobreditos, mas tão somente a aplicação adequada da legislação e o respeito e proteção à liberdade sexual e à dignidade das pessoas (homens e mulheres) que não podem ser “constrangidas” a atos sexuais, recebendo o infrator uma resposta penal branda, como se isso não fosse algo de suma gravidade. Há uma enorme diferença entre o ato de inopino e o emprego de constrangimento violento ou ameaçador ou mesmo o abuso da vulnerabilidade alheia. [\[9\]](#)

Tanto é fato que Sannini Neto apresenta precedente do STJ (STJ, 6ª. Turma, Resp 1611910/MT, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27.10.2016), destacando ser o estupro “ato de violência (e não de sexo)”, marcado pelo intuito de “subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente”. Dessa forma, conclui o autor que “no cenário jurídico atual”, o chamado

“beijo roubado”, que envolve violência ou grave ameaça, caracteriza, sim, o crime de estupro, contudo,

em se tratando de 'beijo furtado', vale dizer, sem violência ou grave ameaça à vítima, a conduta se adequaria ao novo tipo penal do artigo 215 – A (importunação sexual)". [10]

Entretanto, sendo o consentimento válido, há que aplicar o brocardo latino, segundo o qual "volenti et consentienti non fit injuria" ("Ao que quer e consente não se faz injustiça"). Dessa forma o consentimento do ofendido ou do titular do direito, que dele pode dispor validamente (como acontece com as pessoas maiores, livres e capazes com relação a atos sexuais de toda espécie), enseja o afastamento da tipicidade ou, como dizem alguns, consiste em um "elemento negativo do crime ou do fato". No caso concreto ocorre que o dissenso do ofendido é "um elemento do fato constitutivo do crime, ou melhor um elemento cuja ausência torna impossível a configuração concreta de um fato típico e, como tal, relevante para o direito penal". [11] Trata-se da mesma situação encontrável em crimes como a "Violação de Domicílio" (artigo 150, CP) ou mesmo do "Estupro" (artigo 213, CP). A entrada ou permanência em casa alheia com a anuência do morador não é crime, pois o tipo penal exige que a ação se dê contra a vontade expressa ou tácita deste. Também a prática de atos libidinosos ou conjunção carnal de forma consensual entre adultos conscientes, sem qualquer ato de constrangimento, não configura crime.

O crime em estudo é comum, de forma que qualquer pessoa pode cometê-lo. Também qualquer pessoa pode ser vítima. A maior incidência fática de mulheres como sujeito passivo dessa conduta não implica no fato de que um homem não possa ser vítima também de importunação sexual. Da mesma forma, a maior incidência estatística de violadores homens não significa que uma mulher também não possa ser sujeito ativo do ilícito. Obviamente essa importunação pode ser de natureza heterossexual ou homossexual. Todos, indistintamente, são dotados de dignidade e liberdade sexual.

A "Importunação Sexual" é crime doloso, não havendo previsão de conduta culposa. Assim, se um indivíduo, por acidente, se desequilibra no metrô e acaba esbarrando numa mulher em uma situação que poderia ensejar a violação, não há crime, pois inexistiu dolo por parte do agente.

Ademais, o dolo previsto no tipo penal é “específico”. O agente deve praticar o ato libidinoso com a finalidade especial de “satisfazer a própria lascívia ou de terceiro”. Embora na maior parte dos casos certamente esse “dolo específico” deva estar presente, não se considera que o legislador tenha adotado o melhor caminho. Entende-se que deveria ter agido como o fez em outros crimes contra a dignidade sexual, para os quais o desejo de satisfazer a lascívia não é elemento do tipo. No “Estupro” (artigo 213, CP), por exemplo, isso não é exigido, de modo que se alguém estupra uma vítima, sem qualquer intuito sensual, mas apenas para fins de humilhação ou vingança, isso em nada afeta a configuração do grave ilícito, o que é, no entendimento deste autor, impecável. No caso da “Importunação Sexual” se, por exemplo, um sujeito se aproximar de uma mulher num ônibus, esfregando suas partes pudendas em seu corpo porque não gosta dela e de seu marido, com o objetivo tão somente de submetê-la a uma situação vexatória, o crime do artigo 215 – A, CP não restaria tipificado por falta de elemento subjetivo específico, o que é uma lacuna indesejável. Essa lacuna se torna ainda mais grave porque a contravenção de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (artigo 61, LCP) foi expressamente revogada, não podendo servir como uma espécie de infração penal subsidiária. Restaria tão somente a também contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade (artigo 65, LCP), com a irrisória pena de “prisão simples de 15 dias a dois meses ou multa”. [12] Gilaberte Freitas também chama a atenção para a necessidade do dolo específico, afirmando, com correção, que “falecendo a intenção, o crime muda, ou deixa de existir”. Sugere uma solução diversa da acima exposta para o ato acintoso público que vise humilhação. Para o autor, se “o agente (...), num rompante, levanta a saia de uma mulher para humilhá-la em público, pratica injúria real (artigo 140, § 2º., CP)”. [13] A sugestão do autor em destaque parece realmente defensável e certamente haverá divisão quanto a tal solução ou a contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade. A tendência deste subscritor é reconhecer, com Gilaberte, a configuração do crime de Injúria Real em havendo ao menos algum ato de violência ou vias de fato contra a vítima, caso contrário, somente restará mesmo a contravenção penal de Perturbação da Tranquilidade. Isso porque a Injúria real exige que a conduta seja informada por violência ou vias de fato de natureza aviltante.

Sobre o tema também se manifestam Moraes e Evangelista Júnior, concluindo pela Perturbação da Tranquilidade em casos de incômodo sem violência ou grave ameaça e sem o dolo específico de satisfação da lascívia, bem como, porventura, sem sequer configurar a conduta um ato propriamente libidinoso:

“De outra banda, atos intermediários, como o registro sorrateiro de fotos e vídeos de partes íntimas do corpo sob as vestes das vítimas, prática não incomum em espaços públicos, poderão configurar a contravenção de perturbação da tranquilidade do artigo 65 do Decreto – Lei 3.688/41, numa migração do enquadramento jurídico diante da supressão da importunação ofensiva ao pudor e da incompatibilidade ou desproporção da recém – chegada importunação sexual”. [14]

O ilícito penal em estudo é material, sendo possível a tentativa, desde que o ato libidinoso não se consume por motivos alheios à vontade do agente. Digamos que um indivíduo, que está se masturbando ao lado da vítima que dorme num banco de ônibus, prestes a ejacular, é detido por populares e não consegue seu intento. Sanches Cunha, porém, embora reconhecendo a possibilidade de tentativa, a considera “improvável” porque “se o agente inicia a execução de qualquer ato libidinoso, há que reconhecer a consumação”, sendo que antes disso somente há “atos preparatórios” impuníveis. [15]

Observe-se que o crime previsto no artigo 215 – A, CP não é informado pela violência ou grave ameaça. Se isso ocorrer, estar-se-á diante de infrações penais mais graves, tais como o “Estupro” (artigo 213, CP) ou “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A, CP), a depender das condições da vítima. [16] Também nele não poderá haver fraude, pois então prevalecerá o crime de “Violação Sexual Mediante Fraude” (artigo 215, CP). Outrossim, a vítima do abuso sexual não poderá ser vulnerável, pois então a prática do ato libidinoso contra ela ou com ela, configurará “Estupro de Vulnerável” (artigo 217 – A), ainda que sem violência ou grave ameaça ou mesmo com seu consentimento. A subsidiariedade do crime de “Importunação Sexual”,

aliás, é expressa, pois em seu preceito secundário consta que somente é aplicável “se o ato não constitui crime mais grave”.

Conforme já visto de passagem, também se distingue do “Ato Obsceno” (artigo 233, CP), pois que o ato libidinoso deve ser perpetrado “contra” a vítima e não somente em sua presença. O sujeito que pratica algum ato sensual em público, mas não voltado a vítima determinada incide no crime de “Ato Obsceno” e não no de “Importunação Sexual”. Por exemplo, se um sujeito se masturba e ejacula no pescoço de uma vítima num ônibus, esta é determinada e então há infração ao artigo 215 – A, CP. Mas, se um indivíduo, numa praça ou mesmo num coletivo está se masturbando em público sem dirigir seus atos a qualquer pessoa determinada, há apenas o crime de “Ato Obsceno”. Também, como já visto, a prática, com intenção de satisfação de lascívia, de atos libidinosos na presença de menores de 14 anos, configura o crime previsto no artigo 218 – A, CP.

Note-se ainda que o crime de “Importunação Sexual” não se restringe a atos praticados em locais públicos ou transportes coletivos. Os exemplos são dados nessas circunstâncias porque é o mais faticamente comum de ocorrer. Não obstante, o tipo penal não menciona em parte alguma que a conduta deva ser praticada em qualquer local específico, público ou privado. Dessa forma, se um colega de trabalho, estando sozinho num escritório com uma colega, vem por suas costas, quando ela está concentrada no trabalho, e ejacula nela, obviamente sem o seu consentimento, incide normalmente no artigo 215 – A, CP. Ainda que seja um superior hierárquico ou pessoa com ascendência em relação de trabalho, prevalecerá o artigo 215 – A, CP em relação ao crime de “Assédio Sexual” (artigo 216 – A, CP), eis que a pena prevista para o primeiro é maior, não sendo de se aplicar a subsidiariedade. Além disso, o crime do artigo 216 – A, CP é meramente formal, de modo que quando há efetiva prática do ato libidinoso contra o subordinado (a) sem o uso do constrangimento relativo à subordinação, não há falar em assédio. O constrangimento no assédio sexual é somente aquele referente à relação de subordinação, não podendo ser marcado por violência ou grave ameaça, o que também afasta o assédio, desta feita para configuração do crime de estupro consumado ou mesmo tentado.

Fato é que a casuística desses atos violadores é muito vasta. Outro caso recente gerou impacto na mídia. Uma mulher fazia uso de transporte público quando percebeu que alguém não identificado (a) havia jogado uma camisa de Vênus com conteúdo que aparentava ser sêmen dentro de sua bolsa. Tal fato se deu poucos dias depois da promulgação da Lei 13.718/18. Tirante as circunstâncias inusitadas de que a sedizente vítima não teria sequer visto o (a) suspeito (a), bem como que estaria na Capital de São Paulo, em transporte público, com a bolsa aberta e desvigiada, o que não é nada comum, gerando dúvidas quanto à realidade do narrado, a ser devidamente apurado na respectiva investigação criminal, especialmente pela análise de imagens da Companhia de Transporte Público de São Paulo (CPTM). Não há como negar que a situação sugere, ao menos em tese, a prática prevista no novo artigo 215 – A, CP. Segundo as notícias, a Autoridade Policial que atendeu por primeiro à ocorrência, nessa fase de aplicação inicial da Lei 13.718/18, teve dúvidas quanto à tipificação mais exata da conduta, elaborando uma ocorrência genérica (“Outros - não Criminal”). Essa dúvida é totalmente compreensível, mesmo porque, embora bastante ampla, a expressão ato libidinoso, até pela sua própria amplitude, não é jamais algo unívoco. É duvidoso se o ato de jogar uma camisa de Vênus usada numa bolsa de outrem constitui realmente ou não um ato de libidinagem. Mais que isso, é ainda mais duvidoso se quem o faz pratica a conduta com a finalidade precípua de “satisfazer a própria lascívia ou de terceiro”, conforme exige, a nosso ver equivocadamente, o tipo penal. Tal atitude pode perfeitamente ser interpretada como conduta de puro acinte ou provocação e não algo realizado com intento de satisfação lascívia. Em uma das matérias divulgadas, uma advogada, segundo consta pertencente à “Rede Feminina de Juristas”, Marina Ganzarolli, apresentou a tese de que estaria configurada a “Importunação Sexual” (artigo 215 – A, CP), o que é perfeitamente defensável, embora não indiscutível, principalmente na atual situação de cognição incipiente da novel legislação. Ademais, a própria advogada reconhece na matéria a situação de dúvida e sugere que a Autoridade Policial poderia também ter tipificado o ocorrido como contravenção penal. Ora, a situação é tão delicada e as dúvidas quanto à legislação recente são tantas, que a advogada se equivoca de forma absoluta ao afirmar que o Delegado poderia ter tipificado a conduta diversamente. Em suas palavras, conforme publicação jornalística: “Há, no

mínimo, uma contravenção penal, que tem penas mais brandas que o crime. *Citaria constrangimento e importunação ofensiva ao pudor com cunho libidinoso* (grifo nosso). [17] Ora, em primeiro plano, não existe qualquer infração penal, crime ou contravenção com o “nomen juris” “constrangimento ofensivo ao pudor com cunho libidinoso”. Não existe e nunca existiu. Já quanto à contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (artigo 61, LCP), a que, ao que parece, a advogada pretende fazer menção, esqueceu-se ela de que a própria Lei 13.718/18 acabou de revogar esse dispositivo, o qual, portanto, não tem vigência e é inaplicável em nosso país. Na verdade, como já dito alhures, eventual contravenção subsidiariamente aplicável seria atualmente a de “Perturbação da Tranquilidade”, conforme dicção do artigo 65, LCP. Não se pretende, de forma alguma, crucificar a causídica devido a seu equívoco. Isso é natural, tendo em vista a recenticidade da alteração legislativa e a dificuldade interpretativa que às vezes surge e surgirá quanto ao conceito de ato libidinoso e, especialmente, à apuração e constatação do elemento subjetivo específico da finalidade de satisfação da própria lascívia ou de outrem. Na opinião deste autor, ao menos em tese e a princípio seria de se tipificar a conduta no novel artigo 215 – A, CP, merecendo aprofundamentos posteriores durante a investigação, não somente quanto à realidade fática do narrado pela sedizente vítima, quanto também à natureza libidinoso da prática e ao dolo específico do agente em satisfazer à lascívia própria ou de outrem. Induvidoso é o fato de que o caso é bastante inusitado e incerto em termos de capitulação criminal.

Vale salientar que o crime de “Importunação Sexual” não é de menor potencial, mas admite a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9099/95, eis que sua pena mínima não ultrapassa um ano.

3-ESTUPRO DE VULNERÁVEL E EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR DA VÍTIMA

Outra inovação trazida pela Lei 13.718/18 é a inclusão de um § 5º., no artigo 217 – A, CP (“Estupro de Vulnerável”).

Desde a antiga “presunção de violência” prevista no revogado artigo 224, CP (Lei 12.015/09), havia a discussão na doutrina e na jurisprudência,

especialmente nos casos dos menores de 14 anos, quanto à configuração do crime em caso de ato sexual consentido e tendo a vítima experiência sexual antecedente.

Com o advento da Lei 12.015/09 e a criação do crime de “Estupro de Vulnerável” a legislação brasileira abandonou por completo qualquer espécie de “presunção de violência”, adotando um simples critério de norma proibitiva. O artigo 217 – A, CP simplesmente proíbe a prática de relações sexuais de qualquer natureza com pessoas vulneráveis, dentre as quais os menores de 14 anos. Em princípio não havia mais espaço para o debate quanto à inexistência de crime devido ao consentimento do menor de 14 anos e sua experiência sexual anterior. As práticas libidinosas com menores de 14 anos foram claramente extirpadas do Brasil como algo absolutamente ilícito. Porém, como sói acontecer nos meios jurídicos, ainda havia debate sobre o possível afastamento do crime nos casos em que menores de 14 anos já tivessem experiência anterior em atos sexuais ou praticassem prostituição e consentissem livremente no contato com o adulto.

Ocorre que o Brasil, ao prever uma norma clara e evidentemente proibitiva dessas relações sexuais, não abriu qualquer exceção para avaliação circunstancial, diversamente do que fez, por exemplo, recentemente, a França, estabelecendo uma idade – base de 15 anos, mas deixando bastante claro na legislação penal e processual penal que a capacidade de consentimento válido do menor será avaliada em cada caso concreto, desde que posta em discussão sua anuência ao ato. Indiretamente esse tipo de previsão legal que, na prática, invalida a idade – limite e permite a aceitação de atos sexuais com menores em geral, acaba deixando aberta uma porta, que pode ser alargada ao bel prazer da jurisprudência, para condutas pedófilas. [18]

Mesmo diante da clareza da legislação brasileira, sempre houve insistência na permissividade ao ponto de haver decisões de Tribunais de segundo grau, afirmando que um menor de 5 (cinco) anos podia consentir livremente na prática de atos sexuais com adultos (sexo oral e heteromasturbação)! [19] Uma decisão como esta é certamente sintoma daquilo que se pode, com absoluta razão, chamar de “esquizofrenia

intelectual”, caracterizada pelo “amor deliberado à unidade na fantasia e a rejeição da unidade na realidade”. [20]

Tendo em vista esse quadro de “esquizofrenia” jurídica e moral, o STJ precisou expedir a Súmula 593, em 25.10.2017, com o seguinte teor:

“O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Agora nada mais é feito do que a positivação do que era até então somente uma orientação jurisprudencial e doutrinária majoritária, inclusive informada por súmula de Tribunal Superior.

O novo § 5º, do artigo 217 – A, CP estabelece na letra da lei e de forma indubiosa que:

“As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º. e 4º. deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriores ao crime”.

Não há qualquer dúvida, seja jurisprudencial ou legalmente, de que a norma do artigo 217 – A, CP contém uma proibição de natureza absoluta, impõe aos adultos uma relação de *responsabilidade* para com os menores de 14 anos no que se refere às condutas sexuais, o que, aliás, não se vê como poderia ser diverso. Fato é que a legislação brasileira não deixa margem, não deixa uma única fresta, ao menos em termos legais, para uma visão permissiva de prática pedófilas.

A única possibilidade que resta para afastar a responsabilidade de um adulto que mantenha relações sexuais com menores de 14 anos no Brasil é a situação de erro quanto à idade da vítima. Se o indivíduo realmente desconhecia, de forma justificável, a verdadeira idade da pessoa com quem manteve relações sexuais, pensando tratar-se de maior de 14 anos

ou mesmo de maior de 18 anos, seja porque foi induzido a erro pela própria suposta vítima, seja porque as circunstâncias e compleição física justificariam tal erro, não se poderá imputar ao agente a prática de crime de “Estupro de Vulnerável”, sob pena da adoção de um sistema de “direito penal objetivo”, oposto ao vigente “direito penal subjetivo”, que somente permite a responsabilização penal de alguém que atue com consciência da ilicitude de sua conduta (inteligência do artigo 19, CP).

4-O CRIME DE “DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO OU DE CENA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, DE CENA DE SEXO OU DE PORNOGRAFIA”

Outra infração penal criada pela Lei 13.718/18 foi a agora descrita no novo artigo 218 – C, CP, com “nomen juris” de “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”.

O tipo penal é daqueles denominados pela doutrina de “crime de ação múltipla”, “crime de conteúdo variado” ou “tipo misto alternativo”, apresentando vários verbos, os quais, se praticados por um mesmo agente em um mesmo contexto, não geram crimes vários, mas uma única conduta criminosa.

Os verbos são “oferecer”, “trocar”, “disponibilizar”, “transmitir”, “vender”, “expor à venda”, “distribuir”, “publicar” e “divulgar”.

Os meios para a prática de tais verbos são bastante amplos, abrangendo todos os meios de comunicação de massa (revistas, jornais, televisão etc.), sistemas de informática e telemática (e – mail, whatsapp, facebook, instagram etc.), havendo ainda a previsão legal genérica de quaisquer outros meios que possibilitem as mesmas condutas. Nesse ponto, “o legislador ao expressar que a divulgação pode ser feita ‘por qualquer meio’ lançou mão da denominada interpretação analógica”. [21] Atualmente será mais comum o uso de meios tecnológicos mais sofisticados, mas não estará afastada a tipicidade na divulgação por “qualquer meio”, como, por exemplo, a remessa via correio, a distribuição manual de cópias etc.

O objeto material consiste em fotografias, vídeos ou qualquer outro registro audiovisual.

Entretanto, o que ensejará a conduta criminosa será o conteúdo dessas imagens ou cenas. Se o conteúdo for uma cena de estupro ou de estupro de vulnerável, haverá o crime. Mesmo não se tratando de cena dessa espécie, mas de qualquer conteúdo que induza ou faça apologia dessas práticas reprováveis, configurado também estará o ilícito. Parece que qualquer cena dessa espécie servirá para configurar o crime, não importando se houve realmente um estupro ou estupro de vulnerável ou se se trata de uma encenação ou mesmo de “artes” gráficas, desenhos, representações. Essa espécie de conteúdo, por si só, independentemente de tratar-se de cena real ou simulação resta vedada, até porque também a apologia ou indução é incriminada.

Inclusive Sanches Cunha chama a atenção para detalhe relevante no que diz com a apologia:

“Note-se que neste tipo penal não tem lugar, ao contrário do que ocorre no art. 287 do CP, a discussão sobre a necessidade de que a apologia se refira a crime já ocorrido. O art. 287 pune a apologia de *fato criminoso*, o que, para parcela da doutrina, restringe a abrangência do tipo a crimes já ocorridos, pois, do contrário, há apenas incitação. O dispositivo em estudo, no entanto, não contém a expressão *fato criminoso*, referindo-se apenas à apologia do estupro”. [22]

Não somente o conteúdo que envolva os crimes acima mencionados é incriminado, mas também a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia, sem o consentimento da vítima. Note-se que a questão do consentimento novamente avulta neste tipo penal, tal qual ocorreu no artigo 215 – A. Mas, é preciso perceber que essa questão do consentimento somente se refere à última parte do dispositivo, ou seja, com relação a cenas de sexo, nudez ou pornografia e não àquelas que versam sobre estupro, estupro de vulnerável ou sua apologia ou indução. Nestes últimos casos, eventual consentimento de quem quer que seja será

absolutamente irrelevante, subsistindo o crime. O que é tratado no caso de exposição de imagens de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima, é o que se convencionou chamar de “sexting”, ou seja, exatamente a “divulgação não autorizada de vídeos, fotos e demais conteúdos íntimos na internet”. [23] Há que lembrar, porém, que pessoas adultas e capazes não podem ser impedidas de, livremente, trocar mensagens, imagens, fotos, cenas que envolvam a si mesmas em situação de nudez, sexo ou pornografia. O direito à imagem é disponível e reforçado pela liberdade de expressão e comunicação. Apenas nos casos de abusos, como a exposição não consentida, é que se pode pensar em sancionar a conduta. Tem aplicação nesse passo o brocardo “abusus non tollit usum”, ou seja, “o abuso não abole o uso”.

Portanto, se ocorre um estupro que é filmado, por exemplo, e as cenas são divulgadas, com ou sem o consentimento da vítima ocorre o crime. Por outro lado, se alguém se deixar filmar em atos sexuais, nu ou em qualquer situação pornográfica, autorizando a divulgação e exibição de suas imagens, não haverá crime. Isso é exatamente o que ocorre com fotos de revistas como a Playboy ou com filmes pornográficos, em que as pessoas não somente consentem na exposição como recebem por isso e firmam contratos respectivos. Ainda que a veiculação seja amadora, havendo prova de que a potencial vítima, na verdade, consentiu na exibição, afastado estará o ilícito.

Também o crime do artigo 218 – C é expressamente subsidiário. A pena prevista é de “reclusão de 1 a 5 anos, *se o fato não constitui crime mais grave*”. Assim sendo, se a cena exposta envolve criança ou adolescente, afastado estará o dispositivo supra do Código Penal, aplicando-se, com base da subsidiariedade e na especialidade, os crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente, que têm penas mais gravosas (vide artigos 240, 241, 241 – A, 241 – B e 241 – C, da Lei 8069/90).

Obviamente, nos casos de estupro e estupro de vulnerável, se a mesma pessoa praticar tais crimes e expuser suas imagens, haverá concurso material.

Também importa lembrar que pode ocorrer o que se convencionou chamar de “sextorsão”, quando o indivíduo não expõe as cenas, fotos etc., mas as obtém ou tem em seu poder e passa a exigir vantagens da vítima mediante chantagem. Acaso a vítima não ceda aos seus desejos, então afirma que ira divulgar as imagens. Nesses casos, dependerá do que o agente pretender obter como vantagem: se for vantagem financeira, haverá o crime de extorsão (artigo 158, CP); se for a prática de favores sexuais pela vítima, haverá estupro ou tentativa de estupro, conforme ceda ou não a vítima (artigo 213 ou 213 c/c 14, II, CP) e se a vítima for vulnerável, o estupro de vulnerável consumado ou tentado (artigo 217 – A ou 217 – A c/c 14, II, CP); se forem outros constrangimentos, como, por exemplo, fazer com que a vítima desista da disputa de uma vaga de emprego, eventual crime de constrangimento ilegal consumado ou tentado (artigo 146, CP ou artigo 146 c/c 14, II, CP). No caso da extorsão, o crime será geralmente consumado, pois, segundo entendimento predominante, trata-se de crime formal, que se consuma com o constrangimento, e não com o efetivo auferimento da vantagem financeira, que é exaurimento. Pode haver, porém, a tentativa de extorsão, se o agente sequer for capaz de causar constrangimento à vítima com sua chantagem. É claro que aqui também, em todos os casos, se, além de constranger a vítima para tais vantagens, o agente vier a expor as imagens num segundo momento, haverá concurso material de ilícitos.

No caso do “estupro de vulnerável”, entende-se que a exposição será sempre tipificável no ECA (Lei 8069/90), quando se tratar da vulnerabilidade etária (menores de 14 anos). Somente restará espaço para aplicação do disposto no novel artigo 218 –C, CP, se a cena envolver vítima vulnerável por enfermidade ou deficiência mental que lhe retire o discernimento ou pessoa que por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Exemplificando:

Se um infrator exhibe na internet cena de estupro de vulnerável em que há prática de conjunção carnal com uma menina de 10 anos de idade, o crime será o do artigo 241 – A, ECA e não do artigo 218 – C, CP. Doutra banda, se igualmente expõe na internet cena de sexo praticado por

alguém capaz com um alienado mental sem discernimento para o ato, mas com 30 anos de idade, será de se aplicar o artigo 218 – C, CP normalmente, pois que não se trata de criança ou adolescente como vítima.

Outro aspecto importante é que o armazenamento puro e simples, a posse ou mesmo a aquisição dessas imagens em celulares, computadores, pen – drives etc., sem sua exposição, não configurará o disposto no artigo 218 – C, CP. Isso por força do Princípio da Legalidade, uma vez que o tipo penal em estudo, embora dotado de muitos verbos, não contém os verbos adquirir, possuir ou armazenar. Entretanto, se as imagens, fotos, vídeos ou quaisquer cenas forem de crianças ou adolescentes nas mesmas circunstâncias, haverá o crime previsto no artigo 241 – B, do ECA (Lei 8069/90), pois que tal dispositivo prevê o armazenamento, aquisição e a posse como crimes.

Contudo, ainda que não seja uma cena envolvendo menores, dependendo do meio como isso foi obtido, poderá haver outro ilícito, qual seja, a “Invasão de Dispositivo Informático” (artigo 154 – A, § 3º, CP). Isso em não havendo a exposição. No caso de exposição posterior, haverá concurso material de crimes com o artigo 218 – C, CP ou mesmo com os crimes do ECA, tudo a depender da condição do sujeito passivo (adulto ou menor). [24] Somente não haverá o crime antecedente de “Invasão de Dispositivo Informático” se as cenas ou imagens vierem ao agente por meio da própria vítima, embora sem autorização de divulgação ou por outras formas, tais como compartilhamentos, trocas etc. Como já visto, nos casos de estupro ou estupro de vulnerável ou sua apologia ou induzimento, não importará nem mesmo a autorização de quem quer que seja, mesmo da vítima maior e capaz.

Responderá pelo crime não somente quem obteve ou mesmo produziu as imagens originalmente, mas todo aquele que as receber e compartilhar, transmitir, divulgar, trocar, vender etc. Será muito comum numa investigação dessa prática a obtenção de uma série ou teia de divulgações e compartilhamentos criminosos, devendo, esgotados todos os meios disponíveis de identificação de autores, serem todos os participantes criminalmente responsabilizados. Isso, obviamente, é válido

não só para o novo artigo 218 – C, CP, mas também para os crimes do ECA (Lei 8069/90).

Em havendo várias pessoas na cena exposta ocorrerá concurso formal de crimes [25], sendo de se reconhecer o concurso formal próprio, pois que não se pode dizer que haja desígnios autônomos, mas apenas o desejo de divulgar a cena como um todo. Nesse passo, não haverá cúmulo material, mas somente exasperação, nos termos do artigo 70, primeira parte, CP.

Ressaltam, contudo, com razão, Oliveira e Leitão Júnior que o “elemento subjetivo”

“É o dolo, seja ele direto ou eventual. Não há expressa previsão legal da modalidade culposa, o que torna inviável a punição por culpa. Há de salientar que se o agente, por exemplo, fizer um vídeo com celular, consentido com sua companheira e, posteriormente, por negligência ou imprudência, o celular onde se encontrava o vídeo vier a ser subtraído e o terceiro que subtrai vem a divulgar os vídeos ali contidos, incorrerá no crime apenas o terceiro que divulgou, ficando o proprietário do celular isento de pena”. [26]

Também o ilícito do artigo 218 – C, CP não é infração de menor potencial ofensivo, embora seja cabível a suspensão condicional do processo, conforme artigo 89, da Lei 9099/95, pois que sua pena mínima não ultrapassa um ano.

Contudo, mesmo a suspensão condicional do processo restará afastada se configurada a causa de aumento de pena que é prevista no artigo 218 – C, § 1º., CP. Ali o legislador criou um aumento variável entre 1/3 e 2/3 em duas circunstâncias:

a) Quando o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima;

b) Com a finalidade (dolo específico) de vingança ou humilhação.

O aumento quando o agente mantém ou já manteve relação íntima de afeto com a vítima se torna mais grave devido exatamente a esses laços que deveriam implicar em maior respeito entre as pessoas. Ademais, se a vítima for mulher, poderá ser configurada “violência doméstica e familiar”, nos termos da Lei 11.340/06 (artigo 5º, I, II ou III c/c artigo 7º, II, III e V). Essa relação íntima pode ser exemplificada com o casamento, namoro, noivado (incluindo os “ex – maridos”, “ex – noivos”, “ex – namorados” etc.), mas não poderá ser considerada justificável a majorante em casos de relações sexuais esporádicas, troca de carícias em oportunidades isoladas etc. Não se exige, porém, a coabitação. [27] Embora se tenha mencionado o caso de aplicabilidade da Lei Maria da Penha no caso da vítima mulher, é preciso atentar para o fato de que o sujeito passivo do crime pode ser também um homem, nada impedindo que a mesma causa de aumento de pena seja aplicada. Obviamente, também se poderá aplicar a majorante em casos de relações íntimas homoafetivas masculinas ou femininas. Aliás, no caso das femininas, a Lei 11.340/06 é explícita quanto ao seu alcance, em seu artigo 5º, Parágrafo Único.

Gilaberte Freitas destaca aspecto interessante:

“A majorante não se aplica às relações de parentesco entre ascendentes e descendentes, ou entre colaterais, embora, nessa hipótese, possa ser usado o art. 226, II, do CP, que aumenta a pena de metade. A situação, portanto, é curiosa: se a mídia audiovisual é exposta pelo ex – marido, por exemplo, a pena pode ficar mais suave ou mais gravosa do que na exposição feita pelo pai ou pelo irmão, pois a majoração prevista no § 1º. do art. 218 – C começa em 1/3 (inferior ao aumento de pena do art. 226, II) e termina em 2/3 (patamar superior)”. [28]

Sob esse prisma, muito bem notado por Gilaberte, pode-se aventar o reconhecimento de violação do Princípio da Proporcionalidade. Nada

justifica que um “ex – marido” possa sofrer exasperação penal maior ou menor do que um “pai” que divulga as cenas de uma filha, por exemplo. Mais evidente ainda é a disparidade quando um “cônjuge” ou “companheiro” previstos no artigo 226, II, CP, teriam aumentos diversos dos previstos no artigo 218 – C, § 1º., CP. Mas, neste caso há que se entender que o aumento do § 1º., do artigo 218 – C, CP somente se refere a tal dispositivo e conduta, sendo o aumento do artigo 226, II, CP aplicável aos “cônjuges” e “companheiros” em outros ilícitos sexuais. Doutra forma, haveria duas normas tratando do mesmo caso. Ainda assim é um tanto estranho que haja aumentos diferentes para as mesmas relações em uns e outros crimes sexuais. Retomando a questão do marido, ex – marido, namorado etc. e aqueles que não estão previstos no artigo 218 – C, § 1º., CP, tais como pais, padrastos, madrastas, tio, irmão, tutor, curador, preceptor ou empregador, mencionados, por seu turno, no artigo 226, II, CP. Nessas situações é que realmente avulta intensamente a desproporção. Não há como separar a aplicação do § 1º., do artigo 218 – C, CP somente a ele e o aumento do artigo 226, II, CP para outros ilícitos sexuais. Acontece que nesse caso não há repetição dos pais e outros no § 1º., do artigo 218 – C, CP, impondo-se, como vislumbrou Gilaberte, a aplicação subsidiária do aumento do artigo 226, II, CP. E com isso uma situação de insegurança e desproporção se apresenta, pois ora o aumento poderia ser menor do que o do artigo 226, CP (1/3), ora maior (2/3), quando, em verdade, não há motivação sustentável para essa distinção. Eventualmente, poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 218-C, § 1º.,CP, restando ao juiz exacerbar sempre a pena no patamar de metade, equalizando as situações numa posição intermédia, com vistas ao artigo 226, II, CP. Ou então poderia o legislador corrigir essa impropriedade revogando o § 1º., do artigo 218 –C, CP e incluindo as relações de afeto íntimas atuais ou pretéritas e o intuito de vingança ou humilhação no artigo 226, II, CP, mantendo o aumento de metade da pena ou o exacerbando para o intervalo de 1/3 a 2/3. Por agora, fica-se com uma situação bastante estranha em termos sistemáticos e de proporcionalidade.

O artigo 218 – C, “caput”, CP, portanto, em sua forma simples, é crime de dolo genérico porque a lei não estabelece qualquer especial fim de agir. Também o é mesmo na forma majorada do seu § 1º., quanto às

relações íntimas de afeto. Entretanto, no caso da última parte do § 1º, quando a lei se refere ao fim especial de “vingança ou humilhação”, há a configuração de um “dolo específico”. Nesse caso, será o especial fim de agir do infrator, pretendendo vingar-se da vítima ou humilhá-la, que justificará a exacerbação punitiva. Os intuitos de vingança ou de humilhação nada mais são do que exemplos de motivação torpe do agente, o que justifica a exasperação punitiva. Esses são casos conhecidos como “revenge porn” ou “pornografia de vingança”, os quais normalmente eram anteriormente tratados como meros crimes contra a honra majorados. [29] Neste aspecto, é de notar que o Artigo 218 – C, §1º, “in fine”, CP, constitui “novatio legis in pejus”, não podendo retroagir àqueles que praticaram tal conduta antes da promulgação da Lei 13.718/18.

Poderá aparentar que essas circunstâncias em que o agente pretende se vingar ou humilhar a vítima serão necessariamente informadas pelo anterior envolvimento afetivo, previsto no mesmo parágrafo sob comento. Na maioria dos casos isso realmente ocorrerá, mas não necessariamente. Poderá haver veiculação de imagens de pessoa com quem o agente tenha ou teve relação íntima de afeto pelos mais variados motivos, dentre os quais a mera “diversão” ou “exibicionismo” e não vingança ou humilhação. Por outro lado, a atuação com intuito de vingança ou humilhação, poderá sim ser, e na maioria das vezes o é, motivada por frustrações amorosas em relacionamentos desfeitos. Não obstante, a mesma conduta poderá também ter uma outra variedade enorme de motivações, como, por exemplo, a despedida de um emprego, uma punição administrativa, desentendimentos financeiros ou negociais, inveja, ódio etc. Fato é que as motivações para o aumento de pena pode ocorrer conjuntamente sim, mas não necessariamente. No caso de ocorrência de exposição de pessoa com que se mantém ou manteve relação íntima e ainda por motivo de vingança ou humilhação, há que considerar que o aumento é variável entre 1/3 e 2/3, devendo tal situação ser levada em conta na aplicação do índice de exasperação. [30]

O crime do artigo 218 –C, CP admite em geral tentativa e pode, em certos verbos, ter caráter permanente, como, por exemplo, nos de “disponibilizar”, “transmitir”, “expor à venda” ou “divulgar”. Sanches

Cunha, porém, entende que não é possível a tentativa no verbo “oferecer”, eis que não passível de fracionamento, sendo condutas antecedentes meros atos preparatórios. [31] Quanto à causa de aumento de pena devido ao fim de humilhar ou praticar vingança contra a vítima, o fato de conseguir o autor obter a efetiva humilhação ou vingança é irrelevante para a configuração da majorante. Trata-se de aumento de pena de caráter subjetivo, relativo à motivação dos atos do infrator e não ao resultado efetivo de sua atuação.

Há ainda a previsão de uma exclusão de ilicitude ou de crime no artigo 218 – C, § 2º., CP. Isso se dá quando o agente pratica qualquer das condutas previstas no “caput” em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, tomando, obviamente, o cuidado de impossibilitar a identificação da vítima, a não ser no caso de autorização expressa desta se for maior de 18 anos e capaz. Ou seja, os menores devem ter sua imagem preservada, independentemente de sua autorização ou mesmo de seus responsáveis. Isso se deve basicamente aos artigos 5º., 17 e 18, do ECA (Lei 8069/90), bem como ao artigo 143, Parágrafo Único do mesmo diploma, o qual estabelece o direito de não veiculação de identificação ou imagem de qualquer espécie, mesmo quando a criança ou adolescente é praticante de ato infracional. Embora a lei não seja expressa, no caso de deficientes mentais sem discernimento, ressalvadas as circunstâncias em que seja legalmente considerado capaz, nos termos do Código Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), também sua identificação deverá ser preservada, independentemente de seu consentimento. Relembremos que se a vítima for menor, mesmo nos casos do artigo 218, § 2º., CP, a não preservação da identidade não levará ao crime do artigo 218 –C, CP, mas àqueles previstos na legislação especial (ECA – Lei 8069/90), conforme já exposto.

A não criminalização dessas condutas se dá por ponderação entre o resguardo da intimidade das pessoas e a liberdade de informação, científica, artística e de pesquisa. Ademais, nesses casos o agente não apresenta o elemento subjetivo necessário à configuração do crime, qual seja, a vontade de expor a vítima pura e simplesmente. Seus objetivos são de outra ordem e encontram abrigo no ordenamento jurídico. Porém, mesmo nesses casos, se a preservação da identidade da vítima não é

observada, afastada ficará a citada excludente, respondendo normalmente o agente pelo artigo 218 – C, CP. A única situação em que a identidade poderá deixar de ser preservada, será com a autorização expressa da potencial vítima, acaso maior e capaz. A lei não exige, mas será de boa cautela obter essa autorização expressa por escrito e na presença de testemunhas, a fim de evitar qualquer contratempo posterior.

Por derradeiro é interessante observar que o artigo 218 – C, CP foi incluído no Capítulo II, do Título VI do Código Penal, ou seja, dentre os “crimes sexuais contra vulnerável”. Malgrado isso, fato é que, como já visto, as vítimas de tal infração poderão ser vulneráveis ou não. Parece que havendo possibilidade de vítimas vulneráveis, optou o legislador por alocar o dispositivo no tópico especial, embora nem sempre vá envolver a conduta uma vítima vulnerável.

5-DAS ALTERAÇÕES NA AÇÃO PENAL DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estabelecia o artigo 225 e seu Parágrafo Único, CP que a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual era, em regra, pública condicionada à representação do ofendido. Excepcionalmente, no caso de vítimas menores de 18 anos ou vulneráveis a ação seria pública incondicionada. Na verdade, o dispositivo era elaborado com certa impropriedade, pois o “caput” dizia que ação seria pública condicionada para os crimes dos Capítulos I e II, abrangendo, portanto, os crimes sexuais contra vulnerável. Na verdade, a ação seria realmente condicionada somente nos casos do Capítulo I, ainda assim se a vítima não fosse menor de 18 anos e maior de 14, por força do Parágrafo Único do mesmo dispositivo. Já com relação ao Capítulo II, que trata dos crimes sexuais contra vulneráveis, a ação seria sempre e invariavelmente incondicionada, inexistindo a regra do “caput” na prática, sendo a vítima menor de 14 anos, enferma ou débil mental sem discernimento ou pessoa que, por qualquer outra causa, não pudesse ofertar resistência.

Portanto, para as vítimas maiores e capazes, a ação penal nos Crimes do Capítulo I seria pública condicionada à representação, havendo respeito à deliberação do ofendido, tendo em vista que os delitos sexuais

envolvem questões de foro íntimo nas quais o Estado não deve se imiscuir unilateral e arbitrariamente.

Ocorre que com o advento da Lei 13.718/18 o Parágrafo Único do artigo 225, CP foi revogado, sendo dada nova redação ao “caput”, determinando que a ação penal nos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal Brasileiro será sempre e invariavelmente pública incondicionada.

Em que pese a alegação de que muitas vezes as vítimas podem ser coagidas a não representar, fato é que essa ingerência na decisão de uma pessoa maior e capaz (homem ou mulher), a respeito de práticas criminais que invadem uma seara por demais íntima, não nos parece o melhor caminho, mas sim a representação legal de uma cegueira punitivista que acaba prejudicando interesses das próprias vítimas, mediante a adoção de uma postura paternalista injustificada.

Trata-se, de acordo com Feinberg, de uma espécie de “Paternalismo Legal” que seria “censurável” porque trata adultos capazes como se fossem pessoas incapazes, forçando-os “a agir ou deixar de agir de certa maneira”, o que constitui uma violação “à autodeterminação e autonomia de vontade de seres competentes”. [32]

Neste sentido:

“Neste ponto pensamos que andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima (maior e capaz), o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. A exigência de representação para vítimas maiores e capazes, por ser um ato sem formalidade ou complexidade, assegurava à vítima o direito de autorizar ou não a persecução penal. Era uma condição de procedibilidade que denotava respeito ao seu poder decisório, importante neste tipo de delito, em que a violência afeta diretamente a intimidade e a privacidade, além da liberdade sexual”. [33]

No mesmo diapasão, com acerto, se manifesta Gilaberte Freitas:

“Cuida-se de lamentável concessão do legislador a protestos punitivistas que bradam pela pena e esquecem-se que, nos crimes sexuais, existe uma vítima que precisa ser preservada. Com a nova disciplina, a pessoa violentada não mais poderá procurar a autopreservação, contornando os processos de vitimização secundária e terciária, mas obrigatoriamente será submetida a eles.

O recado do legislador é claro: o que importa é punir, pouco importando o bem – estar da vítima, caindo as máscaras de fingida preocupação. Essa é a consequência de um direito penal estudado e manejado sem apoio na criminologia – mais especificamente, na vitimologia”. [34]

Diverso não é o posicionamento de Sanches Cunha:

“Contudo, igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança.

O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável -, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii*” (grifos no original). [35]

O ideal seria não haver alteração no trato da ação penal nos crimes sexuais. Quando a antiga regra da ação penal privada foi abolida para adotar a pública condicionada, esse foi um passo correto, pois crimes de gravidade como o estupro, por exemplo, não se harmonizam com a natureza privada da ação penal. No entanto, a manutenção do poder

decisório da vítima, ao menos até a denúncia (artigo 25, CPP), com a adoção da ação pública condicionada era o ideal.

De qualquer forma, com ou sem críticas, fato é que atualmente a ação penal nos delitos contra a liberdade sexual e contra vulneráveis é, indistintamente, incondicionada.

Tendo em vista essa alteração, os novos crimes previstos nos artigos 215 – A, CP e 218 – C, CP, serão ambos de ação penal pública incondicionada, sendo ou não a vítima vulnerável ou menor de 18 anos.

Rômulo Moreira chama a atenção para uma questão importante. Trata-se da aplicação intertemporal da nova regra da ação penal. O autor conclui, com acerto, tratar-se a exigência ou não de representação para a ação penal um “dispositivo legal” de “aspecto híbrido”. Enquanto “condição de procedibilidade” a representação tem caráter “processual penal”, mas não deixa de tocar o “Direito Material”, uma vez que submetida a prazo decadencial que pode ensejar a “extinção de punibilidade, pela decadência, nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal”. Aí fica patente o aspecto “material do artigo 225 do Código Penal”, tratando-se, “portanto, de uma norma processual penal material”. Daí se conclui que com relação aos crimes contra a dignidade sexual, conforme artigos 213 a 218 – C, CP, perpetrados antes do vigor da nova legislação (importando aqui “a data da ação ou omissão, nos termos do art. 4º. do Código Penal”) a partida da persecução penal, incluindo a instauração do Inquérito Policial, segue dependendo de representação, a não ser que a vítima seja menor de 18 anos ou vulnerável. Em outros termos, o novo artigo 225, CP não pode retroagir a casos pretéritos, eis que sua parte material é prejudicial ao réu pela eliminação de uma condição de procedibilidade que pode conduzir à extinção da punibilidade pela decadência. Haverá, então, para os casos anteriores à vigência da Lei 13.718/18, ultratividade da exigência de representação, valendo a regra da ação penal pública incondicionada em geral apenas para os casos que ocorram após a vigência da lei em destaque. [36]

6-DOS AUMENTOS DE PENA E SUAS ALTERAÇÕES

O artigo 226, CP prevê dois incisos com aumentos de pena para os crimes contra a liberdade sexual e para os crimes sexuais contra vulnerável, sendo sua aplicação genérica. Havia um inciso III, mas este foi revogado pela Lei 11.106/05.

A Lei 13.718/18 mudou a redação do artigo 226, inciso II, CP de forma bastante sutil. A quantidade de aumento foi mantida na metade e as relações de parentesco e responsabilidade entre autor e vítima foram mantidas. Apenas houve a troca da palavra “tem” por “tiver” autoridade sobre a vítima. Sinceramente, não se enxerga a utilidade dessa mudança.

Novidade ocorre realmente com a criação de um novo inciso IV no artigo 226, CP, com previsão de aumento de pena de 1/3 a 2/3 se o crime é praticado:

a) Em ato de “estupro coletivo”, havendo concurso de dois ou mais agentes.

b) Em ato de “estupro corretivo” para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

A previsão do artigo 226, IV, alínea “a” aparenta redundância na medida em que no mesmo dispositivo o concurso de agentes já enseja aumento da quarta parte, conforme inciso I.

Pode surgir a interpretação de que doravante teria ocorrido uma revogação tácita do inciso I pelo novo inciso IV, alínea “a”, ou mesmo que no conflito deveria prevalecer o inciso I porque mais benéfico ao réu (aumento de apenas um quarto em comparação com um terço a dois terços). [37] Mas, entende-se que essas não seriam as melhores interpretações. Na verdade, parece bastante claro que o artigo 226, IV, “a”, CP se refere somente aos crimes de “Estupro” e “Estupro de Vulnerável”, enquanto que o artigo 226, I, CP seguirá sendo aplicado aos demais crimes sexuais. Dessa maneira, havendo concurso de duas ou mais pessoas para a prática de estupro ou estupro de vulnerável a pena será aumentada de 1/3 a 2/3 (artigo 226, IV, “a”, CP). Já se houver concurso de duas ou mais

peças para quaisquer outros delitos sexuais, o aumento será de um quarto (artigo 226, I, CP).

Neste sentido:

“A novel legislação ainda pretendeu elevar, para um a dois terços, a majorante nas hipóteses de concurso de dois ou mais agentes, influenciada por deploráveis episódios conhecidos como *estupro coletivo*, expressão que dá nome à causa de aumento inserida na alínea ‘a’, do novo inciso IV, do artigo 226 do Código Penal. Entretanto, foi mantido o inciso I do mesmo dispositivo, que estabelece majorante mais branda, de quarta parte, para a mesma circunstância. De toda sorte, para conciliar as duas causas de aumento, uma solução será restringir a mais recente do inciso IV aos crimes de estupro (incluindo o de vulnerável), e aplicar o inciso I aos demais delitos sexuais” (grifos no original). [38]

Ambos os aumentos ora em estudo serão aplicáveis, ainda que o infrator atue em concurso com um inimputável. Se esse inimputável for um menor, então haverá ainda o concurso formal com o crime de “Corrupção de Menores”, previsto no artigo 244 – B, do ECA (Lei 8069/90), que consiste exatamente em perpetrar infração penal com menores. Não há falar em “bis in idem” quanto ao crime do ECA, pois que os bens jurídicos tutelados nos crimes sexuais e no crime estatutário são diversos, além do fato de que o infrator poderia agir em concurso com qualquer pessoa e não necessariamente com um menor de 18 anos. Finalmente é de ressaltar que o concurso ensejará o aumento quer haja coautoria, quer haja participação, pois a lei usa o gênero (concurso de pessoas) no tipo penal e não a espécie coautoria ou participação.

No artigo 226, IV, alínea “b”, CP inova a legislação ao prever majorante também de 1/3 a 2/3 para o ora denominado “Estupro Corretivo”. Trata-se da conduta de quem pratica estupro ou estupro de vulnerável contra outrem, visando o controle do comportamento sexual ou social da vítima. Seria o exemplo de um sujeito que estupra uma mulher lésbica,

pretendendo aplicar-lhe castigo ou correção quanto às suas práticas e preferências sexuais. A conduta é obviamente torpe, merecendo reprimenda mais gravosa, conforme previsto na legislação, afinal, não cabe a ninguém tornar-se sensor da opção sexual de outras pessoas, mormente usando para tanto de violência e abuso sexual. Neste caso o dolo do agente será específico, devendo pretender corrigir ou disciplinar a vítima (“animus corrigendi vel disciplinandi”).

Frise-se que o entendimento advogado neste texto é o de que ambas as alíneas do artigo 226, IV, CP, somente se aplicam aos casos de estupro e estupro de vulnerável, até mesmo pelos explícitos “nomen juris” ali inseridos pelo legislador. [\[39\]](#)

O artigo 234 – A, CP prevê aumentos de pena para todos os crimes contra a dignidade sexual, abrangendo, assim, todo o Título VI em seus cinco capítulos.

O projeto de lei que criou o artigo 234 – A, CP, previa quatro incisos de aumento, mas os incisos I e II foram vetados. Restaram os incisos III e IV e foi nesses incisos que incidiram as alterações promovidas pela Lei 13.718/18.

No caso do inciso III o aumento devido à gravidez decorrente do ato criminoso era de metade (fixo). Agora varia de metade a 2/3.

Quanto ao inciso IV, a transmissão de DST levava a um aumento entre um sexto e metade. Agora o aumento sobe para 1/3 a 2/3. Além disso, não é somente a transmissão de DST que gera o aumento, mas também o fato de que a vítima seja idosa ou pessoa com deficiência. Existem agora três motivos autônomos para o aumento: a transmissão de DST, a condição de idosa da vítima e a condição de deficiente da vítima. Idosa é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos no momento do crime (Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03 – artigo 1º.) e deficiente é toda pessoa “que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”, a qual, “em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 2º., do Estatuto da Pessoa com Deficiência –

Lei 13.146/15). Importante ressaltar que, no caso dos deficientes, essa deficiência não poderá ser ensejadora da condição de vulnerabilidade, pois que isso já fará com que o autor da conduta incriminada incorra na penas mais gravosas e nos tipos penais mais amplos dos crimes sexuais contra vulnerável. A aplicação do aumento de pena devido à deficiência constituiria, nessas condições, “bis in idem”.

Com exceção do aumento de pena do artigo 226, II, CP, onde praticamente não há mudança considerável, todos os demais casos ensejam reprimendas mais gravosas ou criam novas causas de majoração, de forma que constituem “novatio legis in pejus”, não podendo retroagir aos casos pretéritos.

7-DAS REVOGAÇÕES EXPRESSAS

Como já visto, na alteração da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e sexuais contra vulnerável, a Lei 13.718/18 revogou o Parágrafo Único do artigo 225, CP, tornando a ação penal, indistintamente e invariavelmente, pública incondicionada.

Também foi revogada expressamente pela legislação em comento a contravenção penal de “Importunação Ofensiva ao Pudor” (artigo 61, LCP). Doravante, condutas que se amoldariam a esse dispositivo, serão consideradas como crime de “Importunação Sexual”, nos termos do artigo 215 – A, CP.

Uma lacuna é criada pela revogação do artigo 61, LCP. Ocorre que o artigo 215 – A, CP somente incrimina a prática de condutas que possam ser consideradas como “atos libidinosos”. Dessa forma, casos que até então eram exemplos de infração ao ora revogado artigo 61, LCP, tais como gracejos inoportunos, verbalizações desrespeitosas e despudoradas, sons com conotação sensual dirigidos a alguém, entre outros atos indesejáveis e incomodantes, não encontram tipificação específica. Uma solução cabível será a utilização, nessa lacuna, do artigo 65, LCP (Perturbação da Tranquilidade) ou, dependendo o caso, do crime de Injúria (artigo 140, CP).

8-CONCLUSÃO

Versou o presente trabalho sobre as alterações promovidas nos crimes sexuais pela Lei 13.718/18.

Foram esmiuçados os novos crimes agora previstos nos artigos 215 – A e 218 – C, CP. Também se destacou a alteração da natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual (agora indistintamente pública incondicionada). Foram ainda estudadas as modificações promovidas nas causas de aumento de pena e as revogações expressas levadas a efeito pelo legislador.

Conclui-se que, numa análise geral, as alterações são bem vindas, especialmente considerando toda a celeuma (ao ver deste autor desnecessária) gerada em torno dos casos de abusos sexuais em coletivos, pois que já havia tipo penal perfeito e melhor do que o agora criado. Entretanto, diante da dificuldade criada pelos próprios operadores do direito, acabou sendo positiva a atuação do legislador para pôr cobro a essa dissidência e insegurança jurídica.

9-REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros, MAGALHÃES, Illyana. A Lei 13.718/18 é quase proporcional e mantém importunação antiga. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 14.11.2018.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: RED Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Governo suprime parte da Lei que torna crime importunação sexual. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 14.11.2018.

BRANDALISE, Camila. “Tive que ouvir do delegado: A camisinha pode ter caído na sua bolsa”. Disponível em <https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/entretenimento/2018/10/04/tive-que-ouvir-do-delegado-a-camisinha-pode-ter-caido-na-sua-bolsa.htm>. Acesso em 14.11.2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos Cabette. Ejaculação no rosto de inopino e os perigos de uma tipificação penal simbólica. Disponível em www.jus.com.br , acesso em 14.11.2018.

_____. A França legalizou a pedofilia na prática: isso não é “Fake News”. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/618063725/a-franca-legalizou-a-pedofilia-na-pratica-isso-nao-e-fake-news> . Acesso em 14.11.2018.

_____. Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire: Resenha Crítica. Disponível em www.jus.com.br , acesso em 14.11.2018.

CUNHA, Rogério Sanches. “Revenge Porn”. Disponível em <https://www.facebook.com/RogérioSanchesC/videos/revenge-porn/1225505720860926/> , acesso em 15.11.2018.

_____. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, Moralismo e Direito Penal: alguns crimes suspeitos em nosso Direito Positivo. *Boletim IBCCrim*. n. 179, p. 17 – 18, out., 2007.

FEINBERG, Joel. *Harm to self: The moral limits of the criminal law*. Volume 3. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FARIA, Fernanda Cupolillo Mianda de, ARAÚJO, Júlia Silveira de, JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na Rede é Porn: Pornografia de Vingança, Violência de Gênero e Exposição da “Intimidade”. *Revista Contemporânea Comunicação e Cultura*. Volume 13, n. 3, p. 659 – 677, set./dez., 2015.

FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em www.canalcienciascriminais.com.br , acesso em 14.11.2018.

GIULLIANO, Thomas (org.). *Desconstruindo Paulo Freire*. Porto Alegre: História Expressa, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da, BRANBILLA, Marília, GEHLEN, Carla. O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.718/18? Disponível em www.conjur.com.br , acesso em 14.11.2018.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Lei 13.718/18 e o pretense recrudescimento dos crimes sexuais. *Boletim IBCCrim*. N. 311, p. 10 – 12, out., 2018.

MOREIRA, Rômulo. O novo art. 225 do CP. A questão do direito intertemporal. Disponível em www.jusbrasil.com.br , acesso em 14.11.2018.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em www.juspol.com.br , acesso em 14.11.2018.

PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017.

RODRIGUES, Nelson. Pensador. Disponível em <https://www.pensador.com/frase/MjAzMDU1OA/> , acesso em 14.11.2018.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. Trad. Paulo M. Oliveira. 12^a. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.

RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Monergismo, 2016.

SANNINI NETO, Francisco. Importunação Sexual: um avanço legislativo. *Jornal Carta Forense* (no prelo).

SARDINHA, Eduardo Sarmiento de Andrade. Ejaculação contra alguém em transporte público coletivo sob o prisma do objeto jurídico tutelado. Disponível em www.jusbrasil.com.br , acesso em 14.11.2018.

NOTAS:

[1] Sobre essa questão da Injúria Real, vide, para maior aprofundamento, nossa crítica introdutória ao artigo de Eduardo Sarmiento de Andrade Sardinha, intitulada “Ainda sobre o ejaculador do ônibus: um ponto de vista diferente do autor Eduardo Sarmiento de Andrade Sardinha”, In: SARDINHA, Eduardo Sarmiento de Andrade. Ejaculação contra alguém em transporte público coletivo sob o prisma do objeto jurídico tutelado. Disponível em www.jusbrasil.com.br , acesso em 14.11.2018.

[2] Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos Cabette. Ejaculação no rosto de inopino e os perigos de uma tipificação penal simbólica. Disponível em www.jus.com.br , acesso em 14.11.2018.

[3] ROTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. Trad. Paulo M. Oliveira. 12ª. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000, p. 98.

[4] Para uma visão crítica da “pedagogia” que intoxica nosso país há muitos anos, trocando conteúdo instrutivo por formação e adestramento ideológico: GIULLIANO, Thomas (org.). *Desconstruindo Paulo Freire*. Porto Alegre: História Expressa, 2017, “passim”. Cf. também texto deste subscritor: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire: Resenha Crítica. Disponível em www.jus.com.br , acesso em 14.11.2018.

[5] RODRIGUES, Nelson. Pensador. Disponível em <https://www.pensador.com/frase/MjAzMDU1OA/> , acesso em 14.11.2018.

[6] BARBOSA, Ruchester Marreiros, MAGALHÃES, Illyana. A Lei 13.718/18 é quase proporcional e mantém importunação antiga. Disponível em www.conjur.com.br , acesso em 14.11.2018.

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto. Governo suprime parte da Lei que torna crime importunação sexual. Disponível em www.conjur.com.br , acesso em 14.11.2018.

[8] Observe-se que não se está afirmando que se a redação fosse “na presença”, haveria incompatibilidade com o requisito da falta de anuência da vítima, pois é claro e evidente que alguém pode praticar certos atos na presença de outrem que não concorda com tal conduta. Apenas se dá destaque para a coerência da redação que acabou prevalecendo.

[9] LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da, BRANBILLA, Marília, GEHLEN, Carla. O que significa importunação sexual segundo a Lei

13.718/18? Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 14.11.2018. Seguem o entendimento defendido neste artigo os autores Marcel Gomes de Oliveira e Joaquim Leitão Júnior. Cf. OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em www.juspol.com.br, acesso em 14.11.2018. Já na esteira de Lopes Júnior “et al.”: Cf. FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em www.canalcienciascriminais.com.br, acesso em 14.11.2018.

[10] SANNINI NETO, Francisco. Importunação Sexual: um avanço legislativo. *Jornal Carta Forense* (no prelo).

[11] BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: RED Livros, 2000, p.303.

[12] Art. 65 LCP – “Molestar alguém ou perturbar - lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável”.

[13] FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/2018: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em www.canalcienciascriminais.com.br, acesso em 14.11.2018.

[14] MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Lei 13.718/18 e o pretense recrudescimento dos crimes sexuais. *Boletim IBCCrim*. N. 311, out., 2018, p. 11.

[15] CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 5.

[16] Lembre-se que o crime de “Estupro” é informado pela violência ou grave ameaça com o constrangimento da vítima. Por seu turno, o “Estupro de Vulnerável”, embora não necessariamente marcado pela violência ou grave ameaça, também a admite em sua prática, somente se alterando a condição de vulnerável da vítima.

[17] BRANDALISE, Camila. “Tive que ouvir do delegado: A camisinha pode ter caído na sua bolsa”. Disponível em <https://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/entretenimento/2018/10/04/tive-que-ouvir-do-delegado-a-camisinha-pode-ter-caido-na-sua-bolsa.htm>. Acesso em 14.11.2018.

[18] Sobre o tema Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A França legalizou a pedofilia na prática: isso não é “Fake News”. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/618063725/a-franca-legalizou-a-pedofilia-na-pratica-isso-nao-e-fake-news> . Acesso em 14.11.2018.

[19] PESSI, Diego, SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio*. São Luís: Resistência Cultural, 2017, p. 39 – 41. A decisão tresloucada foi do TJRS, mas foi, felizmente, reformada pelo STJ, Recurso Especial 714979/RS.

[20] RUSHDOONY, Rousas John. *Esquizofrenia Intelectual*. Trad. Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Monergismo, 2016, p. 144.

[21] OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em www.juspol.com.br , acesso em 14.11.2018.

[22] CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 8. Completaria o que Sanhes Cunha afirma: não somente o tipo penal fala em apologia “in abstracto” do estupro ou estupro de vulnerável, como também fala na simples “indução”, de modo que o incitamento é tipificado sem a menor discussão.

[23] FARIA, Fernanda Cupolillo Mianda de, ARAÚJO, Júlia Silveira de, JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na Rede é Porn: Pornografia de Vingança, Violência de Gênero e Exposição da “Intimidade”. *Revista Contemporânea Comunicação e Cultura*. Volume 13, n. 3, set./dez., 2015, p. 659. Há quem utilize a expressão “sexting” também para designar o compartilhamento desses materiais de forma consensual, o que, obviamente, não consistirá em crime.

[24] Defendendo também a possibilidade do concurso: OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em www.juspol.com.br , acesso em 14.11.2018.

[25] FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em www.canalcienciascriminais.com.br , acesso em 14.11.2018.

[26] OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em www.juspol.com.br, acesso em 14.11.2018.

[27] Neste sentido, com base em doutrina e jurisprudência consolidada sobre o tema: OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em www.juspol.com.br, acesso em 14.11.2018.

[28] FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em www.canalcienciascriminais.com.br, acesso em 14.11.2018.

[29] CUNHA, Rogério Sanches. “Revenge Porn”. Disponível em <https://www.facebook.com/RogérioSanchesC/videos/revenge-porn/1225505720860926/>, acesso em 15.11.2018.

[30] No caso de reconhecimento de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 218 – C, CP essa solução ficará prejudicada, já que o aumento então ficaria equalizado no patamar fixo de metade previsto no artigo 226, II, CP, conforme exposto. Por isso, no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade, o ideal seria o aumento do patamar hoje previsto no artigo 226, II, CP (com a revogação do § 1º, do artigo 218 –C, CP) para o intervalo de 1/3 a 2/3, o que viabilizaria a individualização, conforme exposto no corpo do texto.

[31] CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 9.

[32] ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, Moralismo e Direito Penal: alguns crimes suspeitos em nosso Direito Positivo. *Boletim IBCCrim*. n. 179, out., 2007, p. 17 – 18. No original: FEINBERG, Joel. *Harm to self: The moral limits of the criminal law*. Volume 3. Oxford: Oxford University Press, 1986, “passim”.

[33] LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da, BRANBILLA, Marília, GEHLEN, Carla. O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.718/18? Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 14.11.2018.

[34] FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em www.canalcienciascriminais.com.br, acesso em 14.11.2018.

[35] CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p.16.

[36] MOREIRA, Rômulo. O novo art. 225 do CP. A questão do direito intertemporal. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 14.11.2018.

[37] Expondo a possível defesa da prevalência do inciso I sobre o inciso IV, vide: OLIVEIRA, Marcel Gomes de, LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em www.juspol.com.br, acesso em 14.11.2018.

[38] MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, EVANGELISTA JÚNIOR, Osvaldo. Lei 13.718/18 e o pretense recrudescimento dos crimes sexuais. *Boletim IBCCrim*. N. 311, out., 2018, p. 11. Cf. no mesmo sentido: CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Salvador: Vorne, 2018, p. 18.

[39] Neste sentido: FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em www.canalcienciascriminais.com.br, acesso em 14.11.2018. "Acreditamos que o inciso IV somente é aplicável aos crimes de estupro, não aos demais crimes contra a liberdade sexual e contra vulneráveis".

FRAUDES NAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS E A INCIDÊNCIA EM CRIMES FALIMENTARES E O CÓDIGO DE ÉTICA DO CONTADOR

CARMELITA ANGELICA LACERDA BRITO DE OLIVEIRA: Advogada. Bacharel em Ciências Contábeis (2010); Bacharel em Direito (2011); Especialista em Direito Constitucional e Administrativo (2014); Especialista em Direito Processual Civil (2015); Mestranda em Direito pela UFC.

NORBERDSON FENANDES SILVA

(Orientador)

SUMÁRIO: 1 JUSTIFICATIVA. 2 OBJETIVOS. 2.1 Objetivo Geral. 2.2 Objetivo Específico. 3 METODOLOGIA. 3.1 Delineamento do estudo. 3.1.1 Processo de Aquisição de Literatura. 3.1.2 Período que Compreende o Estudo. 3.1.3 Fontes de Informação. 3.1.4 Critérios de Inclusão. 3.2 Aspectos Éticos. 4. FALÊNCIA. 4.1 Breve Histórico. 4.2 Processo Falimentar. 4.2.1 Hipóteses de Falência. 4.2.2 Legitimação. 4.2.3 Processo. 4.2.3.1 Início da Ação. 4.2.3.2 Órgãos da Falência. 4.2.3.3 Habilidade dos Créditos. 4.2.3.4 5 Arrecadação e Custódia dos Bens. 4.2.3.5 Realização do Ativo. 4.2.3.6 Pagamento aos credores (Solvência dos créditos). 4.2.3.7 Encerramento da Falência e extinção das obrigações. 5. FRAUDES. 5.1 Fraude nas Demonstrações Contábeis. 5.2 Fraudes Contábeis em Processo Falimentares. 6 CRIMES FALIMENTARES. 7 INFRAÇÕES ÉTICAS. 8 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 JUSTIFICATIVA

É quase que rotineira à vinculação, na mídia, de casos fraudulentos, onde estão envolvidos profissionais de renomado prestígio na sociedade.

Tais irregularidades também se mostram presentes na seara da Contabilidade, pois esta, muitas vezes é vista, erroneamente, como uma ferramenta facilitadora de ilegalidades.

Em se tratando de processos falimentares, onde se envolve uma complexidade de interesses representada na função social que exerce a organização empresarial no espaço inter e extra-territorial que ocupa, modificando o modo e o meio de vida de uma comunidade, se tem constatado a má fé no uso da contabilidade com o objetivo de beneficiar-se em detrimento de terceiros e da própria coletividade, o que gera perdas inestimáveis e que reclamam punição adequada, para se preservar a segurança jurídica.

Esta distorcida visão entra em conflito com o próprio conceito da ciência que é destinada ao controle e verificação dos fatos que modifiquem o patrimônio, como mecanismos de fiscalização e gerência dos recursos.

A esse nobre interesse é que, realmente, se prende os fins da Contabilidade, e as aberrações verificadas mostram-se como verdadeiras mutilações aos princípios fundamentais e nunca a sua finalidade.

Por isso, é premente que sempre se analise as responsabilidades advindas desses ilícitos, de modo a evitá-los pela conscientização dos Contadores das gravidades advindas de suas atitudes para si, e para a sociedade que sofre os efeitos das más-condutas, e às consequentes penalidades aplicadas a sua pessoa em decorrência das irregularidades.

A isso se presta o presente trabalho. Um estudo direcionado as implicações das fraudes de demonstrações contábeis em processos falimentares no âmbito da esfera penal (lei nº11.105/05) e disciplinar (Código de Ética do Contador, resolução nº803 do CFC).

2 OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral

Analisar as fraudes nas demonstrações contábeis nos processos de falência e as consequentes implicações penais, pela lei nº11.105/05 (Lei de Recuperação e Falência – LRF), e disciplinar, pela resolução nº803 do CFC (Código de Ética Profissional do Contabilista – CEPC)

2.2 Objetivo Específico

- Identificar as fraudes nas demonstrações contábeis em falência.
- Identificar as penas aplicáveis quando do cometimento de crimes.
- Identificar as sanções cabíveis, quando das infrações éticas.

3 METODOLOGIA

3.1 Delineamento do estudo

Em sua obra Cervo e Brevian asseveram:

Em seu sentido mais geral, método é a ordem que se deve impor aos diferentes processos necessários para atingir um certo fim ou um resultado desejado. Nas ciências, entende-se por método o conjunto de processos empregados na investigação e na demonstração da verdade.

Não se inventa um método; ele depende, fundamentalmente, do objeto da pesquisa. (...) (CERVO E BREVIAN, 2002, p.23)

Assim para a realização deste trabalho foi utilizado o método de revisão de literatura que vem a responder satisfatoriamente os objetivos á que esta pesquisa se qualifica como básica, qualitativa, descritiva e bibliográfica, conforme demonstra a classificação exposta no trabalho Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação do Laboratório de Ensino a Distância da UFSC sob a autoria de Edna Lúcia da Silva e Ester Muszkat nas p. 20 a 22.

3.1.1 Processo de Aquisição de Literatura

Para a aquisição da literatura foram feitas pesquisas na Biblioteca Vladimir Menezes da Faculdade leão Sampaio como também nos livros de acervo pessoal.

Na utilização de artigos e trabalhos que foram publicados em meio eletrônico foram obtidos por consultas à internet

3.1.2 Período que Compreende o Estudo

Ao realizar a pesquisa houve uma fase precedente e indispensável que foi a de cognição. Antes de se fazer materialmente o trabalho teve-se o conhecimento da matéria que seria abordada e posteriormente foi-se adquirido material de complementação no decorrer da feitura para elucidação de questões controversas e ampliação da temática.

3.1.3 Fontes de Informação

Para a realização das pesquisas foram utilizados livros publicados, artigos e trabalhos publicados em meio eletrônico.

3.1.4 Critérios de Inclusão

Para inclusão no estudo foram observados a relação do tema das publicações com o objetivo deste trabalho e a maneira abrangente e didática com que os autores daquelas abordavam os temas.

3.2 Aspectos Éticos

Todos os autores citados foram referidos tanto nas citações diretas quanto na indiretas, como também nas referências bibliográficas.

4. FALÊNCIA

4.1 Breve Histórico

Com a entrada com vigor da nova Lei de Recuperação e Falência (Lei nº11 105/05) no Direito Empresarial fez este ordenamento jurídico sofrer consideráveis mudanças em antigos institutos como adverte Waldo Fazzio Junior em seu Manual de Direito Comercial.

Essa nova legislação remodelou o conceito de falência mostrando ser esta, a última solução a ser requerida quando frustradas as tentativas de recuperação extra ou judicial. Este intuito revela que instrumento legal

gerou mecanismos que nas palavras de Waldo Fazzio (2005, p.690): “propiciam a reorganização e o soerguimento de empresas viáveis”.

A orientação da nova lei tenta prevenir os efeitos econômicos de uma falência na estrutura social brasileira na qual repercutirá não só no universo econômico como também na esfera social. Forçosa, por tanto, é a necessidade de regras orientadoras da liquidação empresarial com o fim de minimizar os efeitos sofridos pelas organizações que, como assevera Fran Martins, “diante das crises que empurram resultados sociais negativos e acalentam aumento da criminalidade”. (MARTINS, 2007, p.460) não encontram, sozinhas, meios necessário para o reequilíbrio.

A falência surgiu como meio para enfrentar as questões da crise empresarial. Com a decretação da falência as relações jurídicas da sociedade serão englobadas em um único feito judicial.

Rege-se a falência pelos princípios da instrumentalidade, economia processual e maior grau de custo/ benefício.

Para Ricardo Negrão:

A falência é considerada dissolução de pleno direito na legislação comercial. Com o decreto falimentar, dá-se necessariamente a liquidação em complexo processo judicial.

A falência não extingue a pessoa jurídica, mas a mantém num estado de letargia, com a perda da administração em geral.

A dissolução da sociedade é uma das conseqüências ou dos efeitos daquela execução coletiva.

Anota-se que a dissolução não apenas é efeito da falência, mas, muitas vezes, a antecede. (NEGRÃO,2005, p.476)

Significa que a falência visa primeiramente à liquidação patrimonial da organização para, posteriormente se dissolver a sociedade, isto porque os interesses de terceiros estão diretamente vinculados aos bens da sociedade (credores, funcionários, fisco, acionistas).

Em se afastando o devedor de suas atividades o judiciário decide, em consonância com a lei, a melhor forma para aproveitar os bens de modo a satisfazer, o quanto possível as dividas existentes.

Mas nem por isso se pense que o instituto constitui mero ato de vender bens e pagar credores. Embora haja essa idéia de execução coletiva, como observa Gladston Mamede:

(...) a lei de falência compreende o procedimento como uma oportunidade para, a partir do afastamento do devedor (empresário ou sociedade empresária) de suas atividades, buscarem preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive as intangíveis da empresa. Fica, claro, portanto, que ao judiciário não cumpre apenas compreender a empresa falida como uma massa falida de bens incapaz de fazer frente às obrigações correspondentes, ou seja, uma mera massa falida. Pelo contrário, é preciso estar atento à função social da empresa, compreendida como um todo, de seus estabelecimentos - suas partes - ,de seus bens. A comunidade em geral deve sair o menos prejudicada possível da falência. (MAMEDE, 2009, p.432)

4.2 Processo Falimentar

4.2.1 Hipóteses de Falência

Por ser a escritura contábil fator de sigilo comercial, como meio para manter a eficácia empresarial não se faz necessário à demonstração inequívoca de que o devedor não tem condições de pagar por suas dívidas, e como conseqüência o legislador estabeleceu uma série de situações que atribuem ao credor o poder de pedir a falência.

Ao examinar o art. 94 da LRF (MAMEDE, 2009) temos que poderá ser requerida a liquidação quando:

- Inadimplência injustificada: O credor atrasar, sem relevante motivo, dívidas materializadas em títulos de créditos e cuja soma perfaça o valor igual ou superior de 40 (quarenta) salários mínimos na data do período de falência, facultando, a lei, que esse valor pertença só a um ou a um consórcio de credores.

- Execução frustrada: Sendo instaurado processo de execução o devedor não pratica os atos que lhes são impostos para satisfazer o crédito (não paga, não deposita, não nomeia bens suficientes á penhora) frustrando a ação.

- Atos de falência: Há na LRF um rol de atos que dão margem ao pedido de falência:

1. Proceder à liquidação precipitada de seus ativos ou lançar mão de modo ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos.

2. Realizar, ou por atos inequívocos tentar realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiros, credor ou não.

3. Transferir estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo.

4. Simular a transferência de seu principal estabelecimento com objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização para prejudicar credor (es).

5. Dar ou reforçar garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes saldar seu passivo.

6. Ausentar-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandonar estabelecimento ou tentar

ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento.

7. Deixar de cumprir no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

A lei faz nas duas primeiras hipóteses referência a insolvência que pode ser confessada pelo próprio agente econômico, ou presumida pela lei. Por não ser possível ao devedor, estranho à organização, demonstrar inequivocamente a situação empresarial. Mas não se limita a LRF, a fatos relacionados com gestão financeira da empresa, pois, se verifica pela análise dos incisos do art. 94, supra-referidos, que alguns traduzem a má-fé dos gestores que utilizam a empresa como meio fraudulento de enriquecimento e beneficiamento de terceiros. A prova da fraude ou o indício desta legitima os interessados a darem início ao processo falimentar com base nos atos de falência (art. 94, III, a-g, da LRF).

4.2.2 Legitimação

Reza o art.97 da LRL que podem requerer a falência do devedor:

1. Ele próprio: autofalência
2. O cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou inventariante.
3. Cotista ou acionista do devedor na forma da lei ou ato constitutivo da sociedade
4. Qualquer credor.

Para se ajuizar a ação a lei estabelece requisitos que devem ser acostados ao pedido no momento do ingresso como subsídios para constituir a falência. A depender de qual dos incisos do art. 94 se fundamenta o pedido se faz necessário um ou outro requisitos (título executivos originais ou autenticados, instrumento de protesto, certidão expedida pelo juízo de que se processa a execução,...)

4.2.3 Processo

4.2.3.1 Início da Ação

Ajuizado o pedido de falência o devedor, agora réu, será citado para o prazo de 10, dias contestar, ou seja, responder ao pedido e eventualmente excepcionar por meio das escusas de pagamento relativas ao mérito da causa e que se demonstradas extinguem a liquidação judicial, porque afastam a presunção de insolvência. Poderá ainda pagar, através de depósito judicial, o valor total do crédito corrigidos monetariamente mais honorários advocatícios, caso em que, também, não será decretada a falência.

Após esta fase de defesa terá seguimento a fase instrutora, onde as provas serão produzidas, tanto as requeridas pelo autor quanto às feitas pelo réu, e ao final o juiz julgará o mérito da causa deferindo ou não o pedido de falência, pela sentença.

Sentenciado o pedido pode haver recursos de acordo com a decisão prolatada, nos dizeres de Gladston Mamede:

A sentença que julga a improcedência do pedido põe fim ao processo, razão, pela qual contra ela cabe apelação. Se o juiz julgar o pedido procedente, o processo de falência terá seu curso, razão pela qual cabe agravo de tal decisão (MAMEDE, 2009, p.435)

4.2.3.2 Decretação da Falência

Decretada a falência, pela procedência do pedido, a sentença terá que conter vários requisitos que a própria LRF elencar em seu art.99:

- a) Resumo dos fatos;
- b) Período da falência;
- c) Ordenará ao falido que apresente relação nominal dos credores e explicitará prazo para que estes façam sua habilitação;

- d) Ordena a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido e proibi qualquer prática que possa onerar os bens;
- e) Poderá tomar diligências cautelares para resguardar interesses;
- f) Ordena ou registro de empresas que se proceda à anotação da falência nos registros do devedor e manda expedir ofícios à administração pública para que informem os bens em nome do falido;
- g) Nomeia o administrador judicial;
- h) Determina a continuação ou não das atividades do falido;
- i) Determina a convocação da Assembléia de Credores para a criação do Comitê de Credores;
- j) Mandará intimar o Ministério Público e as Fazendas Públicas para que tomem conhecimento da falência e fará publicar edital contendo a decretação da falência.

O devedor agora será denominado falido e sofrerá uma série de restrições impeditivas na organização e na esfera da atividade econômica, mas podendo fiscalizar o processo falimentar, intervir, requerer o que for de direito e interpor os recursos cabíveis.

A decretação da falência determina, ainda, o vencimento antecipado das dívidas do devedor, com o abatimento proporcional dos juros para possibilitar a habilitação de todos os credores na massa falida, sendo que sujeita todos os credores, para o exercício de seus direitos sobre os bens do falido, aos ditames prescritos na lei de falência.

4.3.2.3. Órgãos da Falência

A) Administrador Judicial

Durante o curso do processo falimentar serão realizados inúmeros atos necessários à consecução do processo e que exigem extremo profissionalismo, conhecimento e idoneidade. Para o desempenho dessa função o juiz nomeará o Administrador Judicial que poderá ser pessoa física ou jurídica designada de acordo com as características necessárias e respeitadas os impedimentos estabelecidos pela a Lei de Recuperação e Falência.

A LRF estabelece um amplo leque de responsabilidades para o administrador judicial.

Nos dizeres de Mamede:

Na falência, por seu turno, o administrador judicial toma a frente da massa falida, ou seja, do conjunto que tem, de um lado os bens e créditos do falido e, de outra, as suas dívidas. Será ele que organizará as contas, reunirá bens, avaliará quanto se pode obter por eles e cuidará de sua alienação, das ações movidas em nome da massa falida e contra ela, representando-a. É um trabalho complexo, sem dúvida. . (MAMEDE,2009, p.403)

O administrador terá todos os seus atos fiscalizados pelo Juiz, o devedor e os credores, mas será remunerado por seus trabalhos ao final da falência.

B) Assembléia de Credores

Este órgão é composto pela reunião de credores e possuem atribuições específicas elencadas na LRF, além do tempo da convocação, das votações e das competências.

C) Comitê de Credores

Instituído pela Assembléia de Credores o comitê tem a função precípua de acompanhar os procedimentos da falência, suas responsabilidades e competências estão reguladas nos arts. 35 a 46 da LRF.

4.2.3.4 Habilitação dos Créditos

Quando o credor tem um crédito a ser satisfeito pelo devedor falido ele deve fazer adesão a um procedimento universal, denominado habilitação de crédito. Onde todas as pretensões contra a massa falida serão reunidas em um único processo para execução coletiva.

Para se habilitarem o Juiz ordenará, por publicação de edital, a convocação dos credores para no prazo de 15 (quinze) dias apresentarem documentos sobre os seus créditos no original ou por cópias autenticadas.

Essa habilitação comporta a verificação do crédito, sendo descartados aqueles que não atendam os requisitos legais.

Tal verificação é feita pelo administrador judicial da massa falida com base nas informações da habilitação e com base nos livros contábeis da empresa, e em 45 dias o administrador fará publicar um edital contendo a relação dos créditos aprovados, designados, também, local e hora onde poderão ter acesso aos documentos que fundamentaram a relação. E no prazo de 10 (dez) dias da publicação os credores, o devedor ou seus sócios e o Ministério Público poderão apresentar ao juiz impugnação á relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância, ou classificação de crédito relacionado.

Somando os créditos não impugnados e as decisões proferidas nas impugnações oferecidas, o administrador judicial deverá consolidar o quadro geral de credores, a ser homologado pelo Juiz. Este quadro conterá o valor da e a classificação de cada crédito na data do requerimento da decretação da falência, e em 5 (cinco) dias (contadas da data da sentença que houver julgada as impugnações) o quadro será juntado aos autos do processo de falência e publicado no Diário Oficial.

Como bem assevera Gladston Mamede: "Há crédito que são considerados extra concursais, pagos com precedência sobre os constantes do quadro de credores, são as seguintes, preferindo-se na seguinte ordem" (MAMEDE,2009, p.445):

1. Remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência.

2. Quantias fornecidas à massa falida pelos credores.

3. Despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência.

4. Custas judiciais relativas às ações de execuções em que a massa falida tenha sido vencida.

5. Obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência.

4.2.3 5 Arrecadação e Custódia dos Bens

Após a consolidação da lista de credores os créditos passam a ser líquidas estando predispostas a serem solvidos pelo administrador judicial, respeitada a classificação dos créditos, através da arrecadação dos bens e documentos, que é uma listagem dos bens com suas respectivas características e avaliações.

Os bens serão arrecadados e avaliados em sua situação, no local em que se encontrem, pelos meios estabelecidos na Lei de Recuperação e Falência estando de fora os bens absolutamente empenhoráveis. Entretanto, igualmente, para a massa outros bens – ou o produto destes apreendidos em outros processos.

O inventário será o instrumento pelo qual serão detalhados os bens com os respectivos laudos de avaliação destes que conterão:

1. Os livros obrigatórios e os auxiliares ou facultativos do devedor designando-se o estado em que se acham número e

dominação de cada um, página escrituradas, data do início da escrituração e do último lançamento, e se os livros obrigatórios estão revestidos das formalidades legais;

2. Dinheiro, papéis, títulos de créditos, documentos e outros bens da massa falida;

3. Os bens da massa falida em poder de terceiros, a título de guarda, depósito, penhor ou retenção; se possível individualizadas;

4. Os bens indicados como propriedade de terceiros ou reclamados por estes, mencionando-se essas circunstâncias.

Os bens imóveis serão acompanhados das respectivas certidões de registro. No caso de bens perecíveis não sujeitos a conservação, mediante autorização judicial, ouvido o comitê e o falido, poderão ser vendidos antecipadamente.

O administrador poderá celebrar e/ou executar contratos com o objetivo de auferir renda do patrimônio da empresa para ajudar a compor a massa falida, mediante autorização do comitê e respeitadas às limitações na lei.

4.2.3.6 Realização do Ativo

É a fase seguinte à arrecadação dos bens e se iniciará com a alienação dos bens seguindo a seguinte ordem preferencial:

- Alienação da empresa em bloco
- Alienação da empresa como a venda em separado da sede e filiais.
 - a) Alienação dos bens que integram cada um dos estabelecimentos.
 - b) Alienação dos bens individualmente considerados.

Pode ser cumulado um ou mais modos de acordo com a conveniência para a massa falida.

Os credores podem adquirir ou adjudicar os bens arrecadados pelo valor da avaliação, respeitada a ordem de preferência e ouvido o comitê.

A realização poderá ser feita do seguinte maneira:

I – Leilão, por lances orais, aplicando-se, no que couber, as regras do código de Processo Civil.

II – Propostas fechadas, que ocorrerão mediante a entrega em cartório e sob recibo, de envelopes lacrados, a serem abertos pelo Juiz, no dia, hora e local designados no edital.

III – Pregão, que constitui modalidades híbridas das anteriores compostas por duas fases: recebimento de proposta e leilão por lances orais de que participarão somente aqueles que apresentarem propostas não inferiores a 90% da maior proposta afetada.

Feita a realização os credores, observada a ordem de preferência, sub-rogam-se no produto da realização, estando, assim, o bem arrematado livre de qualquer gravame.

4.2.3.7 Pagamento aos credores (Solvência dos créditos)

Após o pagamento dos créditos extra concursais será solvida os créditos, segundo a ordem, que constam no quadro geral de credores com o resultado apurado da realização do ativo.

Depois de pago todos os credores se restar saldo, este, será entregue ao falido.

4.2.3.8 Encerramento da Falência e extinção das obrigações

Com o pagamento dos credores tem-se por alcançado o objetivo da falência, sendo os atos posteriores formalidades que visam a resguardar a lisura do procedimento.

Assim o prazo prescricional relativo às obrigações do falido recomeça a correr a partir do dia em que transitar em julgado a sentença do encerramento da falência.

Mas antes ou até mesmo sem correr este prazo prescricional pode haver a extinção das obrigações da falida por meio do:

I- pagamento de todos os créditos

II- pelo pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo.

III- decurso do prazo de cinco anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto na lei de falências.

IV- decurso do prazo de dez anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto na lei de falências.

Assim será requerida (pelo falido) por sentença a extinção das obrigações da falência

5. FRAUDES

Conforme mostra Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p.409): "A fraude é a manobra, a técnica para prejudicar e lesar terceiro". Um ato volitivo deliberadamente dirigido a prejudicar interesses ou direitos de outrem.

A fraude pode se revelar de várias maneiras: fraude fiscal, fraude contra credores, fraude à lei, etc.

5.2 Fraude nas Demonstrações Contábeis

Conforme mostra a interpretação técnica dada a Norma Brasileira de Contabilidade – NBC T.11, a fraude contábil revela-se pela omissão ou manipulação, de transações, adulteração de documentos, registros e demonstrações contábeis estão por sua vez, caracterizam-se por

- a) manipulação, falsificação, ou alteração de registros ou documentos, de modo modificar os registros de ativos, passivos e resultado.
- b) apropriação indébita de ativos
- c) supressão ou omissão de transações nos registros contábeis.
- d) registro de transações sem comprovação, e
- e) aplicação de praticas contábeis indevida.

Incluem-se ainda nesta lista a não aplicação ou manipulação dos princípios fundamentais da contabilidade e Normas Brasileiras de Contabilidade – NBC.

Muitas vezes, proprietários, gerente e contadores utilizam seus conhecimentos sobre as normas e padrões contábeis com o objetivo de enviesar e manipular os relatórios contábeis em um processo conhecido como “contabilidade criativa” (creative accounting). Este processo de “gerenciamento” das informações é também conhecido como smothing. ’

Mais especificamente nos escândalos das empresas Etron, Word e Parmalat comprovaram-se a existência de fraudes contábeis. Segundo Marco Antonio Papini (2004) as fraudes contábeis visam manipular os resultados da organização no intuito de demonstrar uma situação enganosa podendo assim causar sérios problemas aos usuários externos dessas informações. Esses danos também geram perdas no âmbito financeiro e prejudicar a alocação dos recursos, atualmente escassos, na economia mundial. Nos Estados unidos, conforme Papini (2004) “as fraudes contábeis causaram prejuízos de mais de \$200 bilhões de dólares nos últimos anos”. Essas fraudes geralmente são realizadas pelos contadores a pedido dos

executivos por motivos vários, seja para mascarar prejuízos ocorridos, seja para camuflar desvios de recursos da entidade retirando o descrédito das demonstrações contábeis.

A legislação brasileira tem-se esmerado para coibir este tipo de prática, tal é o escopo das alterações da lei de Sociedade Anônima (6.404/76), do Código Civil (lei nº10.406/02) e da criação da lei 11.105/05 para diminuir o que James Sutherland denominou de Crime do colarinho branco.

Vale lembrar resumidamente alguns das mais úteis ferramentas para a detecção e combate às fraudes interna:

- Análise comparativa
- Conciliação de saldos
- Inspeções físicas (em estoques, por exemplo).
- Confirmação com terceiros
- Indagações e perguntas (funcionários, clientes, fornecedores).
- Observação da conformidade das rotinas com o fluxograma
- Apreciação de cifras.

Os mecanismos para evitar as fraudes devem ser postas em prática pela organização para diminuir efetivamente as ocorrências.

Como ressaltar a opinião exposta por Américo Garcia Parada Filho (2004), no texto As Grandes empresas e as suas Fraudes contábeis:

As fraudes contábeis para manipulação dos resultados espelhados nos balanços patrimoniais são antigas, mas a coisa ficou mais sofisticada com a aparição dos paraísos fiscais e com a implantação de novas operações realizadas no mercado de capitais, nos pregões das bolsas de valores e também no

mercado de balcão de títulos de renda fixa intermediados pelas instituições financeiras.

5.2 Fraudes Contábeis em Processo Falimentares

A fraude, por si só, elide a possibilidade da lisura do procedimento e do regular andamento do processo falimentar.

As fraudes contábeis existentes em falências pode haver em virtude do processo, através de “maquiagens” nas demonstrações contábeis que visem a ocultar desfalques de modo a justificar o não cumprimento de suas obrigações para com os credores, ou anteriores, ou seja, antes do início do processo falimentar.

Anteriores são aquelas praticadas antes de a ação de falência ser ajuizada, já os posteriores são este ato e os concomitantes são aqueles praticados no intervalo que compreende o início da ação e a decretação da falência.

Há também práticas mistas com a omissão de documentos contábeis obrigatórios, pode ser posterior ou anterior á decretação da falência, pois no curso do processo falimentar a empresa pode continuar operando devendo seguir todo os requisitos da atividade empresarial desenvolve, inclusive a escrituração.

Tal característica possui muita repercussão no que tange a prescrição final da conduta e para o enquadramento em um ou em outro tipo penal

Os incisos do § 1º do art.168 da lei 11.105/05 descreve algumas possibilidade de fraudes contábeis com o fulcro de obter uma vantagem para si ou para outrem que é indevida e resulta, potencial ou materialmente, em prejuízos pra os credores, são elas:

1. Elaboração de escrituração contábil com dados inexatos
2. Omitir, na escrituração contábil ou balanço, lançamento que dele deveria constar, ou alterar escrituração ou balanço verdadeiro.

3. Destruir, apagar ou corromper dados contábeis ou negócios armazenados em sistemas informatizados.
4. Simular a composição de capital social
5. Destruir, ocultar ou inutilizar, total ou parcialmente, os documentos contábeis obrigatórios.

Todos esses meios de manipulação de dados contábeis se enquadram na divisão supra-referida no item 5.2.

Ao se utilizar destes mesmos mecanismos pode-se revelar a fraude para induzir ao erro o magistrado, o Ministério Público, os credores, a assembléia geral, o comitê ou administrador judicial, elas podem ocorrer no processo, ou antes, pois estas informações quando requeridas em juízo por meios de algum dos órgãos, já referidos, em uma fase processual podem ser adulterados por causa da requisição ou já se encontrarem alterados (ex.: no balanço patrimonial apresentado no pedido de autofalência, o fornecimento de livros contábeis adulterados ao administrador judicial).

Para a apuração desses tipos de fraudes a lei determinou que fosse instaurado um processo específico – a ação penal - pelo representante do ministério Público que requisitará ou não (caso ache dispensável) o inquérito policial para apurar a autoria, circunstâncias e a materialidade dos crimes decorrentes das fraudes.

O processo falimentar, como visto no item 4, é complexo em razão do conjunto de atos pelo qual é composto tornado-se prolongado no tempo o quanto maior se revelar a organização. Isto posto, as “maquiagens contábeis” realizadas, além de serem crimes contra o patrimônio dos credores, se revelam como verdadeiros ilícitos contra a administração da justiça, já que “turva a visão” dos interessados sobre a real situação econômico-financeira da organização. Aumentando assim, o trabalho do administrador judicial que terá que demonstrar a real situação da organização para o juízo, tendo que, para tanto, refazer a contabilidade empresarial; e para o juízo que, conforme o caso, terá que rever suas decisões por se basearem em dados fictícios.

Como demonstra o exemplo citado por Mamede:

(...) se após a publicação (e até o encerramento da recuperação judicial ou da falência) forem descobertos casos de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados, o administrador judicial, o comitê de credores, qualquer outra credor ou representante do MP poderão pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito.(MAMEDE,2005, p.412)

Ou seja, uma fase processual já superada terá de ser revista pela má fé dos sócios e/ ou de seus prepostos tornado por demais demorado o processo, o que se mostra muito mais prejudicial quando empresa possui passivo trabalhista decorrente de salários em atraso de seus empregados, envolvendo mais do que simples credores que possuem algum poder de barganha perante o mercado econômico e sim famílias vulneráveis e hipossuficientes defronte o poderio econômico das organizações além de necessitadas do valor da contraprestação de seu trabalho para a manutenção de suas necessidades básicas.

6 CRIMES FALIMENTARES

O crime falimentar pode ocorrer antes ou após a decretação da falência, contudo, apenas com esta abre-se a possibilidade de investigar se os sócios, o empresário, os diretores, gerentes, prepostos, administradores, conselheiros e o administrador judicial praticam as condutas que LRF definiu como crime. Sem essa decisão não há que se falar em crime falimentar, podendo caracterizar outros crimes. Sendo uma condição objetiva de punibilidade, de procedibilidade da ação penal.

As infrações penais definidas neste diploma podem ser praticadas tanto pelo devedor, quanto por terceiros (Contadores, Administradores Judicial, Ministério Público, os Credores) sendo equiparados ao devedor, para efeitos penais os sócios diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito e o administrador judicial.

Neste trabalho irá se deter apenas aos crimes imputados a pessoa do contador pelas fraudes contábeis praticadas, e em razão do exercício da profissão.

O capítulo VII, seção I dispõe dos crimes em espécie. O artigo 168, *in verbis*:

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder recuperação judicial ou homologar recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3(três) a 6 (seis) anos, e multa.

Os doutrinadores classificam este delito como próprio, ou seja, aquele que só pode ser praticada por uma pessoa específica no caso o falido. Esta informação procede na medida em que o ato fraudulento não necessariamente é decorrente de manipulações contábeis. Mas quando a infração é cometida com o aumento de pena a que alude o § 1º do referido artigo.

Art. 168 (...)

§1º. A pena aumenta-se de 1/6(um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II- omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveriam constar, ou altera escrituração ou balanços verdadeiros;

III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;

IV – simula composição de capital social;

V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

Não há como se concluir que o crime seja unicamente praticado pelo falido, pois este dificilmente será o contador da organização ou poderá, por ele mesmo, executar manipulações na contabilidade, a não ser que imponha ordens para que alguém execute. Assim quem materialmente praticaria o crime seria quem põe em prática a fraude e não quem a ordena. E por isso acertadamente o § 3º vem a imputar as mesmas penas para o contador que de qualquer modo concorrer para a prática do delito, abarcando, o referido preceito normativo, da participação à co-autoria o que revela a intenção repressora da norma.

Além das penas do *caput* do artigo o contador também pode incorrer no aumento previsto no § 1º, pois no § 2º remete-se ao devedor e o contador não se enquadra no conceito deste nem por equiparação conforme art. 179 da LRF.

A redução ou substituição que se refere o § 4º também não cabe ao profissional contabilista, pois é uma característica do empresário ou da sociedade empresarial e conforme art. 30 CPB não se comunicam entre os participantes do delito as condições de caráter pessoal.

Outro ilícito que pode incorre é o de violação de sigilo profissional:

Art. 169. Violar, explorar ou divulgar, sem justa causa, sigilo empresarial ou dados confidenciais sobre operações ou serviços, contribuindo para a condução do devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira.

Pena – reclusão, de 2(dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Considerado um delito comum, possível de ser praticado por qualquer pessoa, este dispositivo revela o interesse da norma em proteger

o sigilo empresarial que é a mola propulsora do negócio. O sigilo empresarial compreende os mecanismos utilizados pela gerência para a gestão da empresa, estão abarcados: a contabilidade, as estratégias empresariais, planos de negócios, entre outros.

A contabilidade, como um pilar, faz surgir todos os outros mecanismos de gestão e sua função é servir de informação que subsidie o processo decisório, portanto esta, bem mais que os outros, deve ser conservada em segurança para resguardar a empresa já que está é a espinha dorsal da organização.

E bem andou a norma em zelar por esse sigilo principalmente na falência onde a empresa passa por fragilidades e pode ser vítima da concorrência desleal caso seja revelada o sigilo empresarial agravando ainda mais a situação da empresa.

O delito de indução a erro art. 171 prevê uma fraude processual.

Art. 171. Sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas no processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, com o fim de induzir a erro o juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia-geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial.

Pena – reclusão, de 2(dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Trata-se de crime comum, podendo qualquer pessoa envolvida no processo de falência, exceto a pessoa do réu.

Importante salientar que essas informações reveladas, as são, sem justa causa, mas quando forem devidamente solicitadas deverão ser prestadas.

Essas condutas ocorreram durante o processo falimentar e exigem um fim específico para caracterizar o delito que é a intenção de levar a erro.

E por último a omissão dos documentos contábeis obrigatórios:

Art.178. Deixar de elaborar, escriturar, autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios:

Pena – detenção, de 1(um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constituir crime mais grave.

O crime é comum, pois do ponto de vista consumativo o delito se configura com a prática das ações previstas no tipo e tais ações são de competência do profissional contábil e do empresário ou a sociedade empresária. Só incorreria neste tipo caso haja omissão na fiscalização do setor de contabilidade ou por expressa ordem para que não o faça.

É interessante lembrar que no curso da falência a empresa continua operando até a realização do seu ativo, devendo, portanto manter a escrituração em ordem.

Importante salientar que decorre da condenação dos referidos crimes os efeitos:

1. Inabilitação para o exercício de atividade empresarial.
2. Impedimento para o exercício de carga ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas à lei 11.105/05.
3. Impossibilidade de gerar empresa por mandato ou por gestão de negócios.

Tais efeitos são declarados na sentença penal condenatória, motivadamente, perdurando por até cinco anos após a extinção da punibilidade, podendo cessar antes, pela reabilitação penal.

As penas *in abstracto* variam de 2 a 6 anos cumulados ou não com multa, não fazendo jus ao instituto do *sursi* (suspensão condicional da pena ou do processo), mas podendo ser abrangido pelo instituto da liberdade provisória, em alguns casos, conforme a situação.

7 INFRAÇÕES ÉTICAS

Todas as profissões possuem pontos fundamentais a serem obedecidos pelos profissionais que compõem aquela corporação. São elementos norteadores da atividade. Na profissão contábil existem normas a serem seguidas pelos contabilistas, especialmente as Normas brasileiras de Contabilidade _ NBC e o Código de Ética do Profissional Contabilistas _ CEPC editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade – CFC, fundamentadas nos Princípios Fundamentais da Contabilidade

O atual Código de Ética foi aprovado pela Resolução do CFC nº803/96, e dentre outros pontos, aborda, de forma clara, os objetivos, deveres, as proibições e as penalidades aplicadas.

O CEPC tem caráter obrigatório e as atitudes antiéticas recebem reprovação por parte do grupo social da classe. Esta sanção é imposta ao indivíduo (profissional contabilista) ou ao conjunto através da aplicação de uma pena, por via do processo disciplinar.

A inobservância das regras estabelecidas no CEPC implica em punição, cujas penas impostas às infrações disciplinares são aplicadas tendo-se por base a gravidade da ação. Neste tópico analisar-se-á as condutas infracionais causadas pelas fraudes nas demonstrações contábeis nos processos falimentares. E outras possíveis infrações que são tratadas na Lei nº 11.105/05 como crimes.

O Art.2º do CEPC estabelece os deveres dos profissionais:

- a) zelo, diligência e honestidade sem prejuízo da dignidade e independência profissionais;
- b) guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei
- c) zelar pela sua competência exclusiva na orientação técnica de serviços a seu cargo

- d) comunicar, eventual circunstância adversa que possa influir na decisão daquele que lhe formular consulta ou lhe confiar trabalho,
- e) inteirar-se de todas as circunstâncias, antes de emitir opinião sobre qualquer caso;
- f) renunciar às funções que exerce, logo que se positivasse falta de confiança por parte do cliente ou empregador, zelando, contudo, para que os interesses dos mesmos não sejam prejudicados;
- g) se substituído em suas funções, informar ao substituto sobre fatos que devam chegar ao conhecimento desse;
- h) manifestar-se sobre a existência de impedimento para o exercício da profissão;
- i) ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional.

Pela simples leitura dos incisos do artigo supra-referido pode-se concluir que a fraude contábil entra em conflito com uma série de parâmetros, estabelecidos no Código de Ética, como objetivos para a condução da contabilidade, quando no exercício profissional.

Entretanto se o dever se revela como um imperativo de incumbência, algo a ser realizado, a proibição é tronar defeso, a prescrição de uma abstenção, denotando assim, ser uma regra de sublime função, pois, visa a resguardar valores indispensáveis a convivência social.

A infração ética se caracteriza pelo não cumprimento das normas estabelecidas nos deveres e proibições e a estas condutas irregulares, sejam omissivas ou comissivas, serão penalizadas:

No caso de fraudes em demonstrações contábeis o profissional fere alguns dos dispositivos contido nos artigos referidos, que revelam deveres morais de conduta impostas ao profissional.

No que tange as proibições, temos que o cometimento das fraudes implicam no não regular desenvolvimento da ciência e ilide o discernimento de terceiros interessados nas informações sendo uma verdadeira ameaça e por isso estabelecida como proibições. Estão, tais vedações, descritas nos incisos do art.3º do CEPC, as quais se passarão a analisar as que possuem relação direta ou indireta com as fraudes nos processos de falência:

Art. 3º No desempenho de suas funções é vedado ao Contabilista:

a) III – auferir qualquer provento em função do exercício profissional que não decorra exclusivamente de sua prática lícita;

Este inciso só se realiza se o contador receber algum proveito e em razão da fraude, mas se a ele foi imposta uma ordem para executar as manipulações ou o fizer gratuitamente, não incorrerá nesta infração.

b) VIII – concorrer para a realização de ato contrário à legislação ou destinado a fraudá-la ou praticar, no exercício da profissão ato definido como crime ou contravenção;

Aqui tem-se a descrição de várias condutas:

1. auxiliar ato contrário à lei
2. auxiliar ato para fraudar à lei
3. praticar crime

O inciso quis abarcar a situação do contador-empregado que ajuda a empresa a praticar atos irregulares, mas sem que se exija uma finalidade específica para tal fim, e por seja por qualquer meio ou mecanismo.

c) IX – solicitar ou receber do cliente ou empregador qualquer vantagem que saiba para aplicação ilícita;

Esse inciso se assemelha em muito com o inciso III, mas este se mostra mais restrito, pois, aquele abarca a conduta da simples solicitação sem que seja necessário receber de fato. E, ainda, se refere a qualquer vantagem e no outro a referência é apenas para proventos o que da a idéia

de pecúnia enquanto vantagem pode ser bem móvel, imóvel ou semovente, material ou imaterial.

E a aplicação ilícita seria o pagamento pelo exercício profissional irregular.

d) X – prejudicar, culposa ou dolosamente, interesse confiado a sua responsabilidade profissional;

Neste inciso o profissional é abarcado por todo e qualquer tipo de culpabilidade: a culpa e o dolo. No decorrer do processo falimentar, como já exposto anteriormente, a contabilidade empresarial deve seguir normalmente o seu curso, no entanto os seus destinatários mudam. A empresa sai da posição principal para ceder lugar aos credores, administrador judicial e o juízo, pois ao interesse deste a contabilidade, agora, visa a servir. Assim a “maquiagem nas demonstrações” prejudica diretamente esses interessados gerando prejuízos, seja deliberadamente ou dando causa a eles.

e)XII – reter abusivamente livros, papéis ou documentos, comprovadamente confiados à sua guarda;

É muito interessante se analisar o termo *abusivamente* pois se a ação de retenção decorrer do estrito cumprimento do dever legal ou do exercício regular de direito não há que se falar em irregularidade, sob pena de estarmos despunibilizando à violação do sigilo empresarial. O fato de algumas peças contábeis devam ser publicadas, dependendo da estruturação da empresa, não implica dizer que toda escrituração é de livre acesso, pois, os documentos contábeis não são públicos. No entanto, quando regularmente requeridas por quem possuía o poder de fazê-lo deverão ser prestadas. É o caso de quando o administrador judicial requisita os livros contábeis para realizar a verificação dos créditos habilitados.

f) XIII – aconselhar o cliente ou o empregador contra disposições expressas em lei ou contra os princípios Fundamentais e as Normas Brasileiras de Contabilidade editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade;

Percebe-se que o próprio CEPC possui grande preocupação com as fraudes contábeis. Pode-se inferir tal conclusão nos vários incisos analisados eles remetem em algum ponto ao desvio de finalidade. O CEPC tratou de várias possibilidades do profissional serem corrompido: pelo suborno, pela submissão e pela corrupção. E aqui elencou a índole inescrupulosa onde, o próprio contabilista, maliciosamente, incita ao cliente à prática irregular, para esconder a fraude aos credores, para sonegar, e etc.

g) XVII – iludir ou tentar iludir a boa-fé de cliente ou empregador ou de terceiro, alterando ou deturpando o exato teor de documentos, bem como fornecendo falsas informações ou elaborando peças contábeis inidôneas;

Aqui o inciso prescreve, igualmente ao VIII, várias condutas:

1. Iludir, ou tentar, a boa-fé de :
 - a) cliente
 - b) emprego
 - c) terceiro
2. Fornecer falsas informações
3. Elaborar peça inibições

Note-se que os incisos anteriores tratavam de condutas anteriores ou posteriores as fraudes. Neste inciso relaciona-se, propriamente, a fraude, cuidando o CEPC das várias posições que ocupa o profissional com relação a empresa:

- a) Autônomo: relação profissional – cliente
- b) Emprego: relação profissional – empregador
- c) Usuários: relação profissional – terceiros

Por isto posto, a ação do profissional de iludir ou a tentativa desta, ainda que seja frustrada, a qualquer um dos supracitados por meios fraudulentos (alteração ou deturpação de documentos, informações falsas ou elaboração de meios inidôneos) causa a infração. No processo familimentar ela se caracteriza na fraude a credores pela manipulação de dados contábeis.

h) XX – elaborar demonstrações contábeis sem observância dos princípios Fundamentais e das Norma brasileiras de Contabilidade editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade;

Como dito no início do tópico as NBC e os Princípio Fundamentais da Contabilidade são normas de ordem cogente devendo ser seguidas por todos os membros da classe.

Portanto as fraudes caracterizam-se como tumores a essas normas, ou seja, algo anormal que não encontra subsídios legais. E como o próprio conceito de fraude lembra: é a modificação do que se encontra correto.

Tais condutas são com relação aos usuários da contabilidade. Mas o profissional tem deveres, também, para com sua classe e assim preleciona:

Art.11 (...)

II – Zelar pelo prestígio da classe, pela dignidade profissional e pelo aperfeiçoamento de suas instituições.

V – zelar pelo cumprimento deste Código.

Pode-se perceber que as fraudes não maculam apenas a imagem isolada do profissional como também ataca toda a categoria, que cai em descrédito perante a sociedade.

Em nada impede que uma ou mais condutas, o contador, acabe por infringir duas ou mais normas éticas cumulativamente e a elas serão imputadas as penalidades previstas no art. 12 .

Art. 12.: A transgressão de preceito deste Código constitui infração ética, sancionada, segundo a gravidade, com a aplicação de uma das seguintes penalidades:

I – advertência reservada

II – censura reservada

III -censura pública.

Parágrafo único. Na aplicação das sanções éticas são consideradas como atenuantes:

I - falta cometida em defesa de prerrogativa profissional;

II - ausência de punição ética anterior

III – prestação de relevantes serviços à Contabilidade.

As questões acerca das transgressões dos preceitos do Código de Ética são de competência do Conselho Regional de Contabilidade, ao qual o infrator estar inscrito, que funcionará como um Tribunal Regional de Ética que irá decidir o caso concreto, prolatando sentença da qual cabe recurso para o Conselho Federal de Contabilidade, na condição de Tribunal Superior de Ética e Disciplina.

Essa responsabilidade, decorrente da violação da norma disciplinar, será apurada conforme os ditames da Resolução do CFC nº que estabelece o procedimento para o processo ético-disciplinar, que seguirá os mesmos Princípios Gerais do Direito Processual, inclusive com a possibilidade do contraditório e da ampla defesa.

8 CONCLUSÃO

As divergências de procedimentos e condutas normalmente não trazem bons resultados no campo técnico, nem no aspecto ético. Assim a

legislação busca a uniformização das condutas para viabilizar o desenvolvimento da ciência e a convivência pacífica em sociedade.

As violações desses preceitos geram responsabilidades para o transgressor, que será obrigado à reparação do mal ou do dano que causou a terceiro.

Como exposto na justificativa, o ramo da contabilidade ainda é muito mal vista pelos seus usuários, mas isto se deve em muito pelas condutas de alguns profissionais da categoria que não têm suas ações pautadas na ética e nem na legalidade.

Um dos fatores que pode ter contribuído para esse *marketing* negativo é a carência, que se observa nas matizes curriculares do ensino superior nacional, de disciplinas que tratem das três esferas de responsabilidade do profissional contabilista – civil, penal e ética- quando do cometimento de ilícitos.

Ao realizar a presente pesquisa percebe-se que no Brasil poucos trabalhos acadêmicos vêm se detendo ao tema. Para Silva “existe uma deficiência no ensino da contabilidade no Brasil”. Segundo o autor, nas universidades, apenas “a contabilidade do bem é discutida. As práticas contábeis inadequadas não são estudadas”. Isso incute no graduando a sensação de impunidade, de que suas condutas são livres de reações.

Para recuperar a credibilidade da profissão e conscientizar os profissionais de que seus atos, além das implicações direitas sobre o patrimônio de terceiros, têm repercussões sociais de grande relevância é necessário a discussão desses temas na graduação, mais produção científica. Vale ressaltar o brilhante papel que o Conselho Regional de Contabilidade do estado do Ceará vem desenvolvendo perante a classe, com promoção de Palestras, Seminários, divulgações em periódicos e o apoio que vem prestando junto aos cursos superiores de contabilidade para gerar a capacidade de entendimento ético-jurídico e de determinação volitiva adequada para a categoria.

Com o escopo de viabilizar a faculdade de estabelecer julgamentos morais, éticos e penais dos atos realizados encerra-se este trabalho com a certeza de que a semente foi lançada e que para o seu desenvolvimento dependerá um trabalho muito mais árduo o qual deverá contar de todos, da união da classe contábil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORBA, Fernando Dal-ri Murcia e José Alonso Quantificando as Fraudes Contábeis sob duas óticas: Jornais Econômicos versus Periódicos Acadêmicos no período de 2001- 2004. Santa Catarina:2005. Disponível em <http://www7.rio.rj.gov.br/cgm/academia/artigos/arquivos/2005/01.pdf>. Acesso em: 9 março 2009.

BRASIL, Conselho Federal. Contabilidade. Resolução n° 803 de 1996. Institui o Código de Ética do Profissional Contabilista. **Princípios Fundamentais e normas brasileiras de contabilidade de auditoria e perícia**. Brasília: CFC, 2006. p.45-52.

BRASIL, Conselho Federal. Contabilidade. Resolução n°836 de 1999. Institui a Norma Brasileira de Contabilidade T 11 – IT – 03 – Fraude e Erro. **Princípios Fundamentais e normas brasileiras de contabilidade de auditoria e perícia**. Brasília: CFC, 2006. p336-344.

BRASIL, Lei n° 11.105 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência de empresário e da sociedade empresária. **Vade Mecum Saraiva**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1694-1716.

CERVO, Amado L.; BREVIAN, Pedro A. Métodos e Técnicas de Pesquisa. In: Metodologia Científica. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.

COIMBRA ,Valdinei Cordeiro. Os crimes falimentares na nova Lei de Falências. 2005. Disponível em: . Acesso em: 9 março 2009.

FAZZIO Junior, Waldo. Manual de Direito Comercial. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FILHO, Américo Garcia Parada. AS GRANDES EMPRESAS E AS SUAS FRAUDES CONTÁBEIS São Paulo: 2004 Disponível em: [//www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=20040122fraudecontabil](http://www.cosif.com.br/mostra.asp?arquivo=20040122fraudecontabil) >. Acesso em: 9 março 2009.

FILHO, Américo Garcia Parada. CONTABILIDADE CRIATIVA. São Paulo:2004. Disponível em: . Acesso em: 9 março 2009.

FORTES, José Carlos. Manual do Contabilista. Fortaleza: Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Ceará,2001.

FRAUDES CONTÁBEIS E INTERNAS INTRODUÇÃO E PANORAMA GERAL, São Paulo.2004, Disponível em: [//www.fraudes.org/showpage1.asp?pg=170](http://www.fraudes.org/showpage1.asp?pg=170)>. Acesso em: 9 março 2009.

MAMEDE, Gladston. Manual de Direito Empresarial. 4. ed. São Paulo: Atlas ,2009.

MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 31. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro:Forense,2007.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva,2005. v. 1.

PAMPLONA, Pablo Stolze Gagliano; FILHO,Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 6.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

PAPINI, [Marco Antonio. Controle interno evita fraudes e erros](#) São Paulo.2004Disponível em: . Acesso em: 9 março 2009.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES,Ester Muszkat. METODOLOGIA DA PESQUISA E ELABORAÇÃO DE DISSERTAÇÃO, Florianópolis.2001, Disponível em: <http://projetos.inf.ufsc.br/arquivos/Metodologia%20da%20Pesquisa%20a%20edicao.pdf>>. Acesso em: 26 junho 2009.

SILVA, Robson Passos de Castro e. Princípios Fundamentais de Contabilidade e Normas Brasileiras de Contabilidade. 1ª. ed. Fortaleza: Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Ceará,1999.

A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE IOF E IRPF SOBRE TRANSAÇÕES COM CRIPTOMOEDAS

VINICIUS DE ALMEIDA GONÇALVES:

Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas pela UNIGRAN, especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD e pós-graduando "lato sensu" em Direitos Difusos e Coletivos pela UEMS.

Dr. LUIZ RODRIGUES^[1]

(Orientador)

RESUMO: Em 2008, surgiu no ambiente virtual, proveniente de uma ideia que há muito tempo vem sendo desenvolvida e que foi colocada em funcionamento por Satoshi Nakamoto, a primeira criptomoeda: O Bitcoin. desde então os governos de diversos países vem buscando formas de impedir o crescimento e valorização do que é considerado a última revolução monetária. Nesse sentido o presente artigo aponta a evolução das moedas por toda humanidade, assim como o governo as controla e a possibilidade de cobrança de impostos, especificamente o IOF (Imposto sobre operações financeira) e o IRPF (Imposto de renda pessoa física), pelo governo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: CRIPTOMOEDA, BITCOIN, IMPOSTOS, IOF, IRPF.

ABSTRACT: *In 2008, it emerged in the virtual environment, coming from an idea that has been developed for a long time and that was put into operation by Satoshi Nakamoto, the first cryptomeo: The Bitcoin. since then the governments of several countries have been seeking ways to prevent the growth and appreciation of what is considered the last monetary revolution. In this sense, this article points out the evolution of the currencies for all humanity, just as the government controls them and the possibility of collecting taxes, specifically the IOF (Tax on financial transactions) and the IRPF (personal income tax) by the Brazilian government.*

KEY-WORDS: CRYPTOMOE, BITCOIN, TAXES, IOF, IRPF.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 1.1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO. 1.2. PANORAMA HISTÓRICO 3 2. CRIPTOMOEDA. 2.1. OS MOTIVOS PARA A VIABILIZAÇÃO DO BITCOIN. 2.2. BITCOIN É DINHEIRO? 2.3. BITCOIN E O GOVERNO. 2.4. TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL. 3. INCIDÊNCIA DO IOF E IR. 3.1. IOF CÂMBIO. 3.2. IMPOSTO DE RENDA. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a moeda metálica em formato circular ou a moeda de papel retangular com as facetas gravadas tem em sua imagem a definição de dinheiro. A maioria das pessoas não sabem explicar o porquê que aquele pedaço de papel ou de metal que não tem valor nenhum como produto carrega em si um valor monetário, as pessoas simplesmente recebem e as utilizam como forma de pagamento de um serviço ou na aquisição de um bem, mas a verdade é que nem sempre o dinheiro teve essa faceta, como é conhecida nos dias atuais, houve época em que o dinheiro não tinha representação física e, de certa forma, nos dias atuais, cada vez menos o dinheiro aparece de forma física e começa a nos apresentar de forma eletrônica e digital.

1.1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

Não se sabe ao certo a data inaugural do dinheiro, esse é um conteúdo nebuloso dentro da história econômica, mas é certo que nos primórdios da civilização, quando as pessoas se tornaram sedentárias, deixando o nomadismo de lado se fixando em uma determinado pedaço de terra e iniciaram de forma mais contundente as divisões e especializações do trabalho na sua forma mais primitiva.

Nesse momento da história houve a necessidade de se realiza trocas ou escambo, visto que um agricultor não conseguiria plantar trigo, pescar, criar gado, confeccionar as vestimentas ao mesmo tempo e para solucionar esse problema foram criando métodos de pagar por determinado produto ou serviço com produtos e não efetuando mais a simples troca. Da surgiram

as moedas-mercadorias, com o desenvolvimento e a necessidade de mais “dinheiro” e ter uma mobilidade maior foi desenvolvida a moeda metálica e logo depois o papel moeda.

Com o desenvolvimento do papel moeda e dos bancos, mais recentemente, foram desenvolvidas as moedas bancarias, uma forma que os bancos viram de entrar como um intermediário mais forte na relação estado-cidadão no se diz respeito ao controle e gasto do dinheiro.

1.2. PANORAMA HISTÓRICO

Até 2500 A.C não existia um sistema de mercado bem definido como surgiu posteriormente, para conseguir leite, um artesão que só faz sapatos precisa encontrar um produtor disposto a trocar leite por sapatos. Numa sociedade sem moeda, a saída era a troca de bens, que limitava o comércio.

Essa troca, conhecida como escambo, resume-se a pessoa que produzia mais do que o necessário para sua existência e de sua família trocava o que sobrava por outro produto que supria sua necessidade.

A posteriori, com a necessidade de pagamento por serviços surgiu a necessidade de eleger algum produto que tinha valor agregado para servir como pagamento. Uma das primeiras moedas utilizada pela humanidade foi o sal, por ter valor agregado, principalmente no interior da Europa.

Algumas mercadorias, pela sua utilidade, passaram a ser mais procuradas do que outras. Foi então que começaram a utilizar do sal, que era um commodity aceito pela maioria da população como moeda, circulando como elemento trocado por outros produtos e servindo para avaliar o seu valor. Eram as moedas-mercadorias.

Em outras comunidades em que a civilidade demorou a florescer, como o império asteca, que, segundo historiadores, existiu de forma pacífica entre os séculos XIV e XVI, utilizavam o cacau como moeda de troca de mercadoria e outros produtos como forma de pagamento de tributo.

O escritor Jack Weatherford (1999) conta no seu livro A História do Dinheiro:

Os astecas usavam chocolate como dinheiro, ou, mais precisamente, usavam sementes de cacau, geralmente chamados grãos. Com essas sementes de cacau, era possível comprar frutas e legumes como milho, tomates, pimentas, abóbora e amendoins. Joias de ouro, prata, jade e turquesa. Produtos manufaturados como sandálias, roupas, capas emplumadas, armaduras acolchoadas com algodão, armas, cerâmica e cestos. Carnes como de peixe, veado, pato. E produtos especiais como álcool e escravos.

No império romanos, centenas de anos antes, os soldados que precisavam receber algo que valha para as trocas e que poderiam ser utilizadas não só nos vilarejos onde viviam, mas em qualquer outro por onde passará, e não tendo mais o sal como a principal forma de pagamento começaram a surgir as moedas propriamente ditas, surgindo assim, anos mais tarde a moeda moderna.

Os primeiros metais utilizados na cunhagem de moedas foram o ouro e a prata. O emprego destes metais se impôs, não só pela sua raridade, beleza, imunidade à corrosão e valor econômico, mas também por antigos costumes religiosos.

A cunhagem de moedas em ouro e prata se manteve durante muitos séculos, sendo as peças garantidas por seu valor intrínseco, isto é, pelo valor comercial do metal utilizado na sua confecção. Assim, uma moeda na qual haviam sido utilizados vinte gramas de ouro, era trocada por mercadorias neste mesmo valor.

Ainda na Idade Média, surgiu o costume de se custodiar os valores com um ourives, com o objetivo de se ter mais segurança, visto que o transporte de moedas de ouro e prata se tornará muito perigoso, visto o aumento de furtos na época. Este, como garantia, entregava um recibo. Então os ourives funcionavam como bancos entregando os recibos que

correspondiam ao valor exato “depositado” na casa do ourives e o detentor de tal recibo poderia sacar a qualquer momento o valor correspondente ao lastro. Com o tempo, esses recibos passaram a ser utilizados para efetuar pagamentos, circulando de mão em mão e dando origem à moeda de papel.

A experiência de custódia levou a percepção de que a reconversão do papel moeda em pedras preciosas não era solicitada por todos os seus proprietários ao mesmo tempo e, além disso, novos depósitos eram feitos de forma constante.

Desta forma, os ourives/banqueiros, começaram de forma gradativa a emitir certificados sem lastro, ou seja, nesse momento começou o costume de se entregar recibos sem uma garantia física em mãos, baseado totalmente na confiança da comunidade nos custodiantes. Nesse mesmo momento temos a criação da moeda fiduciária e, também, da atividade bancária propriamente dita.

Nos dias atuais, a maioria dos sistemas fiduciários, apresentam as seguintes características:

Inexistência de lastro metálico, ou seja, não há nos bancos algum material com valor agregados que garanta que aquela nota de R\$100,00 tenha realmente o valor, sendo, então, toda a economia baseada na dívida do governo e em sua capacidade de gerar valor; a inconvertibilidade absoluta e o monopólio do estado na emissão da moeda fiduciária onde apenas o estado por meio do banco central e a casa da moeda podem emitir as moedas.

ABREU e COELHO (2009) assinalam que com a evolução do sistema bancário desenvolve-se outra modalidade de moeda a conhecida como moeda bancária ou escritural.

A moeda escritural é representada pelos depósitos existentes nos bancos ou instituições de créditos movimentados por cheques e que se encontrem à livre disposição dos seus depositantes. Representa também uma fonte adicional de meios de

pagamentos e permite a liquidação de transações sem necessidade da utilização da moeda emitida pelo governo.

As razões pela preferência dessa moeda são grandes: maior segurança, facilidades para liquidação de transações de elevado valor, precisão maior de registros, controles para fins contábeis e de comprovação de pagamentos, além da ampliação das possibilidades de obtenção de empréstimos via manutenção de saldos bancários.

Os motivos que fizeram a população utilizar essa moeda são variados, pois proporcionam maior segurança, facilidade para a liquidação das transações de elevado valor e maior controle.

Segundo Berchielli (2000), o uso da moeda escritural expandiu-se de tal forma que os depósitos à vista (em conta corrente) passaram a representar uma parcela muito maior do que o próprio papel-moeda em circulação.

Posteriormente, em alguns fóruns de discussão pela internet, começou a surgir a ideia de uma moeda totalmente digital, criptografada e, principalmente, sem nenhum intermediário. As primeiras ideias começaram a surgir por volta de 1998 com um texto do Wei Dai, onde ele exata a cripto-anarquia e mostra em como exemplo a criação de uma moeda que não teria o estado e instituições bancárias entre quem paga e quem recebe.

E em 2009 foi o marco da moeda totalmente digital, o Bitcoin se mostra como uma grande alternativa de moeda de troca.

2. CRIPTOMOEDA

Não nenhuma discussão sobre a importância da moeda fiduciária e suas vertentes para a vida na população mundial nos dias de hoje, nem da forma de como funciona sua emissão e em que a moeda está baseada para demonstrar seu valor.

A ganancia e a procura por ganhos extraordinários junto as falhas do sistema financeiros fizeram com que estourasse diversas crises de âmbito mundial como a mais famosa e maior de todos os tempos, a crise de 1929, conhecida também como a grande depressão, que causou uma mudança de paradigma na sociedade da época, deixando milhares de pessoas desempregadas pelo mundo.

O mesmo aconteceu na última grande crise, a maior desde o crash de 1929, que foi a crise de 2008, onde mais uma vez o mercado financeiro sucumbiu, bancos com mais de 100 anos de história declarando falecia nos estados unidos e pedido ajuda para o estado, pessoas que tinham seu dinheiro investidos nesses bancos perderam praticamente tudo, algumas ficando sem moradia.

Como afirma Fernando Ulrich (2014, p. 39)

Ao cidadão comum, resta assistir ao valor do seu dinheiro esvair-se, enquanto banqueiros centrais testam suas teorias, ora para salvar bancos, ora para resgatar governos quebrados, mas sempre sob o pretexto da inatingível estabilidade de preços. Na prática, a única estabilidade que existe é a da perda do poder de compra da moeda, e quanto a esta, a impotência da sociedade é absoluta.

Com crise de 2008 ficou evidente que o cidadão comum não tem controle algum sobre seu dinheiro, ficando totalmente nas mãos das arbitrariedades dos governos e do sistema bancário que é cúmplice e, de certa forma, dita todo esse ecossistema financeiro.

E, no olho do furacão da última grande crise econômica, precisamente no dia 31 de outubro de 2008, Satoshi Nakamoto, pseudônimo usado por uma pessoa desconhecida, publicava seu *paper*, "*Bitcoin: a Peer-to-Peer*^[2]*Electronic Cash System*" em uma discussão em fórum na internet.

Nakamoto(2008) se baseava em uma simples ideia de um "dinheiro eletrônico totalmente descentralizado e *peer-to-peer*, sem a necessidade

de um terceiro fiduciário” ou seja, o criador dessa nova ideia de dinheiro tinha como objetivo, na sua ideia inicial e que se estende até hoje, tirar todos os intermediários – bancos e os governos – fazendo uma moeda que seria autenticada pelo próprios usuários.

Nakamoto(2008) exemplifica a idéia de se tirar os intermediários em seu *paper*:

Uma versão puramente peer-to-peer de dinheiro eletrônico seria permitir que os pagamentos on-line sejam enviados diretamente de uma parte para outra sem o ônus de passar por uma instituição financeira.

Nas palavras de Wei Dai, escrito em 1998 e usado como referência para o Satoshi Nakamoto (2008), uma criptomoeda teria impactos extraordinários:

Eu estou fascinado com a cripto-anarquia do Tim May. Ao contrário das comunidades tradicionalmente associadas à palavra ‘anarquia’, em uma cripto-anarquia o governo não é temporariamente destruído, mas permanentemente proibido e permanentemente desnecessário. É uma comunidade em que a ameaça de violência é impotente porque é impossível, e a violência é impossível porque os participantes não podem ser vinculados aos seus nomes verdadeiros ou às localidades físicas [...].

Provavelmente o vislumbre mais importante acerca da visão de Satoshi sobre o sistema monetário e bancário vigentes esteja gravado no bloco gênese, o primeiro bloco do *blockchain* [3]. Às 18h15 do dia 3 de janeiro de 2009, nasceu o Bitcoin, com a primeira transação de sua história, transmitida à rede por Satoshi, registrada no bloco gênese.

Nakamoto lançou um algoritmo que permitiria a mineração (um sistema de software descentralizado paga, a cada 10 minutos, um bloco de Bitcoins para quem resolver primeiro uma série de operações de criptografia, que exige uma enorme capacidade de processamento.) de 21

milhões de bitcoin e quando chegar a esse valor não será “emitida” nenhuma moeda a mais.

Poucos dias após a transmissão do bloco inaugural do bitcoin foi disponibilizado a abertura, de forma gratuita, do *download* para o cliente Bitcoin, sendo esse o início do novo experimento monetários e bancário do século XIX.

Em abril de 2017 o número de bitcoins no mercado estava na casa dos 16 milhões, no dia 07 de maio de 2018 já se encontrava na faixa dos 17 milhões, como apresentado no gráfico abaixo e deverá crescer em um ritmo cada vez mais lento. O último bitcoin deverá ser emitido por volta de 2140.

2.1. OS MOTIVOS PARA A VIABILIZAÇÃO DO BITCOIN

Desde que se tem conhecimento sobre o desenvolvimento de novas tecnologias, mesmo as mais primitivas, é sabido que ela surge com a necessidade de determinada sociedade em melhorar alguns aspectos que estava atrapalhando o desenvolvimento da população. Desde a criação de uma ferramenta mais afiada para facilitar a caça, as descobertas de vacinas para a cura e posteriormente a prevenção de determinadas doenças e até mesmo a criação das primeiras moedas-metals para facilitar a compra e venda nas civilizações mais antigas.

A criação da criptomoeda não tem teve um viés de desenvolvimento diferente. Os motivos fundamentais que fizeram e impulsionaram a criação do bitcoin foi evidente, como já citado acima, a insatisfação com um sistema financeiro totalmente instável, o elevado nível de intervenção do estado e a perda da privacidade financeira.

Mas esses aspectos, exceto a perda da privacidade financeira, são milenares. Sempre houve uma grande intervenção estatal na vida financeira da população e sempre tivemos um sistema financeiro frágil, vide a crise das tulipas, em 1637, nos países baixos passando pela crise de 1929, crise do petróleo nos anos 70, passando pela bolha da internet no início do século XXI até chegar na última grande crise, em 2008.

Por que só houve uma ação prática para tentar mudar esse panorama apenas em 2009, com o lançamento do bloco gênese? Já que esse tema era debatido e a ideia era disseminada desde 1998, em um texto publicado por WeiDai?

Fernando Ulrich (2017) exemplifica que

[...] simplesmente porque, antes, uma tecnologia como a internet não estava disponível e madura como hoje está; de fato, a rede mundial de computadores foi o que viabilizou a criação do Bitcoin. A era da informação revolucionou diversos aspectos da cooperação social, e não poderia ser diferente com uma das instituições mais importantes para o convívio em sociedade, o dinheiro.

Ou seja, nunca na história se teve tanta tecnologia para que um sistema complexo com o *BlockChain* pudesse operar de forma totalmente segura, no que diz respeito a operação, para que se tornasse viável o surgimento de uma moeda que se baseasse na confiança de todos os usuário, mas, principalmente, na confiança de um sistema inquebrável.

2.2. BITCOIN É DINHEIRO?

Entre as maiores discussões sobre o bitcoin é se esse algoritmo pode ser considerado dinheiro. Se voltarmos na definição de dinheiro, podemos notar que desde a moeda-mercadoria até as moedas bancárias pode-se perceber que a busca por uma moeda universal, ou seja, uma moeda que seja reconhecida e aceita por todos.

Alguns economistas, como o Peter Šurda, não consideram o bitcoin pelo fato da universalidade, é considerada um meio de troca, mas faltando o fato de a universalidade, sendo considera um meio de troca secundário.

Ulrich (2017) em seu estudo sobre o bitcoin, cita Franck Shostak, onde ele menciona em seu *paper* que Bitcoin "não é uma nova forma de dinheiro que substitui formas antigas, mas na verdade uma nova forma de empregar dinheiro existente em transações. Uma vez que Bitcoin não é

dinheiro de verdade, mas meramente uma nova forma diferente de empregar a moeda fiduciária existente, ele não pode substituí-la”

No seu texto, Ulrich(2017) afirma ainda queo bitcoin

é o que Mises classifica como dinheiro commodity ou dinheiro mercadoria. Mas não no sentido material, tangível, como normalmente se entende, e sim no sentido de “dinheiro propriamente dito” (conforme o termo *Money proper* usado por Mises em *Theory of Money and Credit*). O dinheiro propriamente dito é simplesmente o “bem econômico” usado como dinheiro, independentemente de qual bem-este seja. Como esclarece Mises, “a característica decisiva de um dinheiro commodity é o emprego para fins monetários de uma commodity no sentido tecnológico [...]”.

É uma questão de indiferença completa qual commodity em particular ela seja; o importante é que a commodity em questão constitua o dinheiro, e que o dinheiro é meramente esse commodity”

Portanto, bitcoin é uma moeda de troca, ainda não universal, mas que com o passar do tempo pode se tornar uma das principais moedas de troca e uma das mais utilizadas. basta notar o volume de transações feitas com bitcoin nos dias atuais. Pegando as informações fornecida pelo site *BlockChain*, entre os dias 08/05/2018 e 09/05/2018 mais de \$1,193,387,021.53 de dólares foram movimentados isso equivale a 128,017.77380988 BTC(Bitcoins):

TRANSACTION SUMMARY

Total de Taxas de Transação (BTC)	36.12740223 BTC	Ver Gráfico
Número de Transações	203.676	Ver Gráfico
Valor Total de Saída (BTC)	1.044.567.72173807 BTC	Ver Gráfico
Volume Estimado de Transações (BTC)	126.017.77380988 BTC	Ver Gráfico
Volume Estimado de Transações (USD)	\$1.193.387.021.53	Ver Gráfico

FIGURA 2 [HTTPS://BLOCKCHAIN.INFO/PT/STATS](https://blockchain.info/pt/stats) 09/05/2018

Dessa forma podemos analisar que o bitcoin não é uma moeda desprezível como conceitua o economista Frank Shostak (2013) que dinheiro eletrônico não substituirá o papel-moeda fiduciário.

2.3. BITCOIN E O GOVERNO.

Da criação do bitcoin, em 2009, até 2013 os governos não davam nenhuma importância a essa nova metodologia de mercado que havia tornado Nakamoto tornado real pelo simples fato de terem o mesmo pensamento que o Peter Šurda e Frank Shostak tem em relação à moeda, o bitcoin nunca se tornaria uma ameaça minimamente real para os Países, principalmente para os Estados Unidos.

Mas em 2011, por motivos aquém da função imaginada pelo criador, o FBI desmontou um sistema de tráfico de drogas na *DeepWeb*^[4] através de um site conhecido como *Silk Road*^[5] que vendia drogas e materiais para construção de armas de forma anônima utilizando os mecanismos oferecidos pela *DeepWeb* e, para garantir o total anonimato dos consumidores, era utilizado o bitcoin como a moeda de troca visto que a mesma não poderia ser rastreada.

O site foi tirado do ar em 2013 pela FBI e, na reclamação criminal do Dread Pirate Roberts, pseudônimo do Ross William Ulbricht, criador do site, aponta que entre 2011 e 2013 foi movimentado mais de \$ 1,2 bilhões de dólares em bitcoin o que fez com que a moeda se valorizasse, passando a valer mais de mil dólares cada bitcoin.

Depois desses acontecimentos os governos começaram a pensar em alternativas para barrar a distribuição, uso e a aceitação da moeda, o que foi um fracasso visto que era uma moeda que não pode ser rastreada, visto que não há um órgão regulamentador que determina todos os passos da moeda.

Com a quebra, em 2014, de uma das maiores *Exchange*^[6] de bitcoin, o valor da moeda caiu de forma drástica, fazendo com que houvesse uma grande evasão de seus usuários. A partir daí o valor da moeda estagnou e não se viu uma manobra governamental forte na tentativa de regulamentação.

Mas com a estagnação da moeda houve também um grande número de novos usuários pelo mundo, no Japão, por exemplo, a principal criptomoeda é usada de forma legal e aceita em mais de 4.500 lojas.

Após o colapso da MtGox, a maior Exchange de bitcoin do país que foi supostamente hackeada, perdendo 850 mil bitcoins, os reguladores japoneses entraram em ação. Mas ao invés de tentarem deter o uso das criptomoedas, eles divulgaram regulamentos que exigiam permutas para manter reservas de capital, mantendo os fundos dos clientes separados e também implementou os procedimentos de KYC, ou seja, mesmo num sistema onde a primazia das transações consiste no anonimato, os japoneses desenvolveram um sistema onde se tornou possível identificar o proprietário do dinheiro em uma das pontas da transação. Sistema essa, num desenvolvimento da regulamentação da moeda, que pode possibilitar o estado cobrar os impostos referente ao fato gerador.

Enquanto o Japão pensa em formas de incorporar o bitcoin em seu mercado, muitos governos ocidentais fazem a caça às bruxas e, nesse caso, o herege são os usuários das criptomoedas e a bruxaria são as criptomoeda.

Através de regulamentos rigorosos e a tentativas de criminalizar a utilização da moeda alguns países tentam minar o crescimento da moeda. Países como Islândia, Vietnã, Bolívia e Equador não permitem a utilização da moeda em seus territórios, outros países pensando em fazer

regulamentação severa, pois tem um mercado totalmente aberto e não pode se fechar para a nova moeda fiat como Estados Unidos, Alemanha, França e o Brasil.

2.4. TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL.

No Brasil há um grande embate sobre o mercado da criptomoeda, mesmo com um crescimento exponencial na utilização e mineração da moeda no Brasil. Órgãos governamentais vêm travando uma cruzada contra a moeda digital.

Em 2015 foi protocolado o projeto de lei N.º 2.303, de autoria do Deputado Áureo (SD/RJ), com o intuito de regulamentação do uso pelo Banco Central do Brasil, tributação e outras questões inerentes a moeda. Hoje a lei está em tramitação, aguardando a instalação de comissão temporária para que possa ser votada em plenário.

O Banco Central do Brasil, em 2017, publicou um comunicado informando que não nenhum tipo de regulamentação e por isso não é uma forma segura de se investir.

No Comunicado nº 31.379, de 16/11/2017, item 4, explana que:

"4. As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais."

A Comissão de Valores Mobiliários- CVM, pelo ofício circular nº 1/2018/CVM/SIN, proibindo os fundos de investimento adquirirem a moeda eletrônica como investimento, assim como fazem com o dólar e o euro.

Assim, no entendimento da área técnica da CMV (2018):

é inegável que, em relação a tal investimento, há ainda muitos outros riscos associados à sua própria natureza (como riscos de ordem de segurança cibernética e particulares de custódia), ou mesmo ligados à legalidade futura de sua aquisição ou negociação.

Com a caça do Estado para tentar minar a nova moeda, uns países tentando inviabilizá-la outros tentando limitá-la para que não exista mais o crescimento da moeda e o que fica nas entrelinhas de toda essa preocupação do estado com a criptomoeda é: como o estado pode cobrar os devidos impostos sobre as transações financeiras, como IOF- Imposto sobre Operações Financeiras que é o principal imposto cobrado sobre os investimentos feitos na variação cambial e o IR- Imposto de Renda que é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

3. INCIDÊNCIA DO IOF E IR.

O Imposto sobre Operações Financeiras, ou IOF, incide sobre as operações de crédito sendo elas o cartão de crédito, cheque especial, empréstimos, financiamentos, câmbio, seguros, compra e venda de títulos e valores mobiliários. As alíquotas do IOF variam conforme a operação realizada e seu lançamento é feito diariamente, mas seu recolhimento é feito de forma mensal.

O IOF funciona como um instrumento da União para tentar controlar o mercado e a economia, com base na arrecadação de tal imposto a União, ou governo federal, pode acompanhar com mais precisão a demanda e a oferta de crédito.

Nas palavras de Ricardo Alexandre (2017), o imposto possui clara finalidade extrafiscal, pois possibilita a União intervir no funcionamento do mercado financeiro, “aquecendo-o” ou “esfriando-o” de acordo com a necessidade”

O imposto sobre operações financeiras, por incidir no mercado de forma a regulamentar tal economia, pode ser alterado a qualquer momento, sem depender de previa aprovação do congresso nacional, facilitando ainda mais o controle de crédito no mercado.

A Constituição Federal, em seu artigo 153, V, atribui à União a competência para instituir o imposto sobre a operação de crédito e essa competência essa que é ratificada e dado o seu fato gerador pelo CTN, vejamos o texto, *in verbis*:

“Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

III - quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.”

Como já dito anteriormente o IOF incide sobre as operações referente a crédito, câmbio, seguros, compra e venda de títulos e valores mobiliários.

Sobre o cartão de crédito, o Imposto sobre Operações Financeiras não incide sobre a compra em si, parcelada ou avista, mas quando o consumidor deixa de pagar uma fatura e a operadora refinancia aquele valor saldo o IOF incide sobre o valor refinanciado. Nesse caso, todo o valor que deixou de ser pago é taxado segundo a alíquota aplicada a empréstimos: 0,38% + 0,0082% ao dia, porcentagem cobrada durante o intervalo entre a data de vencimento e o pagamento total da fatura, para pessoas físicas. Sendo que teto dessa cobrança é de 3%, relativo a 365 dias. A cada transação no exterior, é cobrado IOF de 6,38% sobre o valor utilizado.

Em relação ao empréstimo consignados e cheque especial o IOF incide de forma distinta, o primeiro está sujeito a alíquota diária de 0,0082% e taxa adicional de 0,38 sobre o valor total da operação pois se trata de empréstimo e o segundo são duas alíquotas lançadas sobre o saldo devedor: 0,0041% ao dia e mais 0,38% sobre o acréscimo do saldo devedor.

A incidência sobre operações de seguro e operações relativas a títulos e valores mobiliários se tem o teto da alíquota do IOF sobre operações de seguro também é de 25% se tratando de operações de seguro, na prática, os percentuais são bem inferiores. Para seguros privados de assistência à saúde a alíquota é de 2%. Em casos de resseguro, seguro obrigatório, seguro vinculado a financiamento de imóvel, exportação e transporte internacional, entre outras modalidades, não há incidência de IOF.

Em relação as operações relativas a títulos e valores mobiliários o percentual de IOF sobre negociação, tanto de compra como de venda, de títulos ou valores mobiliários está limitado a 1,5% ao dia. Entretanto, a alíquota vigente é zero, exceto em algumas operações. Em aplicações realizadas por investidores estrangeiros em fundos mútuos de empresas emergentes e nos fundos de investimento imobiliário a alíquota de IOF é de 1,5% ao dia, sendo limitada a 10%.

3.1. IOF CÂMBIO

Essa modalidade de IOF é o ponto principal dessa discussão, visto que a criptomoeda, além de ser utilizada como moeda de troca para aquisição de bens, mesmo que não seja utilizada de forma corriqueira nos dias atuais, é utilizada como reserva por muitas pessoas como reserva de cambio. Quando a economia de um determinado país não vai bem e há uma desvalorização da moeda de forma crescente, alguns investidores procuram melhores formas de guardar o valor do seu dinheiro em uma moeda mais valorizada e, futuramente, poder fazer trades com o intuito de aproveitar a desvalorização da moeda primária para ganhar mais pecúnia.

A primeira pergunta que vem em relação ao IOF em relação ao câmbio é: Qual o fato gerador de tal imposto? e qual a alíquota?

O art. 11 do Decreto nº 6.306, DE 14 de dezembro DE 2007 que regulamentou o IOF em relação ao câmbio, diz que:

“Art. 11. O fato gerador do IOF é a entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este (Lei nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso II).

Parágrafo único. Ocorre o fato gerador e torna-se devido o IOF no ato da liquidação da operação de câmbio.”

Portanto, a movimentação de moeda estrangeira ou nacional, documentos que a representem, ou sua colocação à disposição em montante equivalente a moeda estrangeira ou nacional fará com que incida e torne possível a cobrança do IOF.

A sujeição ativa do IOF câmbio é semelhante à do IOF crédito. O sujeito passivo do tributo que se discute é estabelecido pelo art. 66 do CTN. Dessa forma, o legislador ordinário pode eleger como contribuinte ou

responsável qualquer dos indivíduos que participam da operação sujeita ao IOF câmbio. O disposto no art. 6º da Lei 8.894/94 ficou encarregado dessa tarefa e estabelecem como contribuintes os compradores ou vendedores de moeda, a depender da operação. Os responsáveis, por sua vez, são as instituições autorizadas a operar em câmbio.

Necessário trazer o texto do artigo 6º da Lei 8.894/94, *in verbis*:

“Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.”

O inciso II do art. 64 do CTN estabelece a base de cálculo do IOF câmbio como o montante de moeda nacional envolvido na operação, o que vem a ser especificado de forma criteriosa no art. 14 do Decreto nº 6.306 de 2007:

“Art. 14. A base de cálculo do IOF é o montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição, correspondente ao valor, em moeda estrangeira, da operação de câmbio (Lei nº 5.172, de 1966, art.64, inciso II).”

A alíquota máxima estabelecida pelo art. 5º da Lei 8.894/94 é de 25%, o que pode configurar, segundo o entendimento de alguns, confiscatória.

Assim, o valor eleito pelo Poder Executivo é muito inferior ao máximo, encontrando-se no art. 15 do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007 que regulamenta a cobrança de IOF.

3.2. IMPOSTO DE RENDA

O imposto de renda é um imposto com finalidade fiscal, sendo essa a maior fonte de arrecadação dentre os impostos federais.

O imposto de renda é cobrado de forma progressiva sobre os bens dos contribuintes, ou seja, quanto mais proventos o contribuinte detém e renda gerada durante o ano fiscal uma porcentagem maior ele irá pagar.

O fato gerador do tributo é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda e de proventos de qualquer de natureza, ou simplesmente o acréscimo de patrimônio. Renda é o produto do capital, ou do trabalho, ou da combinação de ambos. Já proventos são todos os outros acréscimos patrimoniais como aposentadorias, pensões e doações.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

III - renda e proventos de qualquer natureza;

A definição legal do fato gerador do imposto de renda consta do art. 43 do Código Tributário Nacional, conforme abaixo transcrito:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1o A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2o Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Quando analisamos o art. 43, II, do CTN verificamos onde pode haver a incidência do imposto sobre a aquisição ou geração de criptomoedas. O inciso II expõe que proventos de qualquer natureza entendidos como acréscimos patrimoniais, ou seja, legalmente há a possibilidade de que o Estado cobre, caso consiga achar meios para fiscalizar a movimentação e acréscimo nos bens do contribuinte, visto que as criptomoedas podem ser considerada renda sendo produto de trabalho ou do capital visto que a mesma pode gerar valorização de acordo com o mercado ou provento, visto que a criptomoeda pode vir como bonificação paga pelo empregador.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dinheiro, independente da forma que assumiu ou porventura venha assumir, é um produto social fruto da evolução da sociedade, que acompanhou os passos da humanidade em suas mudanças sociais. Portanto, não há o que se falar em algo inédito o fato de o dinheiro ter sofrido a incidência do campo tecnológico, principalmente no que tange a transferência de ativos.

Desde o seu processo de criação, o *Bitcoin* vem indicando ser uma tecnologia revolucionária que já está apresentando diversas benfeitorias à sociedade, principalmente com a inovação financeira das moedas virtuais.

Apesar de inovadora, necessário se faz não olvidar de possíveis consequências negativas do seu uso, tais como lavagem de dinheiro e evasão de divisas, uma vez que não há uma regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro para a transferência das *bitcoins* ou criptomoedas, em especial no âmbito tributário e cambial.

A título de exemplificação, ao analisarmos um *case* do Japão, onde o uso da moeda foi incorporado ao mercado, o Governo Japonês viu a ineficiência na tentativa de criminalizar a posse e a transação da moeda

digital e incorporou a mesma no sistema monetário do país, uma vez que controlá-la de forma coercitiva não levaria ao seu fim.

Utilizando um sistema novo, o governo japonês, que detém o controle da movimentação financeira das pessoas e dos comércios, pode, a partir dos pontos (pessoa física e pessoa jurídica), controlar uma porcentagem das criptomoedas que circulam no país.

Trazendo essa realidade para o Brasil, no tocante a legalização e utilização da moeda nos comércios brasileiros, o governo teria a oportunidade de ver a movimentação tanto de entrada do dinheiro digital nas empresas quanto a saída das pessoas físicas usando o mesmo sistema que é utilizado para mapear e cobrar, caso não seja pago e declarado, o Imposto de renda e abocanhar, no momento da transação, o IOF.

Portanto, é importante estudar as suas consequências jurídicas e econômicas com o objetivo de conhecer quais hipóteses seriam mais apropriadas, por parte do Estado Brasileiro, para lidar com esse novo fenômeno no campo das leis, evitando eventuais crimes que possam ocorrer pela falta de regulamentação. Contudo, no caso de posituação do instituto das criptomoedas, gênero que abarca a espécie *bitcoins*, não é justo existir óbice ao seu desenvolvimento livre, marca constante dos institutos supramencionados.

Por fim, o entendimento é que na falta de regulamentação, necessário se faz uma aplicação analógica para solucionar eventuais lides que surgirem entre os usuários das criptomoedas, preservando as características essenciais das moedas digitais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Yolanda Vieira de. Evolução histórica da moeda estudo de caso: Brasil (1889 – 1989) / Yolanda Vieira de Abreu, Sanay Bertelle Coelho. – Málaga, Espanha: Eumed.Net, Universidade de Málaga, 2009.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. **Salvado: JusPodivm**, 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Moedas Virtuais. Disponível em: . Acesso em: 20maio. 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL, item 4Comunicado nº 31.379, de 16/11/2017<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017>. Acesso em: 20 maio. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em 20 maio 2018.

BRASIL. Código Nacional de Trânsito. Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966. Instituiu o Código Nacional de Trânsito. República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em 20 maio 2018.

BRASIL. Decreto Nº 6.306, de 14 de Dezembro de 2007. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Disponível em: . Acesso em 20 maio 2018.

CAMPOS Eduardo e JUBE Andréa. Transferências de recursos ao exterior pagarão IOF de 1,1%. **Valor Econômico**. Brasília, 01 de março de 2018. Disponível em <<https://www.valor.com.br/financas/5356407/transferencias-de-recursos-ao-externo-pagarao-iof-de-11>> . Acesso em 15 de outubro de 2018.

EXAME, Revista. “Corretoras” de Bitcoin crescem até 1.400% no faturamento em 2017. Disponível em: . Acesso em: 20maio. 2018.

FONSECA, Luciene Schulz: **Noções de Direito Tributário**. INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA – PARANÁ, 2012, pg. 55-56

IOF (Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativo a títulos mobiliários). Site institucional da Receita Federal – Ministério da Fazenda. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/imposto-sobre-operacoes-de-credito-cambio-e-seguro-ou->

[relativas-a-titulos-ou-valores-mobiliarios-iof.](#)> Acesso em 10 de outubro de 2018.

GAZIER, Bernard et al. **La crise de 1929**. HAL, 2009.

GREMAUD, Amaury Patrick et al. A política econômica na passagem do século XIX para o XX: controvérsias em torno da questão monetária. In: **Caxambu: Anais do V Congresso Brasileiro de História Econômica-ABPHE**. 2003.

HARARI, YuvalNoah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. L&PM, 2015.

História da Moeda. Portal São Francisco. Disponível em: <<https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/historia-da-moeda>> Acesso em 12 de outubro de 2018.

LUKIC, Melina de Souza Rocha; MONTENEGRO, Matheus Reis. Tributos em espécie. **Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro**, 2014.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A peer-to-peerelectronic cash system. 2008.

Origem e Evolução do Dinheiro. Site institucional do Banco Central do Brasil. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/htms/origevol.asp>> . Acesso em 14 de outubro de 2018.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. LVM Editora, 2017.

UMPIERES, Rodrigo Tolotti. CVM proíbe fundos de investir em Bitcoin e outras criptomoedas. InfoMoney. São Paulo, 12 jan, 2018. Disponível em <<http://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7205615/cvm-proibe-fundos-investir-bitcoin-outras-criptomoedas>> . Acesso em 01 de outubro de 2018.

VIEIRA, João Pedro. A História do Dinheiro. João Pedro Vieira. Academia das Ciências de Lisboa. Lisboa, 2017

WEATHERFORD, Jack. A história do dinheiro. **São Paulo: Negócio Editora**, 1999.

W. Dai, "b-money," <http://www.weidai.com/bmoney.txt>, 1998.

NOTAS:

[1]Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais, UMSA - Buenos Aires, Argentina. Mestre em Direito Tributário Contemporâneo, Universidade Católica de Brasília, Brasília-DF. Pós-graduado em Direito Constitucional, Universidade do Tocantins, Palmas- TO. Pós-graduado em Direito Tributário, Universidade do Tocantins, Palmas-TO. Graduado em Direito, Universidade Federal do Tocantins, Palmas-TO.

[2]É uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central, sem intermediários.

[3]A blockchain é uma tecnologia que visa a descentralização como medida de segurança. São bases de registros e dados distribuídos e compartilhados que têm a função de criar um índice global para todas as transações que ocorrem em um determinado mercado

[4]DeepWeb se refere ao conteúdo da World Wide Web que não é indexado pelos mecanismos de busca padrão, ou seja, não faz parte da do que nos conhecemos com a internet normal;

[5]Silk Road foi um mercado operante através da deep web que utilizava a rede Tor, assegurando assim o anonimato de compradores e vendedores no comércio de produtos ilícitos, particularmente estupefacientes. O site foi lançado em fevereiro de 2011. Os compradores podiam registrar-se na Silk Road de graça, mas o vendedor devia adquirir novas contas por meio de leilões para supostamente mitigar a possibilidade de indivíduos mal-intencionados distribuírem mercadorias danificadas. A partir de 2012, as vendas anuais eram estimadas em 22 milhões de dólares norte-americanos;

[6]Exchange nada mais é do que uma casa de câmbio, onde o usuário pode trocar a moeda fiat ou fiduciária por criptomoeda. As Exchange servem tanto para realizar as transações quanto para orientar o usuário.

Portanto, escolha uma empresa sólida e confiável para garantir a segurança e a legalidade do seu dinheiro.

DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NOS ESTACIONAMENTOS ROTATIVOS PÚBLICOS NO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO-BAHIA.

RAMON SANTOS BEZERRA DE LIMA:
Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina-FACAPE.

WÂNIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho propõe a discussão sobre a delegação do poder de polícia, em especial a fiscalização de trânsito, no sistema de estacionamento rotativo, também conhecido como zona azul, no município de Juazeiro / BA, buscando a possibilidade ou não da delegação a empresa de direito privado, apresentado através da legislação vigente, posições doutrinárias e julgados, bem como em como diferenciar fiscalização eletrônica de talonário eletrônico, e expor as atribuições do agente de trânsito na fiscalização de trânsito.

Palavras – Chaves: Poder de Polícia; Direito Administrativo; Zona Azul; Fiscalização de Trânsito; Juazeiro/BA.

ABSTRACT: This paper proposes the discussion about the delegation of police power, especially traffic control, to the rotary parking system, also known as the blue zone, in the municipality of Juazeiro / BA, seeking the possibility or not of the delegation to the company of private law, presented through the current legislation, doctrinal and judged positions, as well as in how to give electronic check of electronic checkbook, and expose the attributions of the traffic agency in the traffic supervision.

Key Words: Police Power; Administering Die; Blue Zone; Traffic Inspection; Juazeiro/BA.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo discutir a delegação do poder de polícia no sistema de estacionamento rotativo da cidade de Juazeiro/BA. Deste modo, o poder de polícia é definido como medidas que possibilita o Estado limitar ou restringir direitos, interesses ou liberdade do cidadão para benefício do interesse coletivo.

Isto posto, cabe salientar que frente ao limitado conteúdo sobre o tema proposto, o mesmo irá basear – se no direito administrativo para melhor entendimento dos limites que a constituição e a legislação municipal impõe, bem como o Direito de Trânsito através do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), e respectivas resoluções e portarias que irão elucidar sobre como deve ser procedida à fiscalização de trânsito, consequentemente a do sistema de estacionamento rotativo e por fim suas penalidades.

Para iniciarmos tal discussão deve – se compreender que para melhor aprimoramento dos serviços públicos, o Estado tem como auxílio o uso do poder de polícia presente em órgãos descentralizados da administração pública. Logo, cabe à Administração Pública constatar as infrações e aplicar penalidades aos cidadãos à disciplina administrativa (YASSUE 2016, p. 12).

No que se refere ao sistema rotativo de estacionamento também conhecido como zona azul, este tem como finalidade possibilitar maior rotatividade entre veículos através da oferta de vagas controladas por minutos e/ou horas.

Sobre a fiscalização deste sistema, o CTB em seu art. 24, trata sobre a responsabilidade de órgãos e entidades de trânsito dos municípios que devem implantar, manter e operar os sistemas rotativos pagos. Contudo, o que acontece na maioria das cidades, em especial na de Juazeiro – BA, o município delega o serviço, através de licitação à empresa de direito privado, a qual é garantida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 30, inciso V “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

Todavia, ainda que garantida pela CF/88 a concessão do serviço, a discussão proposta neste artigo se trata da fiscalização de

tal serviço, esta, atividade fim do estado, ao qual não é permitida à delegação a empresa direito privado. Mas, o que acontece na prática no município de Juazeiro/BA é que a empresa concessionária esta realizando esta fiscalização, serviço exclusivo dos agentes de trânsito, delegando de forma ilegal o serviço, alegando que se trata de fiscalização eletrônica.

Mediante o exposto, ao decorrer do trabalho busca - se através de levantamento bibliográfico e documental apresentar a possível delegação do poder de polícia no sistema rotativo de estacionamento do município de Juazeiro/BA, apresentando o poder de polícia na esfera administrativa, razão e fundamento do poder de polícia, sanções do poder de polícia, limite de atuação do agente público ao exercer o poder de polícia que lhe é conferido, bem como na legislação municipal e o que acontece na prática no município de Juazeiro/BA, e julgados acerca do tema.

2 O PODER DE POLÍCIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Com a evolução da sociedade o conceito de “polícia” foi se subdividindo em outras áreas no ordenamento jurídico, tais como a polícia administrativa e a polícia judiciária, esta exercendo função jurisdicional penal e aquela exercendo caráter fiscalizador através de órgãos da administração pública, a qual é o cerne do tema proposto deste artigo.

A polícia administrativa busca preservar o direito e o bem estar do cidadão através da limitação individual em face do interesse da coletividade.

Sabe-se que o Estado deve agir à sombra do interesse público, uma vez que há de se considerar em primeiro lugar, a supremacia do interesse público sobre o privado. Neste caso, não podendo se afastar dos preceitos do Princípio da Supremacia do Interesse Público. Para isso, a Administração Pública utiliza-se do Poder de Polícia.

Destarte, é importante observar o poder de polícia do Estado, buscando na doutrina o seu conceito:

Uma atividade da Administração Pública que se expressa por meio de seus atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas. (MARINELA, 2012 apud CARVALHO, 2015, p.128-129).

Também, é salutar registrar para Alexandre Mazza o “Poder de polícia é a atividade da Administração Pública, baseada na lei e na supremacia geral, consistente no estabelecimento de limitações à liberdade e propriedade dos particulares, [...] manifestando -se [...] em benefício do interesse público”.

Insta mencionar também um conceito clássico encontrado na doutrina:

É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir. (CAETANO 1977, p. 339 apud CARVALHO FILHO, 2014, p. 77).

Não obstante, no Direito Positivo o conceito de Poder de Polícia é encontrado no Código Tributário Nacional, em seu art. 78, e preconiza que este poder é a:

Atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas

dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Cumprе salientar que o Poder de Polícia é exercido pela Polícia Administrativa que para Bandeira de Melo (2009 apud CARVALHO, 2015, p. 129) é "*o poder expressável através da atividade de Polícia Administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas, é a contraface de seu dever de dar execução a estas leis*".

Assim, vê-se que o Poder de Polícia é exercido por meio da Polícia Administrativa, garantindo o interesse público em detrimento dos interesses individuais, tratando-se, pois, de uma atividade restritiva estatal.

2.1 RAZÃO E FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA

Em sua obra, MELLO (2006, p. 776), nos apresenta o fundamento do poder de polícia:

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma serie de direitos. Cumprе, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.

Sobre a razão do poder de polícia MEIRELLES (1996, p. 116) aponta o interesse social e o seu fundamento na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia esta que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.

O poder de polícia no que se refere à esfera administrativa se caracteriza por três atributos, são eles: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

Segundo MEIRELLES (2012, p.144 - 145), discricionariedade é um aspecto da Administração Pública que se dá pela livre escolha, pela administração, de uma oportunidade e conveniência para exercer o poder de polícia, bem como aplicar sanções estatais. Isto posto, tal atributo possui limites legais e, caso seja estabelecido em lei, nem sempre o poder de polícia será discricionário, podendo ser também vinculado.

Sobre a autoexecutoriedade, o autor aponta que "é a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário, é outro atributo do poder de polícia". Por fim, existe a coercibilidade, isto é, a imposição coativa das medidas adotadas pela administração, pois, todo ato de polícia é imperativo, sendo permitido o uso da força pública para o seu cumprimento.

3 SANÇÕES DO PODER DE POLÍCIA

A doutrina costuma conceituar o Poder de Polícia em duas acepções, que é o Poder de Polícia em sentido amplo e o Poder de Polícia em sentido estrito. Para Bandeira de Mello (2008, p. 809 apud DI PIETRO, 2014, p. 125) o Poder de Polícia em sentido amplo, corresponde à *"atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos"* e o Poder de Polícia em sentido estrito abrange:

As intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.

Considerando o Poder de Polícia em sentido amplo, há de se considerar os meios pelos quais a Administração Pública exerce as suas

sanções, que para Di Pietro (2014, p. 126), se dá “de modo que abranja as atividades do Legislativo e do Executivo” e os meios dos quais o Estado se utiliza são:

1. atos normativos em geral, a saber: pela lei, criam-se as limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções;
2. atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei a o caso concreto, compreendendo medidas preventivas (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença) , com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e medidas repressivas (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa) , com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.

Constitui fundamento do Poder de Polícia o interesse público, pois, para Carvalho Filho, 2014, p.83-84:

A intervenção do Estado no conteúdo dos direitos individuais somente se justifica ante a finalidade que deve sempre nortear a ação dos administradores públicos, qual seja, o interesse da coletividade. Em outro ângulo, a prerrogativa em si se funda na supremacia geral da Administração Pública. É que esta mantém, em relação aos administrados, de modo indistinto, nítida superioridade, pelo fato de satisfazer,

como expressão de um dos poderes do Estado, interesses públicos.

O Poder de Polícia cumpre sua finalidade intervindo nas relações privadas.

Desse modo, outra não poderia ser a finalidade dessa intervenção através do poder de polícia senão a de proteção dos interesses coletivos, o que denota estreita conotação com o próprio fundamento do poder, ou seja, se o interesse público é o fundamento inspirador dessa atuação restritiva do Estado, há de constituir alvo dela a proteção do mesmo interesse. Este tem que ser entendido em sentido amplo, para alcançar todo e qualquer aspecto, como o material, moral, cultural, ecológico etc. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 84).

Também, o âmbito de incidência do Poder de Polícia é bastante amplo, ou seja, onde há a atividade com a presença do indivíduo, o Estado age intervindo, pois de acordo com Carvalho Filho, 2014, p. 84:

Não há direitos individuais absolutos a esta ou àquela atividade, mas ao contrário, deverão estar subordinados aos interesses coletivos. Daí poder dizer-se que a liberdade e a propriedade são sempre direitos condicionados, visto que sujeitos às restrições necessárias a sua adequação ao interesse público.

4 LIMITE DE ATUAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO AO EXERCER O PODER DE POLÍCIA QUE LHE É CONFERIDO

Para exercer o Poder de Polícia, o Estado necessita de mecanismos, através dos quais irá fiscalizar a conduta dos indivíduos, que se dá por meio dos seus agentes fiscalizadores. Assim, diz Carvalho Filho, 2014, p. 87:

A fiscalização apresenta duplo aspecto: um preventivo, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um repressivo, que, em face da transgressão da norma de polícia, redundando na aplicação de uma sanção. Neste último caso, é inevitável que a Administração, deparando a conduta ilegal do administrado, imponha-lhe alguma obrigação de fazer ou de não fazer.

No entanto, há uma limitação para esse papel fiscalizador do Estado, uma vez que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis” (CRETELLA JR., 1986, p. 601 apud CARVALHO FILHO, 2014, p. 87).

É importante salientar que o Poder de Polícia apresenta como características a discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade, além da indelegabilidade.

Malgrado a celeuma acerca de ser um poder discricionário ou vinculado, a doutrina clássica brasileira entende ser o Poder de Polícia discricionário, pois nesse sentido diz Hely Lopes Meirelles (2002, p. 127 apud MAZZA, 2016, p. 452) ao conceituar o Poder de Polícia “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública”.

Já quanto à coercibilidade, Carvalho (2015, p. 134), entende que:

Torna o ato obrigatório devendo este ser obedecido independente da vontade do administrado, caso em que a Administração pode usar meios indiretos de coerção para cumprir a determinação. É o exemplo da aplicação de uma multa como forma de coagir o cidadão a não estacionar em determinada via pública. São inseparáveis a Autoexecutoriedade e a Coercibilidade.

Ainda, em Carvalho (2015, p. 134), encontra-se que:

A autoexecutoriedade está frequentemente presente nas medidas de polícia onde a Administração pode executar suas próprias decisões sem interferência do Poder Judiciário. Tal atributo apenas existe quando há lei permitindo ou situações urgentes, a exemplo de apreensão de alimentos inviáveis ao consumo. Em tais situações emergenciais, a doutrina admite, inclusive, a figura do contraditório diferido. Explique-se. Diante de uma situação extraordinária para garantia do interesse público, compete à administração a prática do ato de polícia, de forma a impedir o prejuízo à coletividade, conferindo o direito de defesa após a prática do ato. É o caso de um prédio que está prestes a ruir, configurando perigo à sociedade. O ente estatal pode determinar e executar a demolição do prédio, adiando o exercício do contraditório por parte do proprietário.

No tocante à indelegabilidade, é importante esclarecer acerca do Poder de Polícia Delegado, uma vez que:

Para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que sirva também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que

o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública. (CARVALHO FILHO, 2015)

Assim, entende-se que a mera delegação do Poder de Polícia parece não ser possível, mas há necessidade de um estudo mais profundo referente ao tema. E considerando, os estacionamentos rotativos públicos no município de Juazeiro, Estado da Bahia, é que surgiu a necessidade deste trabalho.

Cabe registrar que:

Em determinadas situações em que se faz necessário o exercício do poder de polícia fiscalizatório (normalmente de caráter preventivo), o Poder Público atribui a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos. Aqui o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos, sendo-lhe incabível, por conseguinte, instituir qualquer tipo de restrição; sua atividade limita-se, com efeito, à constatação de fatos. O mesmo ocorre, aliás, com a fixação de equipamentos de fiscalização de restrições de polícia, como os aparelhos eletrônicos utilizados pelos órgãos de trânsito para a identificação de infrações por excesso de velocidade: ainda que a fixação e a manutenção de tais aparelhos possam ser atribuídos a pessoas privadas, o poder de polícia continua sendo da titularidade do ente federativo constitucionalmente competente.

Nada há de ilícito em semelhante atribuição operacional. (CARVALHO FILHO, 2015, p.82).

Ainda, assim, há uma celeuma acerca da legalidade da fiscalização nos estacionamentos rotativos públicos na cidade de Juazeiro-BA.

Dessarte, em observância à legislação vigente e aos dispositivos legais do referido município é que se fará este estudo.

A Lei Municipal nº 2.254/2011 que altera a Lei nº 2.234/2011, dispõe sobre a criação de áreas de estacionamento rotativo regulamentado para veículos automotores e caçambas estacionárias, estabelece em seu art. 1º, que:

Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a instituir, nas vias e logradouros públicos do Município de Juazeiro, Estado da Bahia, o Sistema de Estacionamento Rotativo Regulamentado para veículos automotores e caçambas estacionárias, denominado Sistema Zonal Azul, estando sujeito ao pagamento de tarifa fixada pelo Poder Executivo.

Os arts. 1º e 2º do Decreto Municipal nº 295/2015, estabelece no s seguintes termos:

Art. 1º. O presente Decreto regulamenta as condições de exploração do Sistema de Estacionamento Rotativo Regulamentado para veículos automotores, caçambas estacionárias, motocicletas e afins, abreviadamente denominado Sistema Zona Azul no Município de Juazeiro, Estado da Bahia.

Art. 2º. A exploração e a execução dos serviços técnicos, administrativos e operacionais do Sistema Zona Azul serão realizados indiretamente por delegação a particulares, mediante concessão onerosa a pessoa jurídica de

direito privado por meio de concorrência pública [...].

Vale salientar que no dia 28 de março de 2016, foi publicado no Diário Oficial do Município o Termo de Contrato nº 329/2016, cujo contrato foi celebrado entre o Município de Juazeiro e a Empresa SinalPark Juazeiro Estacionamentos SPE S/A, cujo documento também será objeto de estudo deste trabalho, haja vista a necessidade de constatar se há delegação do Poder de Polícia e, se havendo, há legalidade no ato de delegação.

5 LEGISLAÇÃO MUNICIPAL:

Hoje o Município de Juazeiro, Estado da Bahia possui, conforme dados do Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN, uma frota de 97.995 (noventa e sete mil novecentos e noventa e cinco) veículos registrados, excluindo-se os veículos de outros municípios que circulam diariamente na cidade. Esse elevado número de veículos nas ruas da cidade Juazeiro vem causando alguns transtornos nas operações de circulação e estacionamento. Outrossim, é de grande relevância a atenção dada às operações de estacionamento, mediante regulamentação dos estacionamentos de veículos automotores, motocicletas e afins, com a implantação do denominado sistema zona azul no Município ora referido.

Destarte, surgem algumas discussões e grande insatisfação dos munícipes, usuários das vias, especificamente, das vagas de estacionamento de Juazeiro-Ba acerca de suposta delegação de poder de polícia no tocante à fiscalização nos referidos estacionamentos, visto que houve contratação de empresa concessionária que explora os estacionamentos de veículos automotores de forma que as monitoras da empresa vêm constatando as infrações, isto é, a falta de pagamento nas vagas de zona azul, bem como o tempo excedido, adquirido por meio de bilhete no parquímetro.

A análise aqui proposta não é a implantação dos estacionamentos rotativos, tampouco a contratação de uma terceirizada para executar os serviços de controle de rotatividade de veículos, mas a ilegitimidade dos autos de infração com base na irregularidade destes veículos que vêm

sendo praticada no município de Juazeiro-BA por seus monitores e não por o agente de autoridade de trânsito.

A priori devemos nos atentar a legislação vigente para justificar a sua irregularidade. Primeiro, sobre a autuação, disposto na Lei 9.503/1997, art. 280, § 2º a § 4º:

§ 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN.

§ 3º Não sendo possível a autuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte.

§ 4º O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

Isto posto, segundo o código de trânsito compete à autoridade de trânsito e seus agentes lavrar o auto de infração do veículo que encontra – se em irregularidade.

Conforme, o decreto municipal 295/15, art. 22. a empresa concessionária deverá reter sua própria equipe de operadores que irão monitorar as áreas de abrangência da Zona Azul no município de Juazeiro - BA, logo, cabe às monitoras apenas o monitoramento do sistema zona azul, cabendo à fiscalização a Companhia de Segurança, Trânsito e Transporte –

CSTT, conforme o Art.23 do decreto supracitado, devendo ainda a empresa disponibilizar aparelhos eletrônicos para fiscalização de trânsito municipal, conforme Art. 4, V, do referido decreto e em consonância com a cláusula nona, item 9.12 do contrato nº329/16.

O contrato, ainda traz em sua cláusula décima, item 10.2, sobre as obrigações da concedente, a qual deve promover a fiscalização do policiamento de trânsito, nas áreas existentes de zona azul, escalando um policial ou um agente de trânsito para cada 150 vagas de estacionamento, bem como veículos e equipamentos com a finalidade de minimizar as infrações e irregularidade na utilização das vagas.

Diante o exposto podemos perceber que o legislador municipal e o contrato que o executivo celebrou com a empresa concessionária são eivados de legalidade, tendo em vista que estão em conformidade com o ordenamento jurídico atual, assim o questionamento sobre a delegação do poder de polícia, que é o objeto de estudo desta pesquisa, não é constatado de forma direta na legislação municipal.

5.1 NA PRÁTICA

Em discordância com a legislação vigente, a prática no município de Juazeiro/BA, nenhum agente de trânsito ou policial militar conveniado exerce a fiscalização referente ao sistema zona azul, nem mesmo a empresa fornece os equipamentos eletrônicos para o órgão executor de trânsito do município, CSTT. Desde o início de sua operação o sistema zona azul de Juazeiro/BA opera seu sistema na ilegalidade, onde a empresa concessionária, através de suas monitoras, estas funcionárias celetistas de empresa privada, fiscalizam os veículos com os equipamentos eletrônicos que deveriam ser destinados ao órgão de trânsito e "lavram o auto de infração".

O trabalho destas monitoras é baseado em "entendimento" da empresa concessionária que alega que se trata de fiscalização eletrônica, por sua vez o órgão de trânsito valida os autos da empresa que após a validação se transformam em infração de trânsito e são emitidas na matrícula da autoridade de trânsito municipal, mas o que a concessionária

alega ser fiscalização eletrônica, na verdade é o talão eletrônico operado por suas monitoras.

A resolução 619/16 do DENATRAN, de forma explícita reitera quem é o responsável pela lavratura do auto de infração e ainda regulamenta a forma que este poderá ser lavrado:

Art. 3º Constatada a infração pela autoridade de trânsito ou por seu agente, ou ainda comprovada sua ocorrência por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnológico disponível, previamente regulamentado pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, será lavrado o Auto de Infração de Trânsito que deverá conter os dados mínimos definidos pelo art. 280 do CTB e em regulamentação específica.

§ 1º O Auto de Infração de Trânsito de que trata o caput deste artigo poderá ser lavrado pela autoridade de trânsito ou por seu agente:

I - por anotação em documento próprio;

II - por registro em talão eletrônico isolado ou acoplado a equipamento de detecção de infração regulamentado pelo CONTRAN, atendido o procedimento definido pelo Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN;ou.

III - por registro em sistema eletrônico de processamento de dados quando a infração for comprovada por equipamento de detecção provido de registrador de imagem, regulamentado pelo CONTRAN.

§ 3º O registro da infração, referido no inciso III do § 1º deste artigo, será referendado por autoridade de trânsito, ou seu agente, que

será identificado no Auto de Infração de Trânsito.
(Resolução 619/16, DENATRAN, grifo meu).

Podemos observar que no inciso III da resolução acima, há a definição da fiscalização eletrônica, que é um sistema eletrônico de processamento de dados comprovado por equipamento de detecção provido de registrador de imagem que posteriormente será referendado pela autoridade de trânsito ou seu agente, ou seja, é um equipamento que captura as infrações através de seu registrador de imagem, de forma automatizada.

À fiscalização eletrônica é popularmente conhecida como "radar" ou "pardal", se dá por meio de equipamentos que utilizam tecnologia geralmente para aferir o excesso de velocidade dos veículos que trafegam na via, avanço de sinal vermelho entre outras infrações que podem ser constatadas através destes equipamentos.

O "radar" fixo é um exemplo de fiscalização eletrônica, é equipamento que captura a imagem e armazenam dados pré-estabelecidos como endereço e o tipo de infração para que posteriormente sejam encaminhados os dados para central de processamento para que virem auto de infração.

A referida resolução ainda em seu Art. 3º, §7º, conceitua claramente do que se trata o talão eletrônico citado no Art. 3ª, §7º, II:

O talão eletrônico previsto no inciso II do § 1º desta Resolução trata-se de sistema informatizado (software) instalado em equipamentos preparados para este fim ou no próprio sistema de registro de infrações dos órgãos ou entidades de trânsito, na forma disciplinada pelo DENATRAN. (Resolução 619/16, Art. 3º, §7º, DENATRAN).

Portanto, pode se entender que o talão eletrônico é um software que traz a autoridade de trânsito e aos seus agentes, o auto de infração de

forma eletrônica, substituindo o antigo talão manual, diminuindo os erros no preenchimento, na digitação e dando mais veracidade ao auto, uma vez que traz mais segurança, transparência e lisura no processo, vale à pena destacar que todo auto de infração deve ser lavrado pela autoridade de trânsito ou seu agente como dispõe o Art. 280 do CTB e o Caput do Art. 3º da referida resolução.

Como apresentado acima, podemos perceber que fiscalização eletrônica difere de talão eletrônico. Logo, a atividade exercida pelas monitoras da empresa concessionária nas ruas de Juazeiro não se caracteriza como fiscalização eletrônica, uma vez que, em seu equipamento há o preenchimento de: infração, data, hora, endereço, número, placa, marca, e observação, que são requisitos típicos de um auto de infração de trânsito, conforme o Art. 280 do CTB:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

- I - tipificação da infração;
- II - local, data e hora do cometimento da infração;
- III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;(Lei 9.503/97).

Corroborando com todo o exposto anteriormente, a portaria do DENATRAN de N° 101, de 19 de maio de 2016, que credencia o sistema eletrônico utilizado nos aparelhos que as monitoras da zona azul utilizam desde sua implementação na cidade de Juazeiro/BA, pode-se verificar nitidamente, logo em seu art. 1º, que se trata de sistema informatizado de talonário eletrônico, aquele que substitui o talão manual do agente de trânsito.

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO - DENATRAN, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 19, da Lei nº.

9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro – CTB,

Considerando o que dispõe o artigo 3º, inciso VII, alínea “d”, da Portaria nº 1279, de 23.12.2010, do DENATRAN.

Considerando o que consta do processo nº 80000.101855/2016-61 / 80000.1000088/2016-73,

RESOLVE:

Art. 1º Credenciar, por 02 (dois) anos, a partir da publicação desta Portaria, nos termos do Artigo 3º, inciso VII, alínea “e” da Portaria nº 1279, de 23 de dezembro de 2010, do DENATRAN, a pessoa jurídica AREATEC TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA, sediada na Avenida Alarico Zacharias, 65, Jardim Belvedere, Araras-SP, CEP: 13601-200, inscrita no CNPJ nº 11.406.226/0001-03, para atuar como empresa produtora/fornecedora de sistema informatizado de Talonário Eletrônico. (Portaria Nº 101, de 19 de Maio 2016, DENATRAN, grifo meu).

Vale salientar, mais uma vez quem o responsável por operar o sistema de talonário eletrônico e lavrar autos de infração, é o agente de trânsito ou a autoridade de trânsito, conforme a portaria do DENATRAN de Nº 1279 de 23 de dezembro de 2010, que estabelece os requisitos técnicos e as condições para homologação de sistema informatizado (software) do talão eletrônico, que é citada na portaria Nº 101.

A portaria Nº 1279, logo em seu art. 1º reitera que o talão eletrônico é destinado a lavrar auto de infração de trânsito e em seu art. 3º, inciso I, alínea “b”, versa que o talão eletrônico “Deve permitir o registro das informações relativas à infração de trânsito, a ser utilizado pela autoridade de trânsito ou por seus agentes para a lavratura do Auto de Infração”.

5.2 ENTENDIMENTO DO STJ, STF E TJ/PR

Acerca do tema, a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS), sociedade de economia mista, foi parte em um processo em que se discutia a delegação de poder de polícia, no ano de 2006, o processo chegou ao Superior Tribunal de Justiça, através do REsp n. 817.534, o relator Ministro Mauro Campbell Marques em sua decisão distinguiu quais atos podem ser delegados.

*[...]*β. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.

6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. (STJ, REsp n. 817.534, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

Portanto, o STJ, entendeu que a atividade de Fiscalização, pode ser delegada a sociedade de economia mista, na decisão, se declarou incompetente para declarar o conflito de competência entre lei local e lei federal.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, em 2012 pronunciou através de acórdão, reconhecida repercussão geral, no ARE 662.186/MG, no caso em questão se discutiu direito constitucional e administrativo, acerca da delegação do poder de polícia para sociedade de economia mista, BHTrans, aplicar multa de trânsito.

Em seu voto o relator Ministro Luiz Fux, expõe que:

A vexata quaestio, desta feita, cinge-se à definição da possibilidade de delegação, no bojo do poder de polícia, de determinadas fases da atividade, como a fiscalização, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, à luz dos artigos 30, 39, caput, 41, 173 e 247 da Constituição.

O Supremo, corroborando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que a atividade de fiscalização pode ser delegada a pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública, com isso, é legal a atuação da BHTrans.

No mesmo sentido em 2015, o Tribunal de Justiça do Paraná, através do acórdão 1166994201 PR 1166994-2/01, declarou por unanimidade dos votos, inconstitucional lei municipal que regulava o sistema zona azul no município de Umuarama/PR, considerando delegação do poder de polícia a emissão de aviso de regularidade por funcionários da concessionária, esta, empresa de direito privado.

Diante do entendimento do TJ/PR, podemos concluir que não só a notificação de infração de trânsito caracteriza a delegação de poder de polícia, mas o aviso de regularidade também caracteriza, pois este impõe ao cidadão o poder de império estatal, o qual não pode ser delegado à particular, pois este é intransferível.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabendo-se que a administração pública deve agir *secundum legem*, entendendo ao princípio da legalidade, entende-se a restrição na delegação de poder de polícia a particular, ao qual, limita a liberdade e a propriedade do cidadão, não podendo este ser delegado, pois se trata de atividade tipicamente de Estado.

Diante do exposto neste artigo, pode-se concluir que não é possível a delegação do poder de polícia para empresa de direito privado, como acontece no município de Juazeiro/BA. Esta conclusão é baseada na legislação vigente, bem como, em resoluções e portarias que regulamentam tal legislação, baseia-se ainda no entendimento de julgados.

Fica clara ainda a distinta diferença entre fiscalização eletrônica e talonário eletrônico, a qual corrobora com a conclusão. O serviço de fiscalização realizado pelas monitoras da empresa concessionária SinalPark é irregular, onde o mesmo deveria ser realizado pelos agentes de trânsito,

pois estes são representantes do Estado e legítimos para realizar a fiscalização de trânsito.

Ademais, tem-se uma limitação sobre atos administrativos, o qual deve – se observar a forma, objeto, motivo, finalidade e a competência, o que corrobora para a irregularidade da fiscalização realizada pela concessionária.

Por fim, deve – se salientar que a falta de informação do usuário também contribui para a continuação de tais irregularidades no sistema, visto que muitos cidadãos acabam aceitando tal forma de fiscalização e valores a serem pagos, por desconhecimento da legislação no que se refere aos estacionamentos rotativos, seu uso e penalidades conforme as leis e portarias, ou por difícil compreensão do texto jurídico pelo homem médio. Portanto, é de suma importância que ocorra a disseminação do conhecimento jurídico, como também a efetivação dos órgãos que buscam proteger os direitos do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 16 ed. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. JUAZEIRO. Decreto Municipal nº 295 de 24 de agosto de 2015.

BRASIL. JUAZEIRO. Decreto Municipal nº 436 de 12 de julho de 2016.

BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional.

BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro.

BRASIL. JUAZEIRO. Lei Municipal nº 2.234 de 25 de outubro de 2011.

BRASIL. JUAZEIRO. Lei Municipal nº 2.254 de 27 de dezembro de 2011.

BRASIL. Portaria DENATRAN nº 101 de 19 de maio de 2016.

BRASIL. Resolução CONTRAN nº 302 de 18 de dezembro de 2008.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 2. Ed. Salvador: Juspodivum, 2015.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª Ed. São Paulo, Malheiros, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 27 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STF. RG ARE: 662186 MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/03/2012, Data de Publicação: DJe-180 13/09/2012.

STJ. REsp: 817534 MG 2006/0025288-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/11/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2009.

TJ-PR. Argüição de Inconstitucionalidade: 1166994201 PR 1166994-2/01 (Acórdão), Relator: D'Artagnan Serpa Sá, Data de Julgamento: 06/04/2015, Órgão Especial, Data de Publicação: DJ: 1556 04/05/2015.

YASSUE, Izabel. Poder de Polícia e o Serviço Público. Via Jus. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1396>> acess o em: 01 de novembro de 2018.

NOTA:

[1] Professora Especialista em Direito Empresarial da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina- FACAPE e orientadora da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II do Curso de Direito da Instituição

OS ASPECTOS LEGAIS DO BULLYING E AS POLÍTICAS IMPLANTADAS EM PORTO NACIONAL PARA CUMPRIMENTO DA LEI Nº 13.185/2015

BRUNA VERAS DOS SANTOS BRITO:

Estudante do 10º Período do Curso de Direito

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho estuda o fenômeno do bullying abordando a sua história e evolução, os impactos causados por essa ação e as consequências que poderá causar na vida de uma pessoa. Considerando a gravidade das ações que configuram o bullying é necessário que o legislador tenha uma atenção especial a esses casos. No Brasil não há uma tipificação para o bullying, os agressores geralmente são enquadrados em crimes como lesão corporal, ameaça, calúnia, injúria, entre outros. A Lei que institui o Programa de Combate a Intimidação Sistemática (Lei nº 13.185/2015) trouxe obrigações para os entes federados. A partir desse contexto o objetivo deste artigo foi verificar as normas que se aplicam ao bullying, as obrigações da Administração Pública e as políticas implantadas nas escolas estaduais do município de Porto Nacional em atenção a Lei de Combate a Intimidação Sistemática.

PALAVRAS-CHAVE: Bullying; Aspectos Legais; Combate e prevenção.

ABSTRACT: The present study studies the phenomenon of bullying by addressing its history and evolution, the impacts caused by this action and the consequences that can cause in the life of a person. Considering the seriousness of the actions that shape the bullying, it is necessary that the legislator pay special attention to these cases. In Brazil there is no typification for bullying, aggressors are usually framed in crimes such as bodily injury, threat, slander, injury, among others. The Law establishing the Program to Combat Systematic Intimidation (Law No. 13.185/2015) brought obligations to the federated entities. From this context, the objective of this article was to verify the rules that apply to bullying, Public Administrations obligations and the policies implemented in the state schools of the

municipality of Porto Nacional in accordance with the Law on Combating Systematic Intimidation.

KEY WORDS: Bullying; Legal Aspects; Combat and prevention.

1 INTRODUÇÃO

O bullying é um fenômeno crescente, especialmente em razão da evolução tecnológica e maior possibilidade de informações pela rede mundial de computadores.

A violência praticada entre os estudantes no ambiente escolar não é assunto novo, mas tem se tornado cada vez mais evidente devido a gravidade e as proporções que se tomaram tais atos.

Em toda esfera da sociedade, seja no ambiente de trabalho ou escolar, existem pessoas mais vulneráveis que acabam sendo vítimas de violências pelo seu agir, falar, ou apenas pelo seu próprio jeito.

Essa violência está mais presente no ambiente escolar, momento em que as pessoas estão se desenvolvendo, ainda não estão completamente formadas, estão conhecendo suas vidas e a vida em sociedade.

Ocorre que a violência que geralmente ocorre nas escolas é o bullying, que não é apenas uma briguinha de escola, e sim uma ação que pode deixar consequências para uma vida toda, e até mesmo ceifar vidas muito cedo.

Portanto, é necessário conhecer a fundo o que é o bullying, como surgiu, quais as suas espécies, e se está sendo combatido.

O presente trabalho teve por objetivo verificar os aspectos históricos do bullying, sua evolução e consequências, abordando as obrigações do Estado estabelecidas pela Lei nº 13.185/2015 e como ela está sendo aplicada, destacando como está sendo realizado nas escolas do Município de Porto Nacional –TO.

2 O FENÔMENO BULLYING

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Diferente do que a maioria da população pensa o bullying não é um evento recente, acontece na sociedade há muito tempo, mas o primeiro estudioso a perceber e estudar esse fenômeno foi Dan Olweus na Universidade da Noruega, e o Governo Norueguês iniciou sua preocupação quando ligou o suicídio de três adolescentes aos maus tratos de colegas de escola.

A partir de então que o Governo da Noruega começou a realizar Campanha anti-bullying nas escolas, sobre o fato Voors explica que com essa campanha o governo conseguiu reduzir os índices de bullying e evasão escolar, conforme segue:

Ele encontrou benefícios para todos os alunos quando o programa antibullying reduziu o comportamento agressivo na escola. Não só uma redução de bullying leva a menor incidente de violência, mas a moral escolar foi elevada, a evasão escolar foi reduzida, e o desempenho acadêmico geral melhorou (VOORS, 2000, p. 29).

Ao iniciar o programa o Governo Norueguês acertou principalmente porque conseguiu reduzir os índices de violência escolar, melhorando o desempenho dos alunos.

Nessa seara deve-se salientar a importância da pesquisa realizada pelo professor Dan Olweus que ao analisar o comportamento de seus alunos conseguiu diagnosticar o bullying e evitar que muitos casos graves viessem a acontecer.

A pesquisa foi realizada com apenas 25 questões objetivas e respondida pelas crianças nas quais ele detinha maior contato. Nessas questões constavam a frequência com que eram motivos de gozações, as agressões sofridas, quais eram os locais.

O resultado da pesquisa foi obtido através do olhar da criança que era a vítima do bullying e a partir de então Dan pode analisar o impacto real na vida.

A partir de então, de um olhar atento de um professor que o bullying foi descoberto e iniciou as formas de diminuir o impacto e prevenção do mesmo nas escolas e Universidades.

O início da pesquisa acima citada se deu na Noruega, mas logo após se espalhou pelo mundo inteiro, inclusive a Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e a Adolescência utilizou a pesquisa com adaptações para a realidade brasileira.

2.2 CONCEITO, FORMAS E EFEITOS DO BULLYING

Após o aspecto histórico ter sido abordado é necessário delimitar o que vem a ser o bullying de fato, muito se fala sobre o assunto, mas pouco se é definido, sabe-se que é um comportamento que afeta diretamente determinada pessoa, com ou sem motivos, podendo ser brincadeira ou maliciosamente.

A tradução literal da palavra define como:

Bullying é a prática de atos violentos, intencionais e repetidos, contra uma pessoa indefesa, que podem causar danos físicos e psicológicos às vítimas. O termo surgiu a partir do inglês bully, palavra que significa tirano, brigão ou valentão, na tradução para o português.(NETO, 2007).

A mencionada definição relata exatamente o que vem a ser o bullying, complementando como é praticado, são atos a uma pessoa que se torna indefesa que pode causar danos psicológicos, presentes e futuros, além de físicos, dependendo do grau da violência realizada.

Além do presente conceito, vale salientar o disposto na Cartilha do Conselho Nacional de Justiça que define as formas de bullying como:

i)verbal :insultar, ofender, falar mal, colocar apelidos pejorativos, “zoar”; ii) Física e material :bater, empurrar, beliscar, roubar, furtar ou destruir pertences da vítima; iii)Psicológica e moral: humilhar, excluir, discriminar, chantagear, intimidar, difamar; iv) Sexual: abusar, violentar, assediar, insinuar; v)Virtual ou Cyberbullying: bullying realizado por meio de ferramentas tecnológicas: celulares, filmadoras, internet etc. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p 7).

Em um ambiente escolar existem diferentes desavenças entre os alunos, se fazendo necessário diferenciar o que é um conflito aparentemente normal de uma prática de bullying, conforme Beane bem elucida:

É importante que você saiba diferenciar o bullying de um conflito normal. Alguns tipos de conflitos são parte da vida. Nem todo o conflito necessariamente fere, e lidar com essas situações pode ajudar o seu filho para a vida de maneira positiva. Portanto, não se precipite quando observar conflito entre seu filho e as outras crianças (2010,p. 17).

A prática de bullying é repetitiva, essa é uma das suas maiores características, o que deve ser observado pelos pais, pois os conflitos normais e esporádicos de um ambiente escolar é normal e irá ajudar a criança a melhor se desenvolver e crescer em todos os aspectos.

A criança alvo de bullying, conforme Beane (2010) elucida irá ser prejudicada de fato, ser perseguida por intensas e diversas vezes, não de forma momentânea, mas sim por um período de tempo significativo, além de não haver pedido de desculpas, ser intimidado e essas práticas irão de fato ter um impacto no comportamento da criança.

Os meios de comunicação e ambientes sociais online são instrumentos da modernidade e a realidade digital é um ambiente de

reflexo as atitudes da sociedade, ocorre que as modalidades de modernidade online também ampliam as formas de violência e perigos.

O ambiente virtual passou a conceder também um ambiente perigoso, de mal-estar e desorientação, ou seja, um lugar inseguro e é sentida por todos os indivíduos que a usam.

A modernidade foi responsável por um contraste, uma vasta oportunidade em vários sentidos, mas também surpresas e riscos, assemelhando a um futuro incerto, uma grande aventura que todos são obrigados a participar (SILVA, 2005). Relacionado a isto, Giddens diz:

A experiência global da modernidade está interligada – e influencia, sendo por ela influenciada – à penetração das instituições modernas nos acontecimentos da vida cotidiana. Não apenas a comunidade local, mas as características íntimas da vida pessoal e do eu tornam-se interligadas a relações de indefinida extensão no tempo e no espaço. Estamos todos presos às experiências do cotidiano, cujos resultados, em um sentido genérico, são tão abertos quanto aqueles que afetam a humanidade como um todo. As experiências do cotidiano refletem o papel da tradição – em constante mutação – e, como também ocorre no plano global, devem ser consideradas no contexto do deslocamento e da reapropriação de especialidades, sob o impacto da invasão dos sistemas abstratos. A tecnologia, no significado geral da “técnica”, desempenha aqui o papel principal, tanto na forma de tecnologia material da especializada expertise social. (GIDDENS, 1991, p. 77).

É uma experiência sensacional estar em todos os lugares interligado com todos, além da ligação não ser esporádica e sim estar presente no cotidiano, principalmente para as crianças e jovens é um ambiente bem atrativo.

Mas a o anonimato que a ambiente virtual permite propicia uma vasta oportunidade de vitimar pessoas e ainda contribui para a dificuldade de encontrar os agressores “o anonimato do ciberespaço aumenta os desafios para as escolas, na medida em que afeta o ambiente físico das escolas” (HARMON, 2004, *apud* SHARIFF, SHAHEEN, 2011, p. 63).

No ambiente virtual as vítimas estão mais acessíveis e desprotegidas, podendo ocorrer ainda mais formas de bullying, na modalidade virtual, chamada Cyberbullying, bem definida como:

[...] uma ação agressiva e intencional realizada por um grupo ou por indivíduo, com o uso de formas de contato eletrônico, de forma repetida e ao longo de um período, contra uma vítima que não consegue se defender com facilidade (SMITH, 2004, *apud* SHARIFF, SHAHEEN, 2011, p. 59)

Os meios eletrônicos são ambientes que facilitam a ação de bullying por poder usar o anonimato, tem uma vasta rede aberta e pública, possuir um público indefinido e ter a “liberdade” de dizer, ameaçar, realizar ações que quiserem e que é muito difícil a identificação do agressor.

No ambiente virtual o agressor pode alcançar o seu público alvo, o público escolar como por exemplo, ferir a honra das vítimas, perseguir, assediar sexualmente, realizar ações homofóbicas, dentre outras ações que normalmente seriam realizadas fisicamente.

A pequena diferença entre o bullying e o cyberbullying é o ambiente em que está sendo realizada, mas as características são as mesmas, a agressão, violência e consequências são as mesmas do bullying, na verdade podem ser ainda piores, considerando o vasto público que pode ser alcançado.

Favaro bem destaca as consequências do bullying

As consequências do Bullying são inúmeras e afetam todas as crianças tanto as vítimas, como as testemunhas e os agressores. Os pais e os educadores precisam ficar atentos a qualquer modificação no

comportamento, pois esse fenômeno pode prejudicar a aprendizagem dos alunos já que ele, muitas vezes, age dessa maneira devido ao fato de vir de uma família desestruturada, que muitas vezes não lhe dá atenção, e na tentativa de consegui-la esta criança passa a praticar o Bullying. (FAVARO, 2009, p.23)

O bullying não pode ser tratado como uma mera brincadeira de criança, ao contrário é um assunto muito sério que deve ter atenção da família, da escola e principalmente do Governo, criando políticas públicas, campanhas e legislação específica para combater essa prática que irá causar danos reais na criança e adolescentes.

Todas as formas de agressão irão trazer uma consequência, infelizmente com o bullying isso também ocorre, as vítimas e aos agressores são passíveis de consequências de maneiras distintas que podem ser irreversíveis conforme elucida Fante:

O bullying é a pior forma de violência, pois suas vítimas se tornam reféns do medo, da ansiedade, angústia e raiva por não ter como se livra da opressão, isso pode acarretar na evasão escolar, o ingresso no mundo das drogas, ou ainda formar pessoas com sérios problemas psicológicos que serão capazes de cometer qualquer tipo de violência no presente ou futuro (FANTE, 2005, p. 13).

Os problemas psicológicos são imensos, podem causar depressão, fobias, estresse, acabar com a auto estima, transtornos irreversíveis, além do suicídio, na maioria das vezes as vítimas de bullying sofrem caladas, por medo do agressor, principalmente do que ele pode vir a fazer, prolongando a agressão e fazendo com que os efeitos sejam muito piores, como Adario explica

Uma vez que a "vítima" teme denunciar os seus agressores, por medo de sofrer represálias e por vergonha de admitir que está apanhando ou passando por situações humilhantes na escola ou,

ainda, por acreditar que não lhe darão o devido crédito (ADARIO, 2012, p. 51).

O medo e a vergonha são características da agressão, pois a vítima fica coagida, sem ação, o que faz com que o agressor continue a agir e as consequências acabam sendo piores.

É necessário salientar que o bullying têm consequências que podem ser para toda uma vida, Esteves e Arruda elucidam:

As consequências do *bullying* não acabam quando o aluno sai da escola, suas lembranças e traumas ainda o acompanham e podem gerar problemas sérios para a vida da pessoa, não só no nível psíquico, mas males psicossomáticos como: diarreia, febre, vômito, dor de estomago, dor de cabeça, isso em curto prazo em longo prazo os danos podem ser mais sérios como transtornos de ansiedade e de alimentação como: bulimia, anorexia, bruxismo, alergias, depressão e ideias suicidas (ESTEVES E ARRUDA, 2014)

O bullying é uma atitude que causa efeito não só na vítima, o agressor também possui consequências, Adario (2012) relata que podem ser falta de adaptação, valorizar a violência e o poder em excesso, além de ser propenso a atitudes delituosas, tanto no presente quanto futuras.

Neste sentido é possível observar que o bullying não é apenas uma brincadeira de criança no colégio e sim uma atitude que pode ser irreversível e ter consequências gravíssimas, podendo até mesmo ceifar a vida de uma vítima que pode não estar aguentando. É necessário sim uma atenção especial quanto ao tema, pois não é algo corriqueiro e sim constante e preocupante.

3 BULLYING E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

As formas de violência sempre estiveram presentes na sociedade brasileira e o legislador procurou coibir essas práticas, Lopes Neto explica que:

[...] três documentos legais que formam a base de entendimento com relação ao desenvolvimento e educação de crianças e adolescentes: A Constituição da República Federativa do Brasil, o Estatuto da Criança e do adolescente e a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas. Em todos esses documentos, estão previstos os direitos ao respeito e à dignidade, sendo a educação entendida como um meio de prover o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania. (LOPES NETO, 2005, p. 165)

Segundo o autor a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção dos direitos da criança procuram garantir o desenvolvimento completo das crianças e adolescentes, resguardando-os de violências de diversas formas.

O ECA em seu artigo 18 garante o dever de zelar pela dignidade da criança e do adolescente, garantindo que os mesmos não tenham nenhum tratamento desumano, violento e aterrorizante, além de vexatório e constrangedor, ou seja, o Estatuto sempre resguardou quanto a prática de bullying que são, de certa forma, definidas no artigo mencionado.

Já a Constituição Federal de 1988 garante o seguinte:

Art. 227. (...) dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

É assegurado na Constituição Federal que tanto a o Estado, a sociedade e principalmente a família devem assegurar o desenvolvimento da criança e do adolescente de forma sadia, vem violência, discriminação, tratamento cruéis, sejam quais forem e a opressão.

Relacionando o texto constitucional ao conceito e aspectos do bullying é possível verificar que desde 1988 o Legislador garante o dever de todos no combate a violência a criança e adolescente.

São vulneráveis e suscetíveis a ações violentas, vexatórias e cruéis, e de forma alguma a sociedade, como um todo, deve negligenciar a punir os agressores dessas práticas.

A Constituição Federal é a Carta Magna Brasileira, deve ser seguida antes de todas as outras Legislações, ou seja, antes das Leis específicas o Legislador já garantiu a atenção e cuidado a eles, mais vulneráveis da sociedade.

Já o que tange a Convenção de direitos da Criança, mencionada por Lopes Neto, é uma convenção que ocorreu em 1989 em que 193 países ratificaram a Carta Magna Mundial sobre a criança, seu artigo 1º diz:

Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. (Convenção sobre os Direitos da Criança, 20 de novembro de 1989).

Acima mencionado relata a preocupação mundial em coibir práticas de violência, de todas as formas as crianças, para garantir um desenvolvimento saudável, tanto físico quanto psicológico.

Levando em consideração que a prática de bullying fere exatamente o desenvolvimento, crescimento saudável, principalmente ao psicológico, a presente convenção, assim como a Constituição Federal de 1988, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, procuraram garantir o desenvolvimento como um todo, combatendo a prática de crimes como bullying.

As legislações acima mencionadas antecedem a Lei 13.185/2015, mas ao verificar cada uma delas é notório que sempre o Legislador teve por objetivo garantir que crianças e adolescente tenham o desenvolvimento saudável, livre de qualquer tipo de violência.

O ambiente em sociedade tem que ser de forma saudável, que possa ter liberdade de expressar suas opiniões, viver segundo suas convicções, sem atos violentos que irão coibir uma vida livre.

A gravidade do bullying é um problema que não afeta somente o Brasil, mas sim todo o mundo, que estão buscando formas de conter essa modalidade de violência, que além da rapidez de propagação também gera inúmeras consequências para a vítima.

Ocorre que o bullying não é devidamente tratado no Brasil em todos os seus aspectos, considerando que a população não tem noção da gravidade causada na sociedade e para o meio jurídico o bullying ainda é classificado como crime de pequeno potencial ofensivo.

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana, de tal modo que colocou a pessoa humana no centro protetor do direito. Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana, um norte para a criação das leis e para sua ação positiva.

E para que de fato essa prática seja abolida da sociedade é necessário uma maior atenção e punição dos agressores, em que todos os envolvidos estejam atentos para que as consequências que poderiam ocorrer, sejam extirpadas da comunidade escolar e o bom convívio esteja presente.

Diferenças de pensamentos e ações são completamente normais em qualquer ambiente, ocorre que a necessidade de adaptação e convivência entre as diferentes formas de pensar e agir são necessárias, portanto uma vida em sociedade requer bom senso e equilíbrio, sabendo conviver com as divergências de pensamentos.

Só assim é possível uma vida em sociedade harmoniosa e o início da vida em sociedade se dá na escola, local em que começam as divergências, cabe aos educadores bem apresentarem como é importante as diversas formas de pensar e agir para uma ótima vida em sociedade/comunidade.

Essas ações praticadas em forma de bullying são caracterizadas como ações ilícitas, ou seja, são atos não autorizados pelo ordenamento jurídico, se tornando então atos ilegais e contrários a Lei.

Analisando a mencionada Lei é possível verificar que não existe o caráter punitivo e sim o de conscientização dessa prática e designa que o Ministério da Educação conjuntamente com as Secretaria de Educação e órgãos afins realizem ações para conscientizar quanto a prática do bullying.

Assim sendo, para que haja a reparação do dano sofrido pela vítima de bullying é necessário que a vítima comprove que quem lhe praticou o presente ato teve uma conduta dolosa ou culposa, lhe causou um dano, seja qual for, e se a prática da conduta está relacionada com o dano sofrido, ou seja, possua nexos, causa e efeito (MORAES, 2005).

O artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente institui que o dever do Estabelecimento de Ensino é, no momento em que tomar conhecimento ou mesmo suspeitar da ocorrência dos fatos, comunicar imediatamente o Conselho Tutelar para que sejam tomadas as devidas providências.

Caso não seja tomada nenhuma providência pelo estabelecimento de Ensino o mesmo poderá ser sofrer penalidades, tais como:

Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de

comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990).

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE COMBATE A INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA

Em 2015 foi sancionada a Lei nº 13.185 que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying) que em sua principal finalidade é de obrigar as escolas e associações a adotarem medidas de prevenção ao Bullying.

Por mais que não unanime, mas em sua maioria a prática do Bullying é realizada em escolas e associações escolares por crianças e adolescentes que realizam esses atos infracionais que não podem ser confundidos apenas com indisciplina, pois são caracterizados como crime.

Art. 1º [...]

§ 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (**bullying**) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

A Lei caracterizou que todos os atos de violência física ou psicológica de forma intencional e repetitiva caracteriza atos de intimidação sistemática, podendo ocorrer tanto de forma individual ou grupos com o intuito de intimidação e agressão.

Existe a necessidade de uma atenção para os casos de violência nesses âmbitos para não ser confundido com um mero ato de indisciplina e deixar de haver a punição adequada a esses casos.

Uma das características para definir a violência de intimidação sistemática (Bullying) é a intenção de realizar o ato de forma repetitiva e que tenha relação de poder, ou seja, não é uma ação isolada, que tenha ocorrido apenas uma vez, mas sim uma ação repetitiva em que o agressor tenha o sentimento de superioridade e poder.

Basicamente, a lei pretende deixar claro que um ato isolado de violência física ou psicológica não seria considerado *bullying*, embora possa ser considerado outro tipo de ilícito. O desequilíbrio de poder é necessário para configurar o *bullying*: um ofensor mais forte contra um mais fraco, um grupo contra um indivíduo, um chefe contra um empregado, são exemplos que se enquadrariam nesse conceito (D' ANDREA, 2015).

A caracterização do Bullying está descrita no artigo 2º da presente Lei que discorre:

Art. 2º Caracteriza-se a intimidação sistemática (**bullying**) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

- I - ataques físicos;
- II - insultos pessoais;
- III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
- IV - ameaças por quaisquer meios;
- V - grafites depreciativos;
- VI - expressões preconceituosas;
- VII - isolamento social consciente e premeditado;
- VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (**cyberbullying**),

quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial

É notório que o Legislador teve bastante atenção em definir minuciosamente as características e as formas de intimidação sistemática, sendo bem detalhista para elencar as possíveis formas.

Com a promulgação da Lei nº 13.185/2015 na qual instituiu o Programa de Combate a Intimidação Sistemática (Bullying) poderão surgir ao longo dos anos medidas e ações para melhor combater.

O art. 4º da presente lei elenca quais são os objetivos a serem cumpridos para combater a prática do Bullying, são eles:

I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (**bullying**) em toda a sociedade;

II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;

III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;

IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;

V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;

VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;

VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua;

VIII - evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva

responsabilização e a mudança de comportamento hostil;

IX - promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (**bullying**), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar. (BRASIL, 2015).

Analizando mencionada Lei é possível verificar que não existe o caráter punitivo e sim o de conscientização dessa prática e designa que o Ministério da Educação conjuntamente com as Secretaria de Educação e órgãos afins realizem ações para conscientizar quanto a prática do bullying.

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PRÁTICA DO BULLYING

A violência é uma discussão que deve ser realizada em todos os âmbitos e principalmente na esfera social-jurídica, principalmente diante da triste realidade que ronda a sociedade brasileira quando as formas de indiferença da coletividade para o sofrimento de vítimas da prática do bullying, a qual está crescendo de forma assustadora.

O Legislador, conjuntamente com o Poder Estatal buscou alternativas para limitar a prática dos crimes nas diversas esferas, até mesmo no ambiente virtual, realizando além de projetos de conscientização e educação, a promulgação da Lei 13.185/2015 que visa punir tais condutas por meio de ações preventivas.

Além da ação do Legislador e Poder Público a escola deve atentar-se a essas práticas com processos inovadores, realizando discussões, interações sobre o tema além de exigir dos pais e professores uma maior observação do ambiente escolar e comportamental dos estudantes, considerando que é uma forma sutil de violência.

Yus relata que:

[...] A instituição escolar é um espaço público dos cidadãos e, portanto, é um meio em que os direitos do cidadão devem ser exigidos, aprendidos e respeitados. Contudo, existem limitações claras na prática cotidiana das escolas e que tem a ver com os direitos cívicos fundamentais (YUS, 2002, p. 23).

O ambiente escolar é uma preparação para a vida em sociedade, que deve ser respeitada nas diversas formas de pensamento e exigido dos alunos uma conduta respeitável e em conformidade com os direitos fundamentais do ser humano.

É totalmente visível que a ênfase da Lei é de prevenir que esses atos continuem acontecendo nos ambientes escolares e clubes, que é necessário a implementação de campanhas e ações para assegurar que de fato o Bullying não aconteça na sociedade.

A responsabilidade civil é o dever de indenizar alguém no caso de prejuízos causados, os danos causados a vítima devem ser reparados por quem os provocou (RODRIGUES, 2002).

É indiscutível que a pessoa que causou algum dano a alguém tem o dever de repará-lo, artigo 186 do Código Civil estipula "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Inobstante o Código Civil adotar a responsabilidade subjetiva como regra, a Constituição Federal traz em seu Art. 37, §6º ser objetiva a responsabilidade civil do Estado e dos prestadores de serviços públicos.

Por outro lado, também há que se apontar a responsabilidade civil objetiva dos pais em relação aos danos causados por seus filhos menores, pois, como o bullying ocorre no ambiente escolar, em muitos casos o agressor é menor, podendo o pai ter que indenizar os danos materiais, morais e até estéticos que podem ser ocasionados pela agressão.

Em conformidade com o entendimento de Maria Helena Diniz (2003) é que a responsabilidade civil está resumida na punição através de medidas coercitivas para alguém como forma de reparar um dano causado, ou seja, irá reparar o ato ilícito realizado.

Assim, tanto a escola quanto os pais poderão ser responsabilizados civilmente pela reparação do dano decorrente da prática de bullying.

4 POLÍTICAS DE COMBATE AO BULLYING IMPLANTADAS NO ESTADO DO TOCANTINS SOB O PRISMA DAS AÇÕES DESENVOLVIDAS EM 2018 NA CIDADE DE PORTO NACIONAL

O estabelecimento de Ensino tem o dever de coibir essas práticas ilegais e primar pelo bem-estar de seus estudantes, tomar todas as providências possíveis para que essas práticas sejam sanadas, fazer campanhas, punir os dos agressores, tomar todas as medidas cabíveis, etc.

Nessa seara foi realizado uma pesquisa na Diretoria Estadual de Educação do Estado do Tocantins (DRE), enfatizando as Instituições Estaduais de Ensino do Município de Porto Nacional e segundo os relatórios bimestrais das Ocorrências de Intimidação Sistemática, levantamos que as ocorrências de bullying, bem como se pode observar, no semestre 1/2018 foram constatados 14 casos e sendo 9 deles solucionado, no semestre 2/2018 foram 11 casos identificados e 6 casos solucionados e no semestre 3/2018 foram 13 casos e sendo 7 solucionados.

Para a prevenção dessas ocorrências as Instituições de Ensino realizam ações preventivas, são essas ações:

- Projeto: Bullying não se cale! – Este projeto está sendo realizado nas turmas do 6º e 7º ano, tendo por temática central a reflexão sobre o assunto e discussão sobre situações existentes, afim de valorizar a amizade e os valores humanos. Ao final foram apresentados os resultados através de cartazes, paródias e gráficos expostos para todos os alunos da escola;
- Apresentação e realização de atividades relacionadas ao filme "Um grito de socorro" e "Extraordinário" e todas as segundas-feiras é trabalhado a importância do respeito;

- Palestras com psicólogo do NAS – Pinheirópolis;
- Trabalhos na matéria de Ensino Religioso com o tema para solucionar o problema;
- Roda de conversa priorizando a relação “professor x aluno”
- Realização de palestras com a coordenação em turmas mais problemáticas e a reflexão do vídeo “Refletindo sobre o Bullying e apresentação da Lei nº 13.185;
- Diálogo entre professores e equipe pedagógica com foco de analisar as medidas de intervenção necessárias;

Essas ações são formas de coibição da prática nas instituições de Ensino, fazendo com que os alunos e professores tenham cada vez mais consciência de fato do que é o Bullying e as consequências que essa ação pode trazer as vítimas. Para tanto é necessário o envolvimento de toda a instituição, alunos, direção e professores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

notório que o problema da violência no Brasil está em evidencia, principalmente no que tange a dificuldade de solução, e não é diferente com a prática de bullying, que é uma ação que está se expandindo por todo o mundo, principalmente, com maior ênfase e evidencia nas escolas.

A violência física e psicológica que o bullying atinge é responsável por consequências desastrosas na vida de uma pessoa, problemas que podem prejudicar na vida em sociedade, no desenvolvimento e crescimento pessoal, além de algumas vezes chegar a ceifar uma vida.

Conforme exposto é necessária uma conscientização de toda a sociedade, ficando atenta as ações de todos os alunos, pois somente assim é que pode ser verificado a prática do bullying e tentar abolir da melhor forma.

Foi possível verificar que no Município de Porto Nacional – TO, as instituições de ensino estaduais estão seguindo as regras estipuladas pela Lei e aplicando medidas de conscientização dos alunos e professores, além

da realização de relatórios bimestrais com as ações que são realizadas, verificando o objetivo central da Lei.

Cabe ao Poder Pública realizar ações de conscientização e prevenção da prática do bullying, mas também a cada indivíduo em tomar a responsabilidade para si e agir de forma coerente.

A vida de uma pessoa pode ser completamente prejudicada por uma busca de poder entre crianças e adolescentes, a conscientização de que pessoas tem jeitos diferentes de agir e pensar é uma das formas de viver em sociedade e acabar com essa triste realidade.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do adolescente**. 13 de julho de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 15 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 13.185 de 6 de novembro de 2015**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/.../Lei/L13185.html. Acesso em 03 out. 2018.

D"ANDREA, Gustavo. **Lei 13.185/2015 – Bullying, Cyberbullying e o Programa de**

Combate à Intimidação Sistemática. 2015. Disponível em:

combate-a-intimidacao-sistematica/>. Acesso em: 10out. 2018.

FANTE, C. **Fenômeno Bullying**: Como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz. São Paulo: Verus, 2005.

GIDDENS, Anthony. (1991) **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp.

LOPES NETO, Aramis Antônio. **Bullying comportamento agressivo entre estudantes**. *Jornal da Pediatria*. Rio de Janeiro. 2005;81 (5supl) p. 164-172, 2005.
Disponível:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00215572005000700006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 7 set. de 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Bullying: responsabilidade de todos! <http://marioluizramidoff.jusbrasil.com.br/artigos/121934689/bullying-responsabilidade-de-todos>. 23.9.2011. Acesso em 10 de out. 2018.

SILVA, Antônio Ozaí Da. Anotações sobre a modernidade na obra de Anthony Giddens. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 47, Abril de 2005. ISSN 15196186.

SILVA. Ana Beatriz Barbosa. **Bullying: mentes perigosas nas escolas**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2010.

SHAHEEN, SCHARIFF. **Ciberbullying: Questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família**. Tradução Joice Elias Costa; Revisão Técnica CleoFante. Porto Alegre: Artmed, 2011.

YUS, Rafael. **Educação Integral uma educação holística para o século XXI**. Trad. Daisy Vaz de Moraes. Porto Alegre: Artmed, 2002.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM RAZÃO DE CRIME DE ROUBO PRATICADO NAS PROXIMIDADES DE SUAS AGÊNCIAS

SERGIO RAPHAEL DA SILVA ALVES:
Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O estudo se desenvolveu com o objetivo de analisar a responsabilidade civil das instituições bancárias decorrente dos roubos ocorridos na saída de suas agências, inobstante todo o aparato eletrônico e virtual disponibilizado ao consumidor como alternativa segura para suas transações. Motivada pelo fato da jurisprudência não acatar como excludente de responsabilidade o ato ilícito praticado por terceiro a problemática proposta pôde ser representada pela seguinte pergunta: Até que ponto permanece a responsabilidade civil das instituições bancárias pelos roubos ocorridos na saída de suas agências, considerando todas as alternativas seguras disponibilizadas ao consumidor para realizar suas transações? A pesquisa se desenvolveu pelo método dedutivo dialético utilizando Nesse contexto a finalidade principal do presente artigo é analisar até onde as instituições são responsáveis ante as medidas tomadas com a evolução dos meios eletrônicos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Instituições bancárias; Roubo.

ABSTRACT: "The bank account" is a very old and known crime, very common in large centers, which does not prevent the happening in cities of the interior, although the institutions make available through the electronic media diverse possibilities of transfers of resources through the electronic media, such as telephone service, electronic terminals, internet banking and applications for smartphones and tablets, new strategies are used by individuals who commit such a crime, many users and customers claim the lack of privacy in the banking branches, on the other hand, measures have been taken by the Bank In order to reduce the occurrence of crime. The

Brazilian rules assign the clear duty of security, as well as the privacy of the customer inside the bank branches. In this context the main purpose of this article is to analyze the extent to which institutions are responsible to the measures taken with the evolution of electronic media.

KEYWORDS: Civil responsibility; Bank Exit; Evolution of Electronic Mechanisms.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho visa analisar até que ponto as instituições bancárias devem ser responsabilizadas civilmente por furtos e roubos nas proximidades de suas agências bancárias. Este crime é conhecido como "saidinha de banco", à luz do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 e demais normas do nosso ordenamento jurídico.

A respeito do crime "saidinha de banco" observa-se que é comum e praticado com maior frequência nas grandes cidades, onde se concentram a maioria dos bancos ou instituições financeiras.

O intuito é examinar se pode ser exaurida diante da evolução dos mecanismos eletrônicos que permitem e facilitam a transferências de valores expressivos, bem como, se o fato da disponibilidade de tais dispositivos que sem a necessidade do usuário ou cliente correntista de se deslocar até uma instituição financeira consiga efetuar um saque contribui para redução parcial e até integral da responsabilidade civil das instituições.

Ressalta-se que com o passar do tempo foram criadas diversas formas de transferência de valores, depósitos e até formas de se descontar cheques por meio de mecanismos eletrônicos a fim de evitar que o cliente correntista tenha necessidade de ir até vossas agências, efetuar retiradas, extinguindo assim o risco existente, de fato a problemática é recorrente e a falta de utilização de tais meios faz com que aumente cada vez mais o número de vítimas, o fato do usuário se recusar a utilizar de tais meios ou até mesmo negligenciar pode afastar a responsabilidade das instituições?

A pesquisa tem como objetivo demonstrar que com a globalização e a utilização de mecanismos evolutivos decorrentes dela, nascem prerrogativas para eliminar de forma parcial e até mesmo integral a responsabilidade civil consumerista das instituições financeiras e o dever de indenizar os correntistas vítimas e usuários do crime de saidinha de banco, em determinados casos, anteriormente cobertas com fulcro no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Dada importância ao assunto uma vez que mesmo com a evolução da sociedade e dos meios eletrônicos ainda exige acompanhamento no intuito de analisar se houve falha de segurança por parte das instituições nos casos necessários do interior das agências, portanto será de fato necessário avaliar o caso concreto para verificar de quem é a responsabilidade.

A metodologia é sempre um caminho a ser percorrido e neste caso a escolha do método dedutivo foi necessário porque parte do geral ao específico, essencial para ser desenvolvido em estudos e pesquisas. O trabalho utilizou a técnica bibliográfica por meio de consultas a diversas fontes. A abordagem qualitativa teve direcionamento exploratório e descritivo. Os dados obtidos na análise foram dispostos por meio de relatórios.

2 O CRIME “SAIDINHA DE BANCO”

Há muito tempo se questiona a responsabilidade e o dever jurídico de proteção dos clientes e usuários por parte das instituições financeiras de acordo com as leis e normas do nosso ordenamento pátrio. Responsabilidade civil, afirma Cavalieri Filho (2012), “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (pág. 25). Crime com tipificação no art. 157 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, popularizou-se com o nome de “saidinha de banco”.

Menciona-se referencialmente a critério geral de responsabilidade civil conforme entendimento do Código Civil Brasileiro 2002, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro, 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.”

Ou seja, o dispositivo acolhe a conduta subjetiva no ato de omissão, negligência ou imprudência que ocasione um ato ilícito. Quando se trata de crime “sadinha de banco”, recorrente nos dias atuais.

Este tipo de crime tem maior incidência nos grandes centros habitacionais, devido o volume maior de pessoas circulando nas instituições monetárias, tornou-se prática bastante comum, trazida de forma cultural, modalidade de crime que consiste no furto ou assalto a usuários logo depois de efetuarem saques, normalmente de grandes quantias, imediatamente após a sua saída de agências bancárias ou de terminais eletrônicos.

Tal conduta inicia-se com a observação dos clientes que efetuam saques em bancos, principalmente àqueles de vultosas quantias, valendo-se os meliantes da figura de um observador devidamente posicionado dentro da agência bancária que transmite aos seus comparsas informações privilegiadas da vítima.

O objetivo é repassar informações que identifique a pessoa a ser assaltada nos arredores da instituição financeira. Na maioria dos casos a vítima é abordada poucos metros após sair da agência bancária e sempre é surpreendida com a quantidade de informações que o assaltante possui a seu respeito, sabendo inclusive acerca da localização do dinheiro sacado, eventualmente ocultado em algum de seus bolsos, mochilas e etc.

Para que esta conduta criminosa tenha êxito os meliantes se valem de dois ingredientes fundamentais: o uso de aparelhos de telefones celulares dentro das agências e a falta de privacidade dos caixas das agências bancárias quando do momento do atendimento prestado aos seus clientes.

3 ATO ILÍCITO PRATICADO POR TERCEIRO

Tema relevante quando se trata de Responsabilidade Civil, possui como dispositivo principal o art. 927 do Código Civil Brasileiro, não se

podendo confundir o ilícito civil com o ilícito penal, mesmo gerado a partir do nexo de legalidade obrigacional entre o agente causador do dano e aquele que possui o dever de indenizar.

Para que se configure o vínculo causal entre o dano e a conduta e dessa relação jurídica deve surgir uma terceira pessoa, como responsável legal, a esta caberá o dever de reparar o dano causado., bem como presente todos os elementos que são a conduta humana, nexo causal, dano e culpa.

Com a chegada do Diploma Civil de 2002 ocorreram mudanças significativas uma vez que o Código de 1916 a Responsabilidade Civil por Ato de Terceiro possuía características de subjetividade, pautadas em presumir suas responsabilidades, como no caso dos pais em relação aos seus filhos menores. No novo Código Civil, situações como estas deixaram de ser meramente presumidas, passando assim a ter caráter de responsabilidade objetiva, evidenciados em seus artigos 932 e 933 do referido Código.

Por outro lado o simples fato de reparar o dano não pode se confundir com o referido abuso de direito com dispositivo legal no art. 187 do Código Civil Brasileiro, também conhecido como ato ilícito equiparado. O mesmo é bem claro quando descreve que *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.*

Ou seja, o ato lícito não intencional se torna um ato ilícito civilmente, pode-se exemplificar com o motorista que dirigia seu carro corretamente em uma via pública para se desviar de uma criança bate em um muro de um terceiro.

Em momento algum o motorista cometeu ato ilícito, no entanto causou dano a terceiro quando destruiu o muro, gerando a responsabilidade de acordo com a extensão do dano garantindo o direito de regresso aos responsáveis pela criança. Tendo em vista ainda por se tratar de ato de terceiro, a reparação do dano com relação a criança é subsidiária o que quer dizer que caso os responsáveis não possuam

condições de arcar com o prejuízo a criança possuindo possibilidades financeiras deverá ser utilizado para indenização dos danos

4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade civil para Rosenvald (2018) é entendida como a reparação de danos causados “[...] resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado.”. Para que se configura a responsabilidade civil são necessários requisitos ou pressupostos “[...] Ato ilícito. Culpa. Dano. Nexo causal. Ilícito – art. 186 CC (é uma cláusula aberta), conduta contrária ao ordenamento. O cerne do ato ilícito são antijuridicidade e a imputabilidade”.

A responsabilidade objetiva de forma geral é a que nasce a partir da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de terceiro que, independente de aferição de culpa, cabe indenização na extensão do dano causado. Responsabilidade civil, para Gagliano e Pamplona Filho. (2017,p.59): “[...] pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Conceituando de forma clara no âmbito do Direito Privado Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 59) afirma que:

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.

Ao longo do processo histórico da responsabilidade civil demonstra-se que seu fundamento apresentava-se reservados a responsabilidade subjetiva e como objeto central a ideia de culpa.

Majoritariamente a teoria clássica da culpa preceitua que não basta que uma pessoa sofra um dano considerado injusto de forma pessoal ou em seu patrimônio para que o autor da ofensa seja obrigado a indenizar, possui como requisitos principais que o dano seja oriundo de um fato doloso ou culposo, caso contrário, não há que se falar em responsabilidade.

Com o surgimento do desenvolvimento industrial em decorrência da Revolução Industrial ocorrida na Europa no séc. XVIII, o aumento das riquezas, nascimento de grandes indústrias, com isso, o aumento em grande escala de grandes fabricantes, aumentando a indústria do consumo, tão logo situações envolvendo acidentes de trabalhos em fabricas, gerando a necessidade de reparação dos danos sofridos pelos empregados.

Em meio às mudanças sociais, mutações no ordenamento, existem várias definições de diversos doutrinadores e conceituados doutores da lei, falando de forma bastante coloquial, destacamos quando o agente, para satisfação de seus interesses, chega a cometer ato lesivo a determinado bem pertencente e ou protegido por terceiro, cometendo assim ato ilícito, tornando-se assim obrigado a reparação do dano.

A responsabilidade civil está prevista artigos 927 do Código Civil Brasileiro que fala acerca do dano e a obrigação de reparar independente de culpa, já o art. 186, refere-se ao ato ilícito de terceiro, quando dos casos de existência de omissão voluntária, negligência ou imprudência, ressalta-se que o dano deve ser causar dano a terceiro, e o mesmo deve ser pessoa estranha a relação, estudado mais a frente, já o art. 187, trás o que doutrina chama de ato ilícito por equiparação, mesmo que de forma não intencional, até mesmo fins considerados de boa fé e de bons costumes, trará responsabilidade na extensão do dano causado.

A doutrina elenca as principais teorias do risco utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, teoria do risco administrativo, teoria do risco criado, teoria do risco proveito e por último do risco integral.

5 RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS E AS MEDIDAS DE REDUÇÃO DO RISCO

Como se percebe, os elementos para a ocorrência do crime de saidinha de banco são por todos conhecidos e, na grande maioria das situações é devida a falha da própria vítima, podemos perceber que medidas têm sido tomadas pelo órgão regulador BACEN – Banco Central do Brasil, no intuito de dirimir as ocorrências de furtos e roubos nas proximidades das agências.

Observa-se que a responsabilidade das instituições bancárias se tornou mais expressiva com as mudanças relativas a expansão, modernização que tais serviços sofreram causando maiores impactos no ordenamento jurídico brasileiro

Com isto, as instituições bancárias foram incentivadas a propor medidas de segurança, aprimorando as técnicas existentes e criando novas. De acordo com o art. 16 da Resolução 2.878, de 27 de setembro de 2001:

Art. 16. Nos saques em espécie, de valores acima de R\$5.000,00 (cinco mil reais), realizados em conta de depósitos à vista, as instituições poderão postergar a operação para o expediente seguinte, vedada a utilização de tal faculdade nos saques de valores inferiores ao estabelecido.

Contudo, se tal conduta é por todos conhecida e as instituições financeiras não envidam quaisquer esforços a fim de minimizar o problema, não garantindo a necessária privacidade ao usuário de seus serviços, sua omissão acaba por contribuir para a ocorrência do delito atraindo sua responsabilidade em indenizar seu correntista, Hora Neto (2012, p.55) preconiza:

Nos crimes de “saidinha de banco”, a responsabilidade civil é objetiva dos bancos, por falta do dever de segurança, na medida em que dão azo ao acidente de consumo, não tomando qualquer providência para evitar o delito, a fim de proteger o usuário do serviço bancário.

Os tribunais já se posicionaram sobre a aplicação da responsabilidade objetivo às instituições bancárias em crimes “saidinha de banco”, retirando-lhes a obrigação de reparação de possíveis danos causados ao consumidor ou vítima, conforme decisão do Ministro Álvaro Torres Júnior, em 4 de agosto de 2015, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

**RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO -
ROUBO DE DINHEIRO APÓS O AUTOR EFETUAR
SAQUE EM AGÊNCIA DO BANCO-RÉU – CRIME
DENOMINADO "SAIDINHA DE BANCO" - DELITO
QUE OCORREU NA RUA, FORA DO
ESTABELECIMENTO BANCÁRIO –
RESPONSABILIDADE DO BANCO-RÉU – NÃO
CONFIGURAÇÃO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇO – INOCORRÊNCIA – DEVER DO BANCO-
RÉU EM GARANTIR A SEGURANÇA DE SEUS
CLIENTES SE VERIFICA APENAS EM SUAS
DEPENDÊNCIAS – SE O FATO DANOSO OCORRE
FORA DO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO, NÃO
RESPONDE OBJETIVAMENTE O BANCO PELO
PREJUÍZO SOFRIDO POR SEU CLIENTE – ESTENDER
A RESPONSABILIDADE PELO EVENTO AO BANCO-
RÉU SERIA UMA INVERSÃO DE FUNÇÕES ENTRE O
PARTICULAR E O ESTADO, RESPONSÁVEL PELA
SEGURANÇA PÚBLICA – PRECEDENTES DO
COLENDO STJ E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL –
SENTENÇA REFORMADA - AÇÃO IMPROCEDENTE -
RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - APL:
00092705120138260565 SP 0009270-
51.2013.8.26.0565, Relator: Álvaro Torres Júnior, Data
de Julgamento: 27/07/2015, 20ª Câmara de Direito
Privado, Data de Publicação: 04/08/2015).**

No que se refere ao relacionamento, sendo correntista ou não, o fato da vítima adentrar o estabelecimento para efetuar algum saque, cheques ou outra modalidade existe uma relação de consumo mesmo que de forma indireta, desde o nascimento do código de defesa do consumidor, tornou o

item responsabilidade bastante amplo e profundo, sobre a responsabilidade nas relações de consumo.

Cavaliere Filho (2012, p. 41) constata que:

A fim de dar cumprimento à sua vocação constitucional, criou uma sobre estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável a todas as relações de consumo, onde quer que venham a ocorrer – no Direito Público ou Privado, contratual ou extracontratual, material processual; instituiu uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos os consumidores de nosso país.

O dever de segurança das instituições logo apresenta ser inerente ao ramo de atividade, pautando se pela promoção de segurança junto ao cliente na venda de contas correntes e produtos e serviços, a fim de evitar penalidades, bem como de forma indireta os negócios realizados pelos seus clientes correntistas.

Pouco conhecido pelos usuários das instituições financeiras o uso dos celulares tornou-se proibido no interior das agências bancárias em alguns estados, a exemplo do Rio de Janeiro que editou em 4 de abril de 2011 a Lei Estadual n. 5.939, proibindo o uso dos aparelhos celulares e similares nas instituições.

O intuito foi de dirimir risco de crimes nas proximidades, haja vista que o uso de tais aparelhos é de grande contribuição para os criminosos, acontece que a limitação de chamadas eletrônicas foram pouco atendidas, e com a evolução dos meios de mensagens instantâneas se tornou obsoleta e de difícil fiscalização.

Ainda este ano aprovado no estado do Ceará projeto de lei que vai além das divisórias já obrigatórias que contribuem para privacidade dos clientes, agora terão vidros a prova de balas e alarmes obrigatórios.

6 OS RECURSOS ELETRÔNICOS DISPONIBILIZADOS E O DEVER DO CONSUMIDOR DE MITIGAR O PRÓPRIO RISCO

Com a evolução dos meios de comunicação, foram criados pelas instituições monetárias, meios eletrônicos de pagamentos, instrumentos utilizados para pagamentos de boletos, taxas e tributos, transferências eletrônicas nacionais e internacionais, bem como de um banco para o outro, sendo valor disponibilizado em minutos, mecanismos que permitem seus clientes efetuar suas transações onde estiverem.

O avanço tecnológico nos últimos anos foi surpreendente, poucos vivem sem o uso delas, no que diz respeito a transações financeiras, modernizaram os meios de transferências de créditos, valores antes de um banco para o outro com ate 24 horas hoje ocorrem em apenas minutos.

As chamadas TED - Transferência Eletrônica Disponível, com projetos do Banco Central do Brasil de ocorrerem em fins de semana e em tempo reais, medidas de pagamentos eletrônicos como débito automático e a criação da FEBRABAN – Federação Brasileira dos Bancos, o DDA - Débito Direto Autorizado.

É possível permitir que os compromissos de pagamentos emitidos por meio de boletos de cobrança para os clientes, pessoas físicas e jurídicas, sejam recebidos eletronicamente por intermédio do banco que o cliente for correntista.(RAMOS, COSTA, 2000)

Além de cartões magnéticos hoje servem para pagamentos em maquinas de autoatendimento evitando o transito de recursos em espécie, bem como os cartões de crédito permitindo até mesmo cartões digitais e compras de forma digital, e a grande sacadas das instituições, fintechs e startups, o mobile banking disponibilizados em todas as plataformas digitais na forma de aplicativos para smartphones e tabletes, permitindo a realização de transferências eletrônicas e pagamentos onde estiver. .(RAMOS, COSTA, 2000)

Similar ao internet banking, a evolução trouxe também a união do tradicional cheque com a evolução dos meios eletrônicos, alguns bancos já permitem em seus aplicativos depósitos de cheques físicos, com o dever do cliente de permanecer em poder do cheque por determinado período ocorrendo a compensação de forma eletrônica, sem a necessidade de deslocamento ate uma agência bancária. (RAMOS, COSTA, 2000).

Conforme destacado a evolução dos meios eletrônicos permitiram a mitigação dos riscos, elevou o nível das instituições, reduzindo assim o número de crimes nas proximidades de suas agências bancárias, parte do que ainda acontece se dão pelo descuido, negligência por parte do próprio cliente que tem o dever de contribuir para sua própria segurança, sendo a responsabilidade dupla, trazendo assim a culpa concorrente e exclusiva da vítima na maioria dos acontecimentos.

5 EXCLUDENTE DE CASO FORTUITO, FORÇA MAIOR E DA CONCORRÊNCIA DE CULPA DO CONSUMIDOR

As excludentes são princípios como o próprio nome diz que excluem de forma parcial ou integral a responsabilidade, no caso da culpa concorrente que tem como principal dispositivo no art. 945 do Código Civil Brasileiro, destaca que nos casos em que a vítima concorrer culposamente para o evento danoso, será fixado indenização de acordo com proporção do dano.

Sabido que o Código de Defesa do Consumidor não possui texto específico acerca da culpa concorrente. Para Cavaliere Filho (2012, p. 44):

Fala-se em culpa concorrente quando, paralelamente a conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos.

Para Tartuce e Amorim (2016, p. 169), utilizam o termo fato exclusivo de terceiro, conceitua de forma consumerista, e justificam a utilização do termo da seguinte forma:

A culpa ou fato exclusivo de terceiro é fator obstante do nexo de causalidade, constituindo uma das excludentes da responsabilidade civil consumerista. Não se pode esquecer que o nexo de causalidade constitui a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano causado. Apesar de a lei mencionar a culpa exclusiva de terceiro, seria melhor utilizar o termo fato exclusivo de terceiro, uma vez que a responsabilidade civil pelo CDC, em regra, independe de culpa, o que pode gerar a confusão. Na

verdade, a expressão fato exclusivo é concebida em sentido amplo, a englobar a culpa (desrespeito a um dever preexistente) e o risco assumido por outrem (conduta acima da situação de normalidade, uma iminência de perigo que pode causar dano).

Com entendimento de que o consumidor seja corresponsável com relação ao produto e ou serviço caso ocorra manuseio inadequado, causando assim dano, no caso não podendo ser responsabilidade exclusiva do fornecedor, mesmo que o código de defesa do consumidor não possua dispositivos específicos, recorre-se ao código civil por analogia.

Eventos conhecidos como caso fortuito, quando gerado por ato humano considerado imprevisível e inevitável, decorrentes dela causa impedimentos no cumprimento de seus deveres e obrigações, a exemplos de greves e guerras. Casos também conhecidos como força maior, causados por eventos da natureza, a exemplo de enchentes, tempestades, podendo ser previsíveis ou imprevisíveis, todavia não podendo ser evitadas pelo ser humano. (GOMES, 2008).

Tais hipóteses de exclusão da responsabilidade civil objetiva são tratadas desde o código de 1916, nos casos de caso fortuito, força maior culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

Quando analisados na ótica da jurisprudência a doutrina consumerista não consideram de forma expressa as excludentes de caso fortuito e de força maior, Cavaliere Filho (2012, p.. 440) é categórico em dizer que:

O consumidor não pode assumir os riscos da relação de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do estado, os riscos vem ser socializados, já que os benefícios são para todos.

De tal forma os riscos são inerentes ao fornecimento ou prestação do serviço, todavia no tocante aos benefícios são de ambas as partes, como bem destacado as instituições vem modernizando seus sistemas e disponibilizando tais recursos a seus consumidores e usuários, tendo assim o risco que denominado na doutrina de "risco de empreendimento", medidas e resoluções foram tomadas para evitar saques de valores

voluptuosos, atraindo assim os assaltantes às margens das agências, ficando a escolha do consumidor em contribuir de forma que reduza ou até mesmo elimine totalmente o risco existente.

Destacados os aspectos volitivos da conduta humana, afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 84) que:

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Sendo assim de tal sorte o consumidor tem direito de escolha, diferente das instituições que possuem deveres e obrigações para com seus clientes e não clientes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou esclarecer na atualidade acerca da responsabilidade civil das instituições financeiras brasileiras em meio aos mecanismos de evolução eletrônica.

Percebe-se que o problema da pesquisa foi resolvido, pois, devido a falta de ações e estratégias de segurança as vítimas de assaltos nas saídas dos bancos é cada vez mais comum. Muitas vezes, o próprio usuário do banco é vítima de crime devido a se recusar a utilizar os meios de segurança necessários para evitar o ato ilícito.

Na forma mais comum a sistemática da “saidinha de banco” se efetiva por meio do monitoramento dos criminosos aos usuários que procuram as agências bancárias e repassam informações aos companheiros que estão do lado de fora da agência. Geralmente, os criminosos acompanham trajetos, hábitos, vestuário, comportamento das vítimas e a partir dessas informações, quando o cliente deixa a agência, é surpreendido e assaltado.

As instituições financeiras trabalham com diversos tipos de operações, dentre elas transferências de valores consideráveis. E esta seria uma forma segura de os usuários realizar saques, evitando possíveis roubos, furtos nas mediações bancárias, amparado pelo denominado risco do empreendimento, uma vez que as entidades monetárias têm a responsabilidade direta pelos mecanismos criados

para manuseio dos recursos e outros meios de pagamentos, vedas de produtos e prestação de serviços.

Conclui-se que a obrigação das instituições em promover a privacidade e segurança permanece, no entanto o que se destaca é o fator negligência por parte dos clientes e não clientes no momento de retirada de seus recursos, podendo alterar o curso da responsabilidade.

Durante anos os órgãos competentes como o BACEN, FENABAN e FEBRABAN além das próprias instituições não mediram esforços na criação de medidas e resoluções que contribuem e até mesmo obrigam as instituições a cumprir o seu papel para dirimir os riscos, por outro lado, trazendo assim, a discussão de utilização dos institutos da culpa concorrente e culpa exclusiva da vítima.

Sendo assim, cabe análise do caso concreto, comprovada a inexistência de falha por parte da instituição no momento do atendimento bancário, resguardando assim a privacidade e cumprindo todas as exigências legais, após análise cabível aplicação da concorrência podendo ser de forma parcial e até exclusiva de forma integral.

De forma bem clara o Sistema Monetário Nacional editou rigidamente várias normas disciplinando entre atendimento, dever de segurança e medidas capazes até mesmo de eliminar o risco do furto e roubo no interior e nas proximidades das agências, uma vez cumprida todas as normas legais o estudo conclui que a responsabilidade civil objetiva dos bancos continua, todavia, com a globalização e o avanço de mecanismos eletrônicos, deverá ser analisado o caso concreto respeitando os princípios da culpa concorrente e culpa exclusiva da vítima, verificando o fator negligência de ambas as partes.

Dentre as dificuldades encontradas no decorrer do estudo e que podem ser consideradas como limitações a escassez de fontes de consulta, seleção de material são alguns pontos que podem ser mencionados. Porém, o desenvolvimento do trabalho e em função da relevância do tema, merece ser mais bem explorado e, por isso, pode ser prosseguido em outras oportunidades,

6 REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução 2.878, de 26 de julho de 2001.** Dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2001/pdf/res_2878_v4_L.pdf> Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei n. 2.878, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Revogado) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 27 nov. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Plabo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3 : responsabilidade civil . 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Causas excludentes da responsabilidade civil.** Jusbrasil, 2008. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/247386/causas-excludentes-da-responsabilidade-civil>> Acesso em: 27 nov. 2018.

HORA NETO, João. O crime de saidinha de banco e o fortuito interno. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3361, 13 set.

2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22608>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

RAMOS, Anália Saraiva Martins; COSTA, Fabrício de São Paulo H. A Rubim. Serviços bancários pela internet: um estudo de caso integrando a visão de competidores e clientes, **Revista de Administração Contemporânea**, vol.4 no.3 Curitiba Sept./Dec. 2000. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-655200000300008> Acesso em: 27 nov. 2018.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5939, de 4 de abril de 2011**. Dispõe sobre a proibição de celulares e aparelhos de transmissão no interior das agências bancárias. Disponível em:<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/f74990ded17beda18325786f005bcb7e>> Acesso em: 27 nov. 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio e AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed. Editora Método, GEN – Grupo Editorial Nacional 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. APL:**00092705120138260565** SP 0009270-51.2013.8.26.0565. Rel. Álvaro Torres Júnior, 27/07/2015, 20ª Câmara de Direito Privado.

NOTA:

[1][1] Doutora em Ciências pela USP. Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo e orientadora deste artigo

EDUCAÇÃO: UM DEVER ESTATAL E A GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CARMELITA ANGELICA LACERDA BRITO DE OLIVEIRA: Advogada. Bacharel em Ciências Contábeis (2010); Bacharel em Direito (2011); Especialista em Direito Constitucional e Administrativo (2014); Especialista em Direito Processual Civil (2015); Mestranda em Direito pela UFC.

MÁRIO CORREIA DE OLIVEIRA JÚNIOR
(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho justifica-se por ser a educação um direito social fundamental básico, consagrado no art. 6º da Constituição Federal do Brasil, necessário para o exercício de vários outros direitos fundamentais e de suma importância no processo de concretização da cidadania. Paulo Freire vê a Educação impregnada de esperança, tanto que não hesitou em chamá-la de Pedagogia da Esperança (FREIRE, 1997, p. 136). Baseando-se nessa construção não podemos olvidar que a difusão do conhecimento possibilita a construção da própria sociedade e do seu progresso, assim, é premente a necessidade de se verificar (através de uma pesquisa de revisão bibliográfica de caráter qualitativo) se a educação se qualifica como um dever do Estado, atividade ligada à consecução dos fins estatais, ou se se trata de uma esfera reservada à iniciativa privada, por meio de uma análise da estrutura do Estado e da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chaves: educação; direito social; finalidade do estado.

ABSTRACT: This paper justifies yourself for to be education a basic fundamental social right, established in article 22 of the Federal Constitution of Brazil, essential for the exercise of the several others fundamental rights and of great importance in the process of the achievement of citizenship. Paulo Freire understands Education impregnated of hope, so that he doesn't hesitate call it of Pedagogy of Hope (FREIRE, 1997, page 136). According to this thinking we can't forget that the diffusion of knowledge makes possible the construction of own society and its progress, this way, it's urgent the necessity to check (through

a research bibliography review of qualitative nature) if education qualifies as a State duty, activity linked to achievement of state purposes, or is it's about reserved powers to private initiative, through an analysis of the state structure and of the Theory of Fundamental Rights.

Keys words: education, social rights, purpose of the state

SUMÁRIO 1 INTRODUÇÃO. 2 O ESTADO. 3 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 3.1 Breve Histórico. 3.2 Conceito. 3.3 Classificação. 3.4 Características. 3.5 Direitos sociais. 3.5.1. Conceito. 3.6 Os Direitos Fundamentais na Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. 4 O DIREITO À EDUCAÇÃO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A educação é, não raras vezes, entendida como um dever familiar para com os seus membros. Contudo esta afirmativa é um tanto quanto incompleta, pois não se pode conceber o ensino como obrigatoriedade exclusivamente privada.

O Estado tem grande relevância neste aspecto, pois, é de suma importância averiguar a sua parcela de responsabilidade na instrução da sociedade, entendida esta sob o aspecto educacional, vista não apenas como o ensino formal dos ramos científicos, e sim como aquela apta a inserir o indivíduo no meio social.

A revista Exame.com, em matéria veiculada 23/11/2012, publicou, em seu site, que entre as 100 (cem) escolas com melhores pontuações no Exame Nacional do Ensino Médio-

ENEM, 90 (noventa) estão na rede privada e apenas 10 (dez) são da rede pública de ensino. (PRATES, 2012, p.01)

Historicamente, o sistema educacional brasileiro público foi pouco eficiente em sua capacidade de produzir aprovados e, conseqüentemente, concluintes na idade correta.

O Censo Escolar é um levantamento de dados estatístico-educacionais de âmbito nacional realizado todos os anos e coordenado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais- INEP.

O Resumo Técnico do último Censo Escolar (2012) revelou que no Brasil existem 192.676 estabelecimentos de educação básica no País, nos

quais estão matriculados 50.545.050 alunos, sendo 42.222.831 (83,5%) em escolas públicas e 8.322.219 (16,5%) em escolas da rede privada. As redes municipais são responsáveis por quase metade das matrículas (45,9%), o equivalente a 23.224.479 alunos, seguida pela rede estadual, que atende 37% do total, 18.721.916 alunos. A rede federal, com 276.436 matrículas, participa com 0,5% do total (INEP, 2013, p.14).

Contudo, como demonstra o mesmo relatório, houve uma queda de 1,9% nas matrículas da rede pública em relação a 2011. Em contrapartida, a rede privada cresceu 5,1%, mantendo a tendência dos anos anteriores (INEP, 2013, p.14).

De acordo com o Censo de 2011, existiam 194.932 estabelecimentos de ensino de Educação Básica pelo Brasil, sendo 157.381 na rede pública e 37.551 na rede privada. No Censo 2012 o número de estabelecimentos caiu para 192.676, sendo 154.616 na rede pública contra 38.060 na rede privada. (INEP, 2013, p.15; INEP, 2012, p.33)

Tais fatores são preocupantes quando se analisa o Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE em 2010 onde a população brasileira em idade escolar regular seria de 80.168.355 (em idade de 0 a 24 anos). Ou seja, cerca 29.623.305 jovens de idade de 0 a 24 anos não estão na escola. (IBGE, 2010, p.01).

Sem desconsiderar os fatores econômicos que levam os jovens a renunciarem ao estudo em prol de garantir a própria subsistência familiar, atrelada à cultura brasileira que não tem o hábito do estudo, o maior agravante é a falta de disponibilização do ensino público, pois, embora o Governo faça "propaganda" de que o índice de analfabetismo venha diminuindo no Brasil, houve uma real diminuição do número de escolas públicas, o aumento no número de estabelecimentos de ensino privado no ano 2011/2012 e um crescimento da população brasileira jovem (0-24 anos). Soma-se a este fato a desigualdade de renda que apesar da tendência de redução observada nos últimos anos, segundo o Censo Demográfico de 2010, ainda é bastante acentuada no Brasil. Embora a média nacional de rendimento domiciliar per capita fosse de R\$ 668,00 em 2010, cerca de 25% da população recebia até R\$ 188,00 e metade dos brasileiros recebia até R\$ 375,00, menos do que o salário mínimo naquele ano (R\$ 510) (IBGE, 2010b, p.01). Fatos que, se não forem acompanhados

das políticas públicas devidas, podem gerar uma elitização do ensino para as classes mais favorecidas.

Correlacionada esta grave questão está a falta de estrutura para um ensino de qualidade. O jornal O Estado de São Paulo, em matéria de 23/01/2013, divulgou que em 72,5% das escolas não há biblioteca. Com a Lei 12.244/2010, que estabelece a existência de um acervo de pelo menos um livro por aluno em cada instituição de ensino do País, tanto de redes públicas como privadas, o governo teria que construir 130.000 mil bibliotecas até 2020 haja vista que, na rede pública, apenas 27,5% das escolas têm biblioteca. (BALMANT,2013, p.01)

Portanto, em linhas gerais o presente estudo se destina a analisar (através de uma revisão bibliográfica de caráter qualitativo) o direito a educação como um direito fundamental social, resguardado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988- CF/88, bem como, se a existência estatal está diretamente ligada a sua concretude.

2 O ESTADO

Segundo José Afonso Da Silva, país é a demarcação territorial e geográfica de um lugar, considerando apenas o seu aspecto físico. Já o Estado, na definição de Giorgio Balladore Pallirieri, citado por José Afonso:

(...) é uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano e institucionalizado (BALLADORE 1955, *apud*, SILVA, 2007, p.97).

Segundo Dalmo de Abreu Dalari, embora haja divergências sobre a conceituação do Estado, a maioria apontam três elementos que lhes são característicos (um elemento formal: povo e território; e outro material: poder soberano), o que alguns autores denominam de elementos essenciais.

Predominava na Teoria Geral do Estado o conceito tríduo dos elementos estatais, onde um povo soberano em um território delimitado era considerado Estado perante a sociedade internacional.

Com a obra de Alessandro Groppali (Doutrina do Estado, traduzido para o português por Paulo Edmur de Souza Queirós, editora Saraiva) surgiu um quarto elemento– a finalidade–, resguardando,

nesse sentido, o Estado como uma autêntica entidade de fins precisos e determinados.

Como bem anota Roy Reis Friede:

Com a obra de Groppali surge, na concepção estrutural da formação do Estado, um quarto elemento que vem a ser a finalidade, parecendo-lhe óbvio, em primeiro lugar, que as pessoas só se integram num ordem e vivem sob um poder, em função de um fim a atingir, em segundo lugar, o Estado, sendo dotado de ordem própria e poder também próprio, é evidente que deverá ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência. Por último, Ataliba Nogueira procede a um desdobramento da nota característica relativa ao poder, apontando a existência de cinco notas: o território e o povo, coincidindo com os elementos materiais; a soberania e o poder de império, que representa dois aspectos do poder, constituindo, portanto, um desdobramento do chamado elemento formal, e, além desses, a finalidade, que indica mais especificamente como se dá a regulação global da vida social [...]

A doutrina distingue três elementos constitutivos do Estado: território, população e governo. Certos autores, como Alexandre Groppali, admitem outro elemento – a finalidade [...]. (FRIEDE, em fase de elaboração)¹.

Groppali assenta seu posicionamento em duas premissas: primeiramente “as pessoas só se integrariam numa ordem e viveriam sob um poder em função de um fim a atingir” e, segundo, “o Estado sendo dotado de ordem própria e de poder próprio, é evidente, que deverá ter uma finalidade, peculiar, que justifique a sua existência” (GROPPALI, *apud*, DALARI, 1998, p.24). E essa nova conceituação vem ganhando espaço na doutrina brasileira (pode-se citar José Carlos Ataliba Nogueira e Dalmo e Abreu Dalari), pois, o ente estatal deixa de ser um fim

em si mesmo para constituir um instrumento. O meio pelo qual se realiza o fim precípua: o bem estar social.

Finalmente, se pode entender o estado como um ente jurídico dotado de personalidade internacional, formado de uma reunião de indivíduos estabelecidos de maneira permanente em um território, sob a autoridade de um governo independente e com a finalidade de zelar pelo comum daqueles que o habitam. E a fim de organizar os elementos estatais eis que surge a Constituição como a norma suprema do Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) condensou em seu artigo primeiro o próprio nome, pelo qual se depreende a forma do Estado e a forma de governo.

E, ainda, sob o título de princípios fundamentais elencou, de forma exemplificativa, os objetivos fundamentais do nosso Estado no artigo terceiro. Caracterizando os principais fins do Brasil, *in verbis*:

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

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

Além de o artigo traduzir os princípios relativos à organização (I), revela, também, princípios relativos às prestações positivas do Estado (II, III e IV). Tais objetivos são valorações políticas fundamentais externadas pelo constituinte com função ordenadora e dotados de efetividade, além de se revelarem como formas de efetivação da dignidade da pessoa humana, fundamento ou mandamento nuclear da CRFB/88 e princípio matriz dos direitos e garantias fundamentais, o qual, juntamente com os demais artigos do presente Título (Dos Princípios Fundamentais), formam a síntese de todo o restante das normas constitucionais, as quais lhes podem ser direta ou indiretamente reconduzidos.

OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1 Breve Histórico

O reconhecimento de direitos essenciais à condição humana, ditos fundamentais, expressamente nas Cartas Políticas, é relativamente recente. Para José Afonso da Silva a consagração de Direitos e Garantias Fundamentais se revela como uma "reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários". E continua:

Efetivamente, na sociedade primitiva, gentílica, os bens pertenciam, em conjunto, a todos os gentílicos e, então, se verificava uma comunhão democrática de interesses. Não existia poder algum dominante, porque o poder era interno à sociedade mesma. Não ocorria a subordinação nem opressão social ou política. O homem buscava liberta-se da opressão do meio natural, mediante descobertas e invenções. Com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, contudo, aparece uma forma social de subordinação e de opressão, pois o titular da propriedade, mormente da propriedade territorial, impõe seu domínio e subordina tantos quantos se relacionem com a coisa apropriada. Surge, assim, uma forma de poder externo à sociedade. (SILVA, 2007, p.150).

Assim com o surgimento do Estado emergiu um aparato político para sustentar a opressão do poder dominante, que subjogava os dominados, social e politicamente. E as revoluções históricas são, senão, um reflexo das lutas que buscavam a libertação social da opressão.

Nesse ínterim houve algumas declarações formais que reconheciam alguns direitos, embora timidamente.

Só na Idade Média surgiram os antecedentes mais diretos das liberdades democráticas. Período este em que houve grande influência do direito natural, o qual tinha como pressuposto um direito ideal, preexistente e inato à condição do homem.

Apenas no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, apareceram as declarações de direitos de maneira formal e sistematicamente estabelecidas, no sentido moderno de ordenamento jurídico. Tinham o fito precípua de limitar o poder do rei (ou governante),

protegendo o indivíduo das arbitrariedades. Refletiam o pensamento político europeu e internacional que expressava a corrente filosófica e humanitária que objetivava a libertação humana do absolutismo e do regime feudal. Tais declarações tem essa característica por serem documentos advindos de revoluções da burguesia, que era reprimida apenas politicamente e não economicamente.

Com a Revolução Industrial surgiu a classe operária. Esta nova “casta” social demonstrou ser insuficiente apenas as liberdades formais (direitos civis, políticos e liberdades individuais), abstenções estatais, haja vista, que à época, o capitalismo acentuou as desigualdades sociais, gerando grande marginalização e a consequente concentração de renda à dada parcela da sociedade. Visto que, a opressão a que estavam sujeitos era de nítido caráter econômico. Com isso, de nada adiantava as Cartas políticas consagrarem liberdade a todos se a maioria não tinha condições materiais de usufruí-las. Com o fim da Primeira Grande Guerra Mundial (1918), as desigualdades entre os níveis sociais se agravou, desse modo, a igualdade formal não mais subsistia para que se pudesse considerar todos igualmente livres.

A partir daí insuflaram-se movimentos de cunho socialista, a exemplo do marxismo e do socialismo. Essas correntes ideológicas incentivaram movimentos sociais no mundo ocidental, criando um cenário no qual os trabalhadores buscavam seus direitos, através do questionamento da divisão do trabalho e do capital. O Estado reagiu a esse movimento operário do século XX ofertando proteção social, findando por consagrar os direitos sociais nas constituições dessa época. Entre elas, a que primeiro sistematizou esses direitos foi a Constituição Mexicana de 1917.

Contudo, foi a Constituição Alemã de Weimar de 1919 que teve maior influência no Constitucionalismo Pós-Primeira Guerra Mundial, embora a Constituição Mexicana fosse mais avançada, em termos de garantismo social. Inegável foi o avanço dessas Cartas Política, não obstante se limitassem a reconhecer direitos econômicos e sociais dentro de um regime capitalista.

Outro importante documento é a Declaração dos Direitos do Povo e do Trabalhador e Explorado, aprovado no terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes de 1918, o qual buscou libertação de qualquer opressão e

exploração do homem pelo homem, abolindo definitivamente a divisão de classes e que, objetivava fazer triunfar o socialismo em todos os países.

Todos esses documentos passaram a ter um caráter supralegal, fazendo com que os organismos internacionais elaborassem declarações com o fito de estender os direitos fundamentais, neles consagrados, a todos os indivíduos, independentemente da nacionalidade.

Culminando, assim, na Declaração Universal dos Direitos do Homem que foi aprovada pela Organização das Nações Unidas- ONU (1948), mas que não se tornou um instrumento cogente às nações. Dependendo da adesão espontânea de cada Estado. O Brasil, por exemplo, só veio a ratificar este documento em 1992, passando a vigorar internamente em 24/04/1992².

3.2. Conceito

Para Luiz Alberto David Araújo:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAÚJO et. al, 2005. p.109-110)

Os direitos fundamentais surgiram juntamente com o constitucionalismo, que tem por característica principal a busca pela limitação do poder do governante. Essa busca propiciou fundamentos para revoluções sociais (Revolução Francesa de 1789, Americana de 1776), conforme a sociedade sentia necessidade por direitos diversos daqueles já conquistados. Isto levou a consagração de vários direitos fundamentais (civis, sociais, econômicos, culturais, etc.), tendo todos eles como núcleo central a dignidade da pessoa humana (defendida por alguns autores como axioma universal da humanidade), extraído desse, direta ou indiretamente, o seu fundamento.

A Constituição da República Federativa do Brasil adotou em seu art. 5º, §2, a Teoria Material dos direitos fundamentais, onde os direitos são

fundamentais de acordo com seu conteúdo, independentemente de estarem expressamente consagrados, ou de terem natureza constitucional ou legal. O que remonta a noção de dignidade da pessoa humana como cerne dos direitos fundamentais.

Grande parte da doutrina brasileira costuma distinguir os direitos humanos e os fundamentais, qualificando esses como os direitos ligados à dignidade da pessoa humana consagrados pelo ordenamento jurídico de cada país. E aqueles como sendo os que estão consagrados no plano internacional.

3.3 Classificação

Nesse envolver histórico fica visível a impossibilidade de se dividir os direitos e garantias fundamentais em períodos estanques e predefinidos. Pois a mudança de pensamento surgiu como uma evolução, miscigenada com as garantias da conquista.

Dentre vários critérios existentes, costuma classificar os direitos fundamentais em geração de direitos³, preferindo parte da doutrina a terminologia dimensão⁴: (LENZA,2010; MORAES, 2007):

1ª dimensão: estão relacionados com as liberdades públicas e aos direitos políticos, dizem respeito ao ser humano na sua individualidade e se caracteriza como prestações negativas do Estado, para limitar o poder do governo.

2ª dimensão: é o surgimento dos direitos sociais, como complemento às liberdades, visando a igualdade material entre os indivíduos, versam sobre os direitos sociais, culturais e econômicos.

3ª dimensão: surgimento de uma coletividade internacional marcada por problemas e preocupações mundiais. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.

4ª dimensão: relacionados ao campo da engenharia genética, visando resguardar o patrimônio genético.

Para Paulo Bonavides (2008, p.579) ainda se deve reconhecer como direitos de 5ª geração o direito à paz⁵

3.4 Características

Pedro Lenza, (2010, p.741) citando os atributos elencados por David Araújo, traz as seguintes características para os Direitos e Garantias Fundamentais

- **Historicidade:** possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando aos dias atuais;
- **Universalidade:** destinam-se, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos.
- **Limitabilidade:** os direitos fundamentais não são absolutos, havendo, muitas vezes, no caso concretos, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição, ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição.
- **Concorrência:** podem ser exercidos cumulativamente, quando, por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, juntamente, emite uma opinião (direito de opinião).
- **Irrenunciabilidade:** o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade.
- **Inalienabilidade:** como são conferidos a todos são indisponíveis; não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial.
- **Imprescritibilidade:** "[...] prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição". (ARAUJO 2006 *apud* LENZA, 2010, p. 741)

Como toda classificação, é apenas um meio que facilita a interpretação do instituto dos direitos fundamentais, não sendo a única na doutrina, mas possui grande utilidade para se averiguar a extensão de tais direitos no caso concreto, pois, podem vir a ser reduzido proporcionalmente o âmbito de sua atuação, quando houver colisão com direitos de terceiros ou direitos coletivos.

3.5 Direitos sociais

Com o fim da Grande Primeira Guerra Mundial, assolou o mundo uma grave crise econômica que levou à ruína o modelo de Estado Liberal, que tinha como ideologias o liberalismo político e econômico, e, portanto, o escopo de salvaguardar apenas direitos civis e políticos, já que a atuação do Estado era essencialmente abstencionista.

Com a crise do Estado Liberal surge um novo modelo: o Estado Social, que abandona a postura abstencionista e passa a intervir nas relações sociais, trabalhistas e econômicas, tendo um papel decisivo na produção e distribuição de bens essenciais, como forma de garantir o bem estar social.

É nesse período que surgem os direitos sociais, os quais passaram a ser uma tradição das constituições que emergiram desse período. Tais direitos buscavam a consagração de uma igualdade material e não apenas formal, com um enfoque coletivo e não apenas individual.

3.5.1. Conceito

Os Direitos Sociais têm por finalidade permitir que as pessoas disponham de serviços que garantam uma mínima qualidade de vida, imprescindível para o pleno gozo dos direitos, por isso, tendem a exigir do Estado intervenções na ordem social segundo critérios de justiça distributiva. Assim, diferentemente dos direitos liberais, se realizam por meio de atuação estatal comissiva, com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais. Por isso, tendem a possuir um custo alto e a se realizar em longo prazo.

A atual Constituição Brasileira de 1988 estabelece que são direitos sociais o acesso à: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social e a proteção à maternidade, à infância e aos desamparados (art. 6º da CF/88).

3.6 Os Direitos Fundamentais na Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988

Após esse breve introito, pode-se conceituar direitos e garantias fundamentais como instituições e prerrogativas expressamente conferidas ao indivíduo com a finalidade de propiciar uma convivência digna, livre e igual, e, nos dizeres de José Afonso da Silva, “sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (SILVA, 2007, p.178).

As constituições brasileiras sempre trouxeram em seus bojos direitos e garantias fundamentais, mesmo que de maneira assistemática. Mas foi na Constituição Federal de 1988- CF/88 que houve uma ampliação e organização dos direitos fundamentais.

Nos dizeres Flavia Piovesan:

A Constituição vigente simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Há um direito brasileiro pré e pós 1988 no que se refere à proteção dos direitos humanos, considerando os extraordinários avanços do constitucionalismo democrático inaugurado à época da Promulgação da Carta Magna (PIOVESAN, 2012, p. 81).

Na posição de Daniel Sarmento, logo após a promulgação da Constituição de 1988, houve no Brasil um “constitucionalismo de efetividade”, onde alguns autores, como Luis Roberto Barroso, defendiam a constituição como norma jurídica, a qual deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, o que antes não ocorria. (SARMENTO, 2012, p.15).

Assentada tal conquista dogmática é que, atualmente, propugna pela a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Para Ingo Sarlet (SARLET, 2002, p.8) tal princípio se encontra insculpido no art. 5º, §1º da CF/88, constituindo um postulado normativo, nos dizeres de Humberto Ávila (ÁVILA, 2005, p. 87).

Este gênero de direitos se encontra consagrado sob o Título II da CRFB/88 que se repartem em cinco importantes capítulos (espécies), quais sejam (BRASIL. Constituição, 1988):

- a) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos;
- b) Dos Direitos Sociais;

- c) Dos Direitos da Nacionalidade;
- d) Dos Direitos Políticos; e
- e) Dos Partidos Políticos

Ressaltando que os direitos fundamentais adotados pela República Federativa do Brasil não se restringem aos que ela expressamente elenca neste título, pois se encontram dispersos no próprio corpo constitucional, como em Tratados e Convenções dos quais o Brasil seja signatário, e, também, em diplomas normativos esparsos, desde que coerentes com o regime e princípios jurídicos adotados e decorram da dignidade da pessoa humana, o denominado Bloco de Constitucionalidade⁶, ou teoria material dos direitos fundamentais.

A eficácia desses direitos no ordenamento jurídico está resguardada no art. 5º, § 1º da CRFB/88, que imprime aplicabilidade imediata. Pois, embora não sejam absolutos, os direitos fundamentais só podem ser restringidos em virtude do bem-comum e a fim de possibilitar o exercício de outro direito fundamental.

4 O DIREITO À EDUCAÇÃO

Quando da conquista das liberdades democráticas, o indivíduo era concebido isoladamente - dissociado do grupo, da família ou da vida econômica. Era uma igualdade abstrata, pois se desconsiderava circunstâncias que tornam as pessoas diferentes no plano social e vital, permitindo injustiças e a iniquidades na repartição de riquezas, prosperando a miséria do proletariado e o enriquecimento de poucos.

Com a influência do socialismo, os direitos sociais se tronaram meios para a melhoria da condição de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. A qual se constitui como um fundamento do Estado Democrático Brasileiro, conforme dispões o art. 1º, III da Constituição Federal – CF/88.

A normatização dos direitos sociais se iniciou na Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil de 1934, contudo, era essencialmente programática, de cunho meramente norteador da atividade estatal, e sem uma exigibilidade concreta.

Foi na Carta Magna de 1988 que se consolidou a força normativa da constituição, a sistematização dos direitos sociais e que houve uma busca pela efetiva aplicabilidade de tais direitos nas bases de uma justiça social, por isso, consagrou, em seu artigo 6º, a educação como um direito social.

O conceito de educação, conforme ensina José Celso de Mello Filho, citado por Alexandre de Moraes:

é mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) deixá-lo apto para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático (MELLO 1986 *apud* MORAES, 2007, p. 786).

O termo educação, utilizado na Constituição Federal, é entendido em sentido lato para abranger tanto o ensino básico⁷ (infantil, fundamental e médio) como o ensino superior.

A forma ou conteúdo dos direitos sociais se encontram no Título Da Ordem Social, arts. 205-214 (BRASIL. Constituição, 1988). Sendo, portanto, o ensino um lícito direito fundamental e que clama por prestações estatais diretas e indiretas.

O art. 205 estabelece que é dever do Estado aparelhar-se para fornecer a todos os serviços educacionais, como também, assegurar o exercício igualitário desse direito, no sentido de sua plena e efetiva realização (BRASIL. Constituição, 1988).

Esse artigo também nos informa as metas que se pretende alcançar com o sistema de ensino:

- a) Pleno desenvolvimento da pessoa;
- b) Preparo para o exercício da cidadania; e
- c) Qualificação para o trabalho.

Ou seja, a Constituição (BRASIL, 1988) buscou deixar inculcado que almeja a integração do educando na sociedade e seu pleno desenvolvimento como ser, cidadão e produtor. Não sendo o espírito da norma a exclusão social por falta de instrução, e sim a inclusão por meio de acesso pleno a educação.

Esses objetivos só são possíveis se o direito de ensino for norteado por alguns princípios, como cita José Afonso da Silva (2007, p.312), "universalidade (ensino para todos), igualdade, liberdade, pluralismo,

gratuidade do ensino público, valorização dos respectivos profissionais, gestão democrática da escola e padrão de qualidade”. Princípios esses que a própria CF/88 cuidou em deixa-los inculpidos no texto constitucional, em seu art. 206 (BRASIL. Constituição, 1988).

Assim as normas constitucionais elevam a educação à categoria de serviço público essencial e tem uma nítida preferência constitucional pelo ensino público, inclusive destinando recursos de repasse obrigatório (excepcionando um Princípio de direito financeiro de não vinculação da receita, inculpido no art.167, IV, CF/88) e impondo um sistema de ensino público e gratuito, minimamente, ao ensino fundamental, além de estabelecer o dever de, progressivamente, universalizar o ensino médio público, bem como a integração dos portadores de deficiência com o atendimento especializado e, preferencialmente, na rede de regular de ensino. Sem mencionar as várias outras prestações elencadas no art. 208 da CF/88 que possibilitam o pleno acesso ao ensino democrático (BRASIL. Constituição, 1988).

Tanto o é obrigação positiva estatal, que o §1º, do art. 208 da Carta Política afirma seu caráter de direito público subjetivo, podendo, ser exigido judicialmente se houver omissão na sua prestação ou ser prestado por meio de repasse de verba educacional para entidades privadas para que assegurem bolsas de estudo quando não houver escolas públicas ou vagas disponíveis, na forma do art. 213, §1º da CF/88 (BRASIL. Constituição, 1988).

Os direitos sociais tem uma forma de tutela de situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. José Afonso da Silva (2007, p.180) diz que os direitos sociais são princípios programáticos.

Ousando discordar do renomado constitucionalista, pode-se verificar que as normas concernentes à educação não são uma *faculta agendi* do Estado. Princípios Programáticos ou normas programáticas não geram direitos subjetivos (como a própria CF/88 no §1º do art.208 é expressa em referir). A Constituição indica mecanismos, políticas, e com isso preordena situações jurídicas objetivas com vistas à aplicação satisfativa desses direitos.

A necessidade de legislação posterior para a estruturação do ensino, suas diretrizes, bases e a orientação pedagógica são formas de se garantir os objetivos que se busca com a educação (pleno desenvolvimento da

pessoa; preparo para o exercício da cidadania; e qualificação para o trabalho).

Ingo Wolfgang Sarlet acentua a eficácia vinculante dos direitos sociais, mesmo que venham a reclamar uma eventual interposição legislativa (SARLET, 2007b, p. 312–317).

Daniel Sarmento, ao manifestar-se sobre a proteção judicial dos direitos sociais, preconiza que pelo fato desses serem garantidos pelo Estado por meio de políticas públicas, não os torna imunes ao controle judicial. Sustenta que os direitos sociais, por constituírem autênticos direitos, podem e devem ser assegurados pela via jurisdicional em casos de omissões injustificáveis ou arbitrariedades das autoridades competentes. (SARMENTO, 2008b, p. 580).

Hodiernamente, o ente estatal se escusa de realizar o comando constitucional sob o véu da Reserva do Possível⁸, como justificativa à falta de investimento e à precariedade do ensino. Inegável que os direitos sociais, em grande parte prestacionais, são dependentes de fatores econômicos e da disponibilidade de verbas, e, portanto, a escassez de recursos passa a ser verdadeiro limite fático a sua plena concretização. Contudo, o Supremo Tribunal Federal⁹ vem estabelecendo o dever estatal de realizar o mínimo existencial¹⁰ e o dever do não retrocesso, a fim de evitar a lesão a estes direitos constitucionais.

A educação constitui um meio real para o exercício eficaz de todos os direitos e liberdades, garantindo a própria democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a educação decorre diretamente da dignidade da pessoa humana. Diz Morgan, citado por José Afonso, que “a democracia no governo, a fraternidade na sociedade, a igualdade de direitos e privilégios e a educação universal antecipam o próximo plano mais elevado da sociedade, ao qual a experiência, o intelecto e o saber tendem firmemente” (MORGAN 1975, *apud* SILVA, 2006, p.831).

Sem o ensino o ser humano não é capaz de desenvolver suas habilidades, a consciência, o respeito e a cidadania. Por isso, é tratado por nossa Carta Magna como um Direito Fundamental de segunda dimensão, dito social, pois visa, sobretudo, a justiça social entre as pessoas e o pleno desenvolvimento do ser humano. Isto se releva como um fundamento da nossa República e como uma finalidade do próprio Estado Brasileiro, assim,

a Carta Política de 1988 traz expressamente o ensino básico, gratuito e obrigatório, como um direito subjetivo, exigível judicialmente caso o Poder Executivo se omita neste dever.

Inclusive se assegura mandado de segurança¹¹ contra ato ilegal de dirigente de uma entidade de ensino superior privada pelo fato de que esta atividade consiste em uma delegação¹² (o particular desempenha função que seria atribuição pública) do Poder Público e não simples autorização.

Para um ensino de qualidade deve haver uma integração entre Estado, família e sociedade, contudo, o aparelhamento estatal é o mais predisposto a efetivar o ensino. Principalmente por cooperação entre os entes federativos (União, Estados-membros e Municípios) na estruturação do ensino público. Pois, embora haja coexistência entre o ensino público e privado, é clara a opção política pelo ensino público, para garantir o acesso de todos à educação e, também, por meio de imposição de investimentos obrigatório neste serviço público.

Tal constatação implica não apenas no aumento do rol de serviços públicos a cargo do Estado, mas traz consequências práticas de grande monta. Pode-se citar, a título de exemplo, que os gastos efetuados com a educação no ensino privado, seriam totalmente deduzidos, na Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda, sem a submissão ao atual limite individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) por contribuinte e dependentes, pelo teor do art. 81 do Decreto 3.000 de 26 de março de 1999- Regulamento do Imposto de Renda. Pois, esta despesa receberia tratamento tributário análogo ao dispensado à saúde, onde não há limitação de valor para deduções – Art. 80 do Decreto nº 3.000/99- já que tal direito encontra a mesma guarida constitucional que o direito à educação¹³- art. 6º da CF/88 e o artigo que a regulamenta impõe o mesmo ônus ao estado daquele dedicado à educação, conforme disposto nos art. 205 e 196 da CF/88.

Outra importante consequência é a imposição da obrigação do Poder Público em custear o ensino privado quando, por omissão na prestação deste serviço, não houvesse rede pública de ensino disponível na municipalidade ou essa fosse deficitária (não dispendo, por exemplo, de vagas suficientes para o número de alunos pretensos à matrícula). Este reflexo já vem encontrando guarida na Corte Suprema¹⁴, inclusive para

assegurar tal direito por meio de prestações indiretas, como a de garantir o transporte escolar ¹⁵.

Não se objetiva neste trabalho excluir a iniciativa privada para o ensino (até pela regra expressa no art. 209 da CF/88), o que confrontaria com vários outros direitos fundamentais, a exemplo do direito de liberdade, e poderia ser utilizado como forma de opressão de regimes totalitários, como se revelou a censura durante a ditadura militar no Brasil.

O que se pretende é demonstrar a importância e a consequência de uma mudança de postura do Estado, assumindo, nessa conformação, o papel de agente assecuratório da mencionada garantia social, mediante a política prestacionista, direta e indireta, e lhes destine à máxima efetividade.

5 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

ASSUNÇÃO, Maria Luíza Santana. **O direito ao mínimo existencial**. COMMUNITAS – Revista de Direito - v. 1, n. 2- jul./dez, 2010. Disponível em <http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/communitas/article/view/246/207>. Acessado em 23/02/2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**- 22ª ed.- São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560-589.

BALMANT, OCIMARA. **Em 72,5% das escolas não há biblioteca; lei prevê obrigatoriedade até 2020**. O Estado de São Paulo [online]. São Paulo, 23 de janeiro de 2013. Notícia. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,em-725-das-escolas-nao-ha-biblioteca-lei-preve-obrigatoriedade-ate-2020-,987556,0.htm> >. Acessado em: 18/05/2013.

BRASIL. **Constituição**(1988). Disponível em:. Acessado em 20/07/2011.

BRASIL **Lei de Diretrizes e Bases da Educação- LDB**. Disponível em:. Acessado em 23/02/2013.

CARVALHO, José dos Santos, Filho. **Manual de Direito Administrativo**- 25ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança**-Revista de informação legislativa, v.31, nº 123, p. 259-266, jul./set. de 1994. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176262>. Acessado em 23/02/2012

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIDIER, Fedrier, Jr. **Ações Constitucionais**- 2ª ed.rev. atual. Bahia: Podivm, 2007.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança: Um reencontro com a pedagogia do oprimido**- São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GARCIA, E. **Direito à Educação e suas perspectiva de Efetividade**. Revista Justitia, v. 64, n. 197, p. 89-119, jul./dez. 2007. Disponível em :. Acessado em: 27/07/2011.

IBEG. **Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade** 2010.Disponível em:< http://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/webservice/frm_piramide.php>. Acessado em : 18/05/2013.

IBEG. **Indicadores Sociais Municipais 2010: incidência de pobreza é maior nos municípios de porte médio**. Notícias.Disponível em:< <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2019>>. Acessado em : 18/05/2013.

INPE, **Censo da educação básica: 2012- resumo técnico**. Brasília : Instituto Nacional

de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira; 2013. ISBN: 978-85-7863-023-2. Disponível em:http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf. Acessado em: 18/05/2013.

INPE, **Censo da educação básica: 2011 – resumo técnico**. Brasília : Instituto Nacional

de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira; 2012. ISBN 978-85-7863-017-1. Disponível em: http://http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resu

mos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2011.pdf. Acessado em: 18/05/2013.

JOSINO, Miguel, Neto. **O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3619/o-bloco-de-constitucionalidade-como-fator-determinante-para-a-expansao-dos-direitos-fundamentais-da-pessoa-humana>. Acessado em: 23/02/2012.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **A necessária ponderação entre a teoria da reserva do possível e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.** Disponível em <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/IIImostra/Direito/61738%20-%20FABIANA%20OKCHSTEIN%20KELBERT.pdf>. Acessado em 23/02/2013.

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

MORAES, Alexandre. de. **Direito Constitucional**- 21ª Ed- São Paulo: Atlas, 2007.

Os Direitos Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor, 2008. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declaracao-1948>, acessado em 23/02/2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**- 13ª ed.rev. atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

PRATES, Marcos. **As 100 melhores escolas do país no Enem.** Revista EXAME [on line]. São Paulo. 23 de novembro de 2012.Educação. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/as-100-melhores-escola-do-pais-no-enem>>. Acessado em: 18/05/2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988** – Revista Diálogo Jurídico. nº 10/ jan. 2002., BAHIA, Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf, acessado em 17/03/2013.

_____ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição**

Federal de 1988. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>, acessado em 30/07/2012.

_____ **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, José. Afonso. da. **Curso de Direito Constitucional-** 28ª ed, rev. atual.- São Paulo: Malheiros, 2007.

DIREITO À VIDA: ANÁLISE DA PERSPECTIVA JURÍDICA DO CONCEITO DE NASCITURO, INÍCIO DA PERSONALIDADE E A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

FILIFE RENNER FÉLIX: Graduando em direito pelo Faculdade Serra do Carmo.

LILIANE DE MOURA BORGES [\[1\]](#)

(Orientador)

RESUMO: O direito à vida é um direito imprescritível e irrenunciável resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ocorre que tal direito pode ser contestado, principalmente no que tange ao nascituro. É necessário determinar o momento em que o nascituro inicia a sua vida e adquire os direitos irrenunciáveis previstos na Constituição Federal. O presente trabalho tem por objetivo principal demonstrar, segundo o ordenamento jurídico brasileiro e conforme a doutrina em que momento se dá o início da personalidade e dos direitos do nascituro, bem como verificar as possibilidades conforme a legislação em que é possível a interrupção do direito à vida, praticando o aborto.

Palavras Chave: Direito à vida, Nascituro, Personalidade, Aborto.

ABSTRACT: The right to life is an imprescriptible and inalienable right protected by the Federal Constitution and some other Laws in the Brazilian legal system, it occurs that certain times the present right can be challenged, especially with regard to the unborn. It is necessary to determine when life and the civil personality begin, that is, at what moment the unborn child's life begin and acquires the inalienable rights provided by the law. The main objective of this study is to demonstrate when the personality and the rights of the unborn child begin, as well as to discuss the moments in which it is possible to interrupt the right to life of the same, practicing abortion.

KEY WORDS: Life, Childhood, Personality, Abortion.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se discutir neste artigo qual é o momento que se inicia a vida, atualmente, em razão da proposta de alteração da lei do aborto tem sido um relevante tema de discussão no âmbito jurídico, o presente trabalho tem por objetivo principal analisar, do ponto de vista jurídico, quando se dá o início da vida, a personalidade civil e jurídica do nascituro, bem como discutir as hipóteses de aborto no Brasil, para tanto, o artigo foi dividido em três partes.

A primeira parte abordará os conceitos no âmbito constitucional e civil a respeito do direito à vida e o momento da constituição da personalidade jurídica bem como a definição de nascituro. Na segunda parte trata os princípios constitucionais sobre os direitos e garantias fundamentais do ser humano e por último serão destacadas as questões relacionadas ao aborto e a nova proposta legislativa.

O direito à vida está tutelado pela Constituição Federal de 1988, sendo o maior bem que alguém possui, destacando a sua grande importância. Segundo o entendimento científico a vida inicia na concepção, ou seja, no momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo. Ali já existe uma vida, ainda em formação, sim, mas uma vida. Na concepção, surge um ser vivo possuidor de direitos, que devem ser resguardados com bastante atenção, pois trata-se de um ser humano que ainda não pode responder por si mesmo e necessita de intermediários para que lhe seja resguardado o direito à vida.

Embora o direito à vida seja protegido pela Lei Maior, ainda assim, há quem defenda o direito de cessá-la, praticando o aborto, o Código Penal Brasileiro prevê duas formas de aborto que não são puníveis. Uma, quando a gravidez coloca a vida da gestante em risco de morte, sendo o aborto a única forma de resguardar sua vida e a segunda, nos casos da gravidez ser resultante de um estupro.

Por fim, na terceira parte, considera que a pretensão de violar o direito à vida atinge frontalmente a proteção à dignidade da pessoa humana, resguardado a todos os seres humanos possuidores de personalidade civil e jurídica de acordo com a legislação brasileira.

2 INÍCIO DA VIDA

O início da vida de maneira simples e objetiva é considerado o momento no qual o ser humano foi concebido.

De acordo com a esfera científica o início da vida se dá com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, da seguinte maneira "(...) encerra uma nova combinação cromossômica, que contém uma carga genética própria, com algumas características herdadas dos pais, mas indiscutivelmente individualizada no todo" (PAGANINI, 2008, apud Gilbert, p. 60).

Pela ciência o processo é instantâneo, a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide se dá o início da vida, Ramos afirma que:

Já o embrião, se a ele for oferecido condições de proteção, acolhida e alimentação, ele vai se desenvolver de acordo com um processo, fazendo surgir a vida humana como processo contínuo (com um ponto de início e um ponto de fim), coordenado (autossuficiente, possuidor de instruções para que a vida prossiga) e progressivo (em condições ideais, sempre passará para um estágio seguinte, sem regressos) (RAMOS, *online* 2007).

A religião no Brasil exerce forte influência sobre a população, por isso é importante investigar o pensamento religioso sobre o tema. Neste contexto, descobriu-se que para os religiosos o pensamento é que a vida se inicia com a concepção. Os autores Muto e Narloch, bem elucidam os entendimentos das principais religiões:

5 respostas da religião.

Catolicismo. A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a

posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de "negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano."

Judaísmo. "A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana", diz o rabino Shamaï, de São Paulo. "Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio." Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.

Islamismo. O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

Budismo. A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozoide, mas está presente em tudo o que existe - nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

Hinduísmo. Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem

à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida. (2005, p. 61)

2.1 Considerações sobre o Nascituro

É importante conceituar o termo Nascituro e a renomada jurista Maria Helena Diniz trata de maneira ímpar:

“Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estendo concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.” (DINIZ, 2007, p.362)

Bem elucidativo é o presente conceito, ou seja, nascituro é que está para nascer, que possui os direitos e deveres resguardados desde que foi concebido, passando a ter personalidade jurídica e material, ou seja, um ser possuidor de direitos desde a sua concepção.

Devidamente prevista na Constituição Federal de 1988 o artigo 2º do Código Civil dita que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Em conformidade com a legislação vigente, no momento em que o embrião fecundado está no ventre materno, tem-se o nascituro, ou seja, o feto que deverá nascer.

Fiúza (2002, p.114) explica que:

“O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro”, não são direitos subjetivos. São na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador pra proteger um ser que tem a potencialidade de ser

pessoa, e que, por já existir, pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir quando nascer.”

O nascituro tem seus direitos resguardados pela legislação, embora ainda não possua personalidade jurídica, mas é protegido tanto pela legislação Civil, como na Penal. Na legislação civil, protege-se o direito do nascituro, por exemplo, quando a mãe busca garantir os Alimentos Gravídicos, assim como o direito à herança, já a legislação penal tutela o direito à vida daquele que vai nascer, por isso, o aborto é considerado crime no ordenamento jurídico brasileiro.

Quem também defende essa ideia é Pereira (2005, p. 152):

A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o nascituro, consiste no reconhecimento de que a este devem ser proporcionados todos meios idôneos e necessários para seu desenvolvimento com todas as suas potencialidades. Não basta, portanto, garantir a vida do feto, deve-se, pois, conceder ao mesmo o direito de sobreviver em condições de plena dignidade.

Portanto, está claro e evidente que o nascituro é, em si, uma pessoa, e como tal, portadora de personalidade jurídica desde a concepção, com direitos garantidos desde tal momento, sendo o mais relevante de todos os direitos à vida, e a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantidos, em conformidade com o inciso III do art. 1º da atual CRFB.

2.2 Personalidade Civil e Jurídica

O Código Civil de 2002 dispõe que a personalidade civil inicia com o nascimento com vida, mas garante os direitos do nascituro, ou seja, o que ainda não nasceu mas já foi concebido.

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida, não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência de um direito

potencial ao ente concebido, que abrange o *infans iam conceptus nondumnatus*. (PEREIRA, 1996, p.185)

Precisamente falando, Coelho explica que desde que o ser biológico formado no útero materno nasça com a vida ele possui a personalidade jurídica, encerrando-a apenas com a sua morte:

Os sujeitos humanos são os homens e mulheres. Estes sujeitos surgem, para o direito, desde o momento em que um embrião do mamífero primata *Homo sapiens* se encontra alojado no útero de uma fêmea da espécie e inicia seu processo de formação de um animal biologicamente independente. Enquanto alojado no útero da mãe, o sujeito de direito é chamado de *nascituro* e não tem personalidade jurídica. É um sujeito despersonalizado. Só pode praticar os atos para os quais haja expressa previsão legal, como, por exemplo, receber bens em doação (CC, art. 542). Seu estatuto jurídico altera-se substancialmente quando, decorridos cerca de nove meses, o processo de formação de um animal biologicamente independente expulsa o ser humano do aconchego do útero materno. Se, nesse momento, nascer com vida (respirar), o sujeito adquire personalidade jurídica, isto é, torna-se uma *pessoa* para o direito. (COELHO, 2012, p. 331)

A personalidade jurídica do nascituro é um tema altamente discutido, principalmente no que tange definir quando é o tempo certo da aquisição da personalidade jurídica. Assim, ao longo da história do Direito, juristas se debruçaram sobre o tema de modo que existem três correntes de pensamento.

Para seguidores da Teoria Natalista a personalidade jurídica só é adquirida com o nascimento com vida, deixando a salvo os direitos do nascituro, mas deixa claro que o mesmo não possui personalidade, só passa

a possui-la efetivamente com o nascimento com vida. É adotada, por exemplo, por San Tiago Dantas, Silvio Venosa e Silvio Rodrigues.

Para os seguidores da Teoria da Personalidade Condicionada o nascituro possui uma personalidade de condição suspensiva, que só será efetivada com o nascimento com vida, resguardando que os nascituros com formação total são possuidores de direitos, tais como a vida. Teoria adotada, por exemplo, Clóvis Beviláqua, Arnaldo Rizzardo e Serpa Lopes.

E há os seguidores da Teoria Concepcionista que defendem que a personalidade e o direito à vida estão presentes desde a concepção, reconhecendo completamente a personalidade do nascituro. Essa teoria reconhece que o início da vida e da personalidade civil e jurídica se dão no momento em que o espermatozoide fertiliza o óvulo, concluindo que não é necessário o nascimento com vida para ser possuidor de todos os direitos. Adotam essa teoria, por exemplo, Maria Helena Diniz, Pablo Stolze, Pontes de Miranda, Silmara Chinellato, entre outros.

2.3 Direito a Vida na Constituição Federal

O direito à vida é o direito fundamental por excelência. Sem ele, os demais carecem de significado. É o bem maior, sendo assim, um supra direito. Tanto é que os delitos com penas mais severas previstas na legislação penal são aqueles que envolvem a vida humana: homicídio, latrocínio e sequestro com morte.

Considerações sobre o genocídio, as experiências em laboratório com a vida humana, aborto e eutanásia, são questionamentos cada vez mais frequentes no que tange ao direito à vida. Todas essas indagações se colocam ao pesquisador do direito atual.

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao da morte. (SILVA, 1999, p. 201).

As Constituições Brasileiras juntamente com o Pacto de São José da Costa Rica salvaguarda o direito à vida. Mas, além desses de caráter constitucional, tem-se o Código Civil Brasileiro, que no seu artigo 2º estabelece sobre a proteção ao nascituro: “A personalidade civil da homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Para que o direito à vida, o direito soberano entre todos, seja assegurado é de extrema importância que as pessoas vivam em condições mínimas, com saneamento básico, alimentação e estudo. A saúde é um direito de todos, e é obrigação do Estado fornecê-la a qualquer pessoa residente no país, indiferente de ser cidadão brasileiro ou estrangeiro.

A Carta Constitucional de 1988 assegurou a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país direitos e garantias fundamentais, notadamente, no que se refere ao direito à vida, conforme dispõe o Art. 5º caput.

Por ser o principal direito individual, visto que o exercício dos demais direitos depende de sua existência, do direito à vida decorre o direito a integridade física e moral, sendo que na primeira, aparece o direito a saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal. Assim, o direito à saúde foi elevado à estirpe constitucional. Nesta perspectiva, a Carta Magna de 1988, no seu art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Por meio da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi promovido à estirpe de direito subjetivo público, num relevo de que o sujeito é detentor do direito e o Estado o seu devedor, além, é óbvio de uma responsabilidade própria do sujeito que ainda deve atentar para o cuidado de sua saúde.

Assim, na Constituição, no capítulo que versa sobre a seguridade social, inclui-se uma seção especial para a saúde, na qual define o SUS-Sistema Único de Saúde a uma concepção de saúde em que se destacam as

seguintes garantias: a saúde como direito do cidadão; e a saúde não mais com mera assistência médico-hospitalar curativa ou preventiva, mas como resultado de políticas públicas de governo. Nessa concepção a saúde deixa de ser “apenas contraprestação e passa a ser direito público subjetivo da pessoa humana: não é necessário ser contribuinte do sistema de seguridade social para ter direito garantido à saúde” (SANTOS, 2010, p. 12).

A Carta Magna constituiu-se como um marco histórico do amparo constitucional à saúde, tendo em vista que, antes da sua divulgação, os serviços e ações de saúde eram aplicados apenas a organizados grupos que poderiam, de alguma forma, apoiar, ficando de fora as pessoas que não tinham condições financeiras para arcar com o seu tratamento de forma particular e os que não pagavam para a Previdência Social. Frente a esse modelo proporcionado pela Lei Constitucional que a saúde passa a ser, peremptoriamente, um direito de todos e obrigação do poder estatal, o qual deverá garantir o direito a saúde previsto no artigo 196 da CRFB/1988, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

3 Princípios aplicáveis

3.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, a intimidade, à privacidade, ao decoro, enfim, de todos os direitos da personalidade, de tal sorte que se pode afirmar que, pela sua importância, foi inserida na Constituição Federal como uma cláusula geral de proteção à pessoa humana (artigo 1º, III).

Assim, em conformidade com a lição de Paulo Otero, se pode afirmar que o princípio da dignidade humana é:

(...) dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cimeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio

sistema jurídico: homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito. (OTERO, 2003, p. 254)

No texto Constitucional promulgado no ano de 1988 consta a dignidade da pessoa humano como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e ainda assegurou que fosse um dos princípios que regem o direito Penal.

3.2 Direitos Fundamentais

Começar a falar sobre os direitos fundamentais é necessário para entender os princípios da Constituição Federal Brasileira, e a partir de então justificar a importância dos direitos fundamentais.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet conceitua os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas proposições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo). (2011, pg. 77)

Canotilho (1992) explica ainda que os direitos humanos são os utilizados por toda população, todos os povos e desde os primórdios, até porque os direitos fundamentais são os únicos direitos garantidos não importa o tempo ou a época.

Sarlet acrescenta ainda que:

em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos', guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (2006, p. 35)

Já Jorge Miranda consegue ampliar ainda mais sua conceituação dizendo que:

[...] admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito a vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência, tanto da Europa dos anos 30 a 80 deste século como doutros continentes, aí estaria a mostrar os perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas.(MIRANDA, 2000, pg. 9)

iranda (2000) elucida ainda que os direitos fundamentais não são somente os descritos na Constituição Federal, previamente estabelecidos, e sim um sentimento coletivo, uma ideia dominante.

Com base nas teses dos doutrinadores ora apresentados percebe-se que a conceituação quanto aos direitos fundamentais não são unânimes, mas sim há muita divergência, demonstram apenas uma relação existente entre os direitos e garantias fundamentais e as liberdades reconhecidas.

Em referência à diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, nota-se que os termos não se excluem. Ao contrário, e conforme o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2006), devem ser considerados em dimensões cada vez mais inter-relacionadas, embora em suas distintas esferas de positivação. Os direitos fundamentais, em tese, alcançariam um grau de efetividade maior, já que se encontram positivados, enquanto os direitos humanos teriam um grau de efetividade menor por carecerem de fundamentalidade formal.

3.3 Aspectos sobre o Aborto

Ao iniciar os estudos sobre o aborto é necessário conceituá-lo e de fato entender o que significa, Capez (2004, p. 108) assim o define:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto.

Para o doutrinador aborto é a eliminação da vida intrauterina, é ceifar a vida do feto durante a gravidez, ressaltando ainda que não é aborto

a forma com que o feto é retirado do corpo de sua genitora, mas somente ceifar a vida intrauterina, ou seja, ainda no útero materno.

Já Mirabete conceitua como:

Aborto é a interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção. É a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) ou feto (após 3 meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão (2015, p. 59).

Mirabete deixa bem claro que para ser considerado aborto não é necessário que exista a expulsão do corpo da mulher, haja vista que pode ocorrer a morte da gestante, ou mesmo a mumificação do feto antes da eliminação, não descaracterizando a prática do aborto.

“A palavra aborto vem do latim *ab-ortus* que significa privação do nascimento a interrupção voluntária da gravidez com a expulsão do feto do interior do corpo materno, tendo como resultado a destruição do produto da concepção”, é o conceito de Pierandeli (2005, p. 109), evidenciando que a prática do aborto tem a consequência da expulsão do feto do corpo da genitora.

Diante do acima exposto é possível entender que o aborto é a interrupção da gravidez, a qualquer tempo antes do nascimento.

O Código Criminal do Império passou a considerar aborto como crime em 1830, incluído como crimes contra pessoa e vida, sendo punido somente o aborto consentido e sofrido, conforme segue:

Art 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada. Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas.

Art 200. Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticantes de tais artes. Penas: dobradas.

Na referida legislação o aborto era considerado crime somente quando praticado por terceiros, mesmo com consentimento, não era considerado crime quando fosse praticado pela própria gestante.

O Código Penal da Republica, promulgado em 1890 considerava aborto como crime mesmo quando fosse praticado pela própria gestante, bem como passou a evidenciar que crime ocorreria com ou sem a expulsão do feto do útero da gestante, o mesmo dizia que:

Art.300 provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano.

§1º Se em consequência do Aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos.

§2º Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina. Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.

Art.301 Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de 1 a 5 anos.

Parágrafo único :Em igual pena incorrera a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses fim os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria.

Art.302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligencia. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.

As limitações da época ficam nítidas ao analisar a evolução da Legislação Brasileira, como um todo, mas evidenciaram que o aborto sempre foi considerado crime.

O aborto voluntário é considerado delito pela maioria das Legislações e condenado pela moral Cristã.

Aborto provocado, como o nome é auto explicativo, (voluntário ou direto) é a interrupção deliberada da gravidez pela extração do feto da cavidade uterina.

A interrupção provocada se dá por meio da administração de medicamentos, ou introdução de instrumentos no útero. Ela pode ser feita pela própria gestante, por curiosas ou por médicos (JAKOBI, 2005).

O aborto provocado pode ser legal ou criminoso. Legal é o aborto provocado nos casos em que a lei o autoriza. Segundo Warley Rodrigues Belo (1999, p. 20),

[...] entre nós, o Código Penal brasileiro só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário (profilático ou terapêutico), previsto no art. 128, I do CP, quando a interrupção da gravidez é absolutamente necessária para se evitar perigo fatal à vida da gestante, e o aborto sentimental ou humanitário, descrito no art. 128, II, CP, hipótese em que a gravidez é oriunda de violência sexual.

Já o aborto criminoso é aquele que se provoca fora dos casos legais. Estão nesse caso, os chamados aborto eugênico (quando há sério e grave problema na morfologia do corpo fetal); o econômico (permitido às famílias que passam por difícil situação econômica, no intuito de não agravar a

situação social); estético (para não enfeitar a mulher, tornando-a sexualmente menos atraente); moral (gravidez extramatrimônio) ou individual ocorre por (vaidade, egoísmo, horror à responsabilidade).

3.4 Direito do Nascituro e o Aborto

O aborto passou a ser considerado crime, abrangendo todas as modalidades em 1940 com a promulgação do Código Penal.

O presente Código passou a ser detalhado quanto à criminalização da prática do aborto, independente da circunstância, punindo o exercício da medicina de quem praticou o aborto, a prisão independente da anuência ou não da gestante, punindo mesmo a gestante em caso de aborto voluntário, reduzindo somente a pena em caso da realização do aborto para ocultar a desonra.

O código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costume e hábitos na década de 30. Passaram mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mais principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão, eventual anomalia, do feto e, conseqüentemente, a viabilidade da vida extra-uterina. Nessas condições, e perfeitamente defensável a orientação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso (BITENCOURT, 2007, p. 129).

Mesmo diante da precariedade da época o Código Penal tentava elencar todas as possibilidades puníveis da prática do aborto.

Atualmente, o aborto criminoso é aquele realizado pela gestante ou por terceiro com o seu consentimento, conforme definido no Código Penal Brasileiro:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Existe também o aborto permitido que são as hipóteses previstas no artigo 128 do Código Penal, são eles:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A realização do aborto fere a pretensão da vida de um nascituro, é óbvio que uma vez ocorrido o aborto, o nascituro não irá ter a possibilidade de requerer qualquer reparação.

Existe uma discussão em torno do aborto, que defende a ideia que a mulher precisa ter o direito de interromper ou não a sua gravidez, Consideram que a mesma possui autonomia de vontade e é possuidora dos seus direitos reprodutivos. Porém, o feto não é parte do corpo da mulher para que ela seja detentora do direito de interromper uma vida, é considerado um ser com vida própria, possuidor de direitos. Realizar a interrupção é uma afronta a Constituição Brasileira e o direito à vida.

3.5 Projeto de Lei 882/2015

O Deputado Federal Jean Wyllys (PSOL) apresentou o Projeto de Lei nº 882/2015 o qual estabelece políticas públicas no âmbito da saúde sexual e direitos reprodutivos. Busca relacionar a prática abortiva com citações ao livre arbítrio da gestação, além da prestação do serviço de realização do aborto pelo Serviço Único de Saúde (SUS) buscando amparo nos Direitos Fundamentais. O projeto de lei também propõe levar para as escolas ações de prevenção a gravidez, promovidas através do Ministério da Educação assim como, procura efetivar essas políticas de assistência integral à saúde da mulher.

Que estabelece o seguinte:

Art. 10º - Toda a mulher tem o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante, nos serviços do SUS e na rede privada nas condições que determina a presente Lei.

Parágrafo único – Ninguém será discriminado no acesso aos instrumentos e mecanismos previstos nesta Lei por motivos de origem racial ou étnica, religião, convicção ou opinião, sexo, identidade de gênero, deficiência física, orientação sexual, estado civil ou qualquer outro pretexto discriminatório.

Art. 11 - Toda mulher tem o direito a decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas do processo gestacional.

Esse projeto de Lei que tramita no Congresso Federal deu origem a diversas discussões, em relação a criminalização do aborto, proteção constitucional do nascituro, legalidade ou ilegalidade do aborto seguro, questão de saúde pública, entre outros. Inclusive está apenso ao Projeto de Lei 313/2007 apresentado pelo autor e deputado Maurício Trindade, que propõe alterar a Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, vem tratar do planejamento familiar, estabelece penalidades e a oferta de pelo menos três métodos de contracepção reversíveis, um método irreversível para o homem e um para mulher. Possibilita a esterilização voluntária a partir dos 23 (vinte e três) anos e dá outras providências. Sua tramitação atual está aguardando a apreciação do Plenário.

O website Aborto.com, promovido por defensores do aborto, traz os argumentos favoráveis a legalização:

- A mulher tem o direito de tomar decisões num assunto que diz respeito à sua vida como o é da maternidade.
- A maternidade não desejada é fonte de problemas futuros para a mulher, para o casal,

para as famílias e, sobretudo, para as crianças delas nascidas.

- É uma decisão que afeta não só a vida da mulher, mas a vida do casal envolvido e, caso exista, o contexto familiar.
- Podem ocorrer problemas na futura vinculação afetiva entre a mãe e a criança nascida quando a gravidez é vivida em sofrimento.
- O aborto clandestino é um problema de saúde pública.
- O acesso ao aborto legal permite reduzir progressivamente o recurso ao aborto.
- A defesa ao acesso ao aborto legal está associada à prevenção das gravidezes não desejadas.
- Nenhum sistema de saúde entrou em colapso depois da despenalização da IVG.
- Proibir não elimina o recurso ao aborto. Quando as mulheres sentem que ele é necessário fazem-no, mesmo que não seja em segurança.
- Um aborto mal feito pode ter consequências graves para a saúde da mulher.
- Definir um feto (um embrião ou mesmo um ovo) como uma "pessoa", com direitos iguais ou mesmo superiores aos de uma mulher - uma pessoa que pensa, sente e tem consciência - é um absurdo.
- A proibição do aborto é discriminatória em relação às mulheres de baixo nível socioeconômico, que são levadas ao aborto auto induzido ou clandestino. As mais diferenciadas economicamente podem sempre viajar para obter um aborto seguro.
- O primeiro direito da criança é ser desejada.

Já os que são contra a legalização do aborto defendem basicamente que o direito à vida em sua plenitude, destacado na Constituição Federal de 1988, como sendo o principal e primordial direito, portanto, a legalização do aborto fere violentamente o direito à vida do nascituro.

Em agosto do corrente ano o Supremo Tribunal Federal realizou audiências públicas para ouvir especialistas a respeito da descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação.

A favor da descriminalização a médica e representante do Ministério da Saúde, Maria de Fátima Marinho disse “Uma em cada cinco mulheres já fez aborto neste país. A estimativa é que nós temos por ano 1 milhão de abortos induzidos. Portanto, a estimativa é extremamente alta, que independe da classe social”(GLOBO.COM, 2018).

Já contra a descriminalização, a presidente da Associação de Direito da Família e de Sucessões, pós Doutora em direito da bioética pela faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Regina Beatriz Tavares da Silva defende que “o ser humano em gestação não é uma parte do corpo da mulher. Um rim, sim, o cabelo, as unhas, mas um ser humano em gestação, não. O ser humano em gestação tem seu próprio corpo. Acho esse argumento muito inaceitável no âmbito jurídico” (GLOBO.COM, 2018).

O ministro Luís Roberto Barroso defende, que criminalizar o aborto não é uma política eficiente para evitar que interrupções de gestações aconteçam, apenas impede, que os abortos sejam feitos com segurança. Já a ministra Rosa Weber argumentou que as mulheres devem ter o direito de interromper de forma segura uma gestação indesejada. A Ordem dos Advogados do Brasil, se manifesta promovendo debates para tratar da legalidade ou ilegalidade do aborto. Pode-se entender que o presente assunto é polêmico e por haver muita divergência de entendimento ainda deverá ser discutido.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi bem elucidado que o direito à vida é um direito fundamental, individual e inviolável, além de intransferível, resguardado pela Constituição

Federal, a Carta Magna deste País, também é um direito resguardado como cláusula pétrea, ou seja, não pode ser contestado.

A pretensão de violar o direito à vida é violar o benefício a dignidade da pessoa humana, resguardado a todos os seres humanos possuidores de personalidade civil e jurídica de acordo com a legislação brasileira.

O nascituro é possuidor da personalidade civil e jurídica desde o momento de sua concepção, sendo detentor do direito à vida, conseqüentemente, não haveria de se falar em interrupção de gravidez.

Já a mãe por sua vez deve resguardar o direito à vida de seu filho, mas não é a detentora do poder de decisão de interrupção ou não da vida do mesmo, ao contrário deveria ela ser a zeladora por sua vida.

O aborto é um assunto delicado e gera polêmica, por se tratar de um país laico, democrático e com uma população diversa, contudo, a todo momento deve-se pensar no ser indefeso, que pode ter sua vida ceifada.

O legislador brasileiro já estabeleceu as hipóteses que permite o aborto, nos casos de risco de vida da mãe, e em casos de estupro. São hipóteses plausíveis e de fácil entendimento. Porém, ceifar uma vida pelo fato de uma gravidez indesejada não é motivo que deve ser amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ao fim, da análise das diferentes formas de verificar esta questão, conclui-se que existem políticas públicas para o controle de natalidade, possibilitando às pessoas (homens e mulheres) atitudes responsáveis para evitar uma gravidez. Assim, o foco da ação do poder público deve ser na prevenção para evitar, a concepção, garantindo, assim, que todos preservem o direito à vida.

4. REFERÊNCIAS

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL: **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: . Acesso em 08 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código Criminal do Império.** Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

BRASIL. **Código Penal da República.** Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=389719&id=14444059&idBinario=15629240&mime=application/rtf>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

BRASIL. **PROJETO DE LEI 882/2015**, Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158>. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte especial.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** 5ª ed. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso complemento.** 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GLOBO, **Descriminalização do aborto.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/03/descriminalizacao-do-aborto-1o-dia-de-audiencias-no-stf-tem-argumentos-pro-e-contra-conheca.ghtml>>. Acesso em: 19 de outubro de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

JAKOBI, Roland Benz. **Aborto espontâneo prematuro.** Fonte: <<https://www.google.com.br/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** V.2. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais.** 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Aborto é assassinato? Quando a vida começa?** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública. O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Lisboa: Almedina, 2003.

PAGANINI, Juliano. **Nascituro: Da personalidade jurídica à reparação de danos.** Curso de graduação de Direito. Curitiba. 2008. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30959/M%201038.pdf>>. Acesso em: 18 de agosto de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil**, volume I: introdução ao direito civil – Teoria Geral do Direito Civil. 18º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Alimentos no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Professor considera que células-tronco adultas já oferecem os resultados para a sociedade.** Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69695>>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

REFLEXÕES **E** **ABORTO**. Disponível em: <<http://www.aborto.com/reflexoes.htm>>. Acesso: em 19 de outubro de 2018.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O Equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

NOTA:

[1] Liliâne de Moura Borges, Mestre em Ciências Ambientais pela PUC_GO, Graduada em Direito pela PUC_GO.

UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA

RITA DE CÁSSIA MOTTA FREIRE:

Mestranda em Educação Superior, pela Universidade Internacional Iberoamericana - UNINI Puerto Rico. Pós-Graduada em Administração Educacional, pela Universidade Salgado de Oliveira/UNIVERSO. Pedagoga- Supervisão Escolar, pelo CEULP/ULBRA. Acadêmica de Direito pela Faculdade Serra do Carmo/ FASEC.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso objetiva fazer um estudo sobre a diferença do tratamento da companheira no direito de família frente ao direito sucessório com o do cônjuge. Traça a evolução histórica da formação da família desde a antiguidade até o surgimento do concubinato, chegando ao reconhecimento da união estável previsto na Constituição Federal de 1988, tratando o instituto ora em apreço como família, equiparando-o ao casamento. Acerca da Lei nº 8.971/94, que permitiu à companheira direito aos alimentos em caso de separação, meação sobre os bens deixados pelo "*de cujus*" e o direito a habitação sob o imóvel considerado como residência familiar. A Lei nº 9.278/96, "Lei da União Estável", que trouxe alterações ao artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, como a não comprovação de 5 anos de convívio, como também esclarece o instituto da partilha no direito sucessório. Será realizado um estudo à luz do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, que fixou regime sucessório próprio para a união estável e controvérsias no meio jurídico, quanto incompatibilidades e lacunas deste dispositivo com o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal. Mesmo após atualizações na nossa legislação pátria, percebe-se lacunas que devem ser revistas em atenção ao princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana no que se refere a companheira sobrevivente comparando ao

cônjuge. Finalizando o trabalho, conclui-se que apesar da nossa magna carta reconhecer e dar proteção jurídica às uniões aos conviventes, o artigo 1.790 CC/2002 apresenta discrepâncias com o previsto no artigo 1.829 do mesmo diploma legal, referente a vocação hereditária da companheira em contrário aos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, motivando a doutrina majoritária pleitear do legislador reforma em tal dispositivo.

PALAVRAS-CHAVE: União Estável, Sucessão da Companheira, Família.

ABSTRACT: The present work of conclusion of course, is titled, Stable Union and the Succession Law of the Companion. The general objective is to make a study about the difference of the treatment of the companion in the family right before the inheritance right with the one of the spouse. It traces the historical evolution of family formation from antiquity to the emergence of concubinage, reaching the recognition of the stable union established in the Federal Constitution of 1988, treating the institute now in appreciation as family, equating it to marriage. About Law No. 8.971 / 94, which allowed the companion the right to food in case of separation, a statement on the assets left by the "de cujus" and the right to housing under the property considered as a family residence. Law 9.278 / 96, "Law of the Stable Union", which brought significant changes to article 226, paragraph 3 of the Federal Constitution of 1988, as not proving 5 years of living, as also clarifies the institute of sharing in law succession. A study will be carried out in the light of article 1,790 of the Civil Code of 2002, which established inheritance regime for stable union and controversies in the legal environment, as well as incompatibilities and shortcomings of this mechanism with article 226, paragraph 3 of the Federal Constitution. Even after updates in our country legislation, we can see gaps that need to be reviewed in accordance with the principle of isonomy and dignity of the human person with regard to the surviving partner comparing to the spouse. At the end of the work, it is concluded that despite our great letter to recognize and give legal protection to the unions to the coexistence, article 1,790 CC / 2002 presents discrepancies with what is foreseen in article 1,829 of the same legal document, referring to the hereditary vocation of the opposite partner to the guiding principles of the Federal

Constitution of 1988, motivating the majority doctrine to plead of the legislator reform in such device.

KEY WORDS: Stable Marriage, Succession of the Companion, Family.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral realizar um estudo sobre a norma (artigo 1.790 do CC/2002), que trata sobre o direito sucessório da companheira em concorrência com os filhos havidos em comum na constância da união e com os filhos exclusivos do falecido, analisando suas lacunas e falhas, bem como o Estado se posiciona quanto ao direito da companheira na constância da união estável, no direito de família, em nível nacional.

A união estável e o casamento são institutos distintos e assim são tratados, cada qual com suas peculiaridades. Em que pese, a *união estável trata-se de* uma modalidade familiar informal, diferente do casamento, sendo reconhecida constitucionalmente e muito comum entre os brasileiros.

O legislador estabeleceu tratamento diversificado para os cônjuges e os conviventes, principalmente ao tratar da sucessão da companheira sobrevivente, mais especificamente no art. 1.790 e incisos do CC, deixando a companheira sobrevivente fora da ordem de vocação hereditária, ao contrário do que ocorria na Lei 8.271/94, que inseriu a companheira sobrevivente na 3ª ordem de vocação hereditária especial, ocorrendo retrocesso dos direitos das companheiras.

O problema enfrentado no presente trabalho está na diferença de tratamento da companheira no direito de família frente ao direito sucessório, mais especificamente sobre a diferença do direito sucessório da companheira e cônjuge. E ainda, referente à concorrência sucessória da companheira com outros parentes, onde, de acordo com o art. 1.790, inciso III, do Código Civil de 2002, terá direito a apenas um terço da herança.

A elaboração deste trabalho justifica-se após a percepção de ainda existir algumas discussões no âmbito sucessório da companheira. A doutrina diverge acerca da isonomia do direito sucessório na união estável, se comparada ao casamento. Diante de tal situação, é notável a importância de tratar sobre o tema e assim tentar alcançar um amadurecimento acerca do instituto da União Estável.

A metodologia utilizada para a concretização deste trabalho, será a pesquisa bibliográfica, através de consulta de livros, eletrônica e julgados dos tribunais. Classificada como pesquisa descritiva e explicativa, procurou-se descrever ou discorrer sobre o tema em comento, tendo como principais fontes, doutrinas diversas que versam sobre o instituto, a jurisprudência, o ordenamento jurídico brasileiro e publicações de materiais que abordam sobre o tema e a legislação pertinente, focando-se principalmente na Constituição Federal de 1988, no Código Civil Brasileiro de 2002 e ainda nas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Aponta a evolução histórica das relações familiares, características, conceito de família, o surgimento do concubinato e a repercussão negativa que este novo modo familiar trouxe à sociedade da época, pois na ocasião do Código Civil de 1918 em vigência, o concubinato não era reconhecido como entidade familiar, conquista proteção e respaldo legal somente após a Constituição Federal de 1988.

Aborda os direitos adquiridos com o advento da Lei 8.971/94 que proporciona o direito a alimentos, meação e direito real de habitação sobre o imóvel utilizado como residência do casal; a Lei nº 9.278/96, que inovou acerca da não comprovação do período de 5 anos de convivência mínima e a necessidade de morarem sob o mesmo teto.

A partilha no direito sucessório, que encontra respaldo legal nos artigos 2.013 a 2.027 do Código Civil de 2002, cita conceito e natureza jurídica do instituto, bem como as pessoas que estão habilitadas a pedirem a partilha, que são os herdeiros necessários, o cessionário e os credores. Aponta a possibilidade que tem o autor da herança em fazer a partilha de seus bens em vida, ou por meio de testamento, por ato de última vontade,

contanto que tais atos não venham prejudicar a legítima dos herdeiros necessários conforme o artigo 2.018 do Código Civil de 2002.

Trata ainda de situações em que o herdeiro seja pessoa incapaz ou esteja ausente, em local incerto. Nessas situações, o juiz nomeará curador especial, pois não é permitido ausente declarado sem um curador que o represente.

O direito sucessório da companheira sobrevivente, tratado no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, se restringe aos bens adquiridos na constância da união estável e a título oneroso. Ressalta ainda sobre a concorrência da companheira com os filhos havidos em comum, previsto no inciso I, tendo a parceira sobrevivente, direito à quota parte equivalente a que a lei atribui ao filho. Aborda também, sobre a concorrência da companheira com os descendentes só do autor da herança, previsto no inciso II, cabendo ao convivente apenas metade do que couber a estes.

Traz a questão não trazida pelo artigo anteriormente citado, que é a possibilidade de haver filhos comuns e exclusivos do falecido, ilustrando as possibilidades oferecidas pelos principais doutrinadores civilistas, bem como, novos meios de se resolver esta lacuna na lei.

UNIÃO ESTÁVEL: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

Preliminarmente faz-se necessário traçar o conceito de família que, conforme aduz o artigo 226 da CF de 1998, família é a base da sociedade que merece total proteção estatal.

Entende Carlos Roberto Gonçalves que (2007, p. 1): “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.”

A família, é um agrupamento de pessoas, ligados pelos laços consanguíneos, afetivos e amorosos, que juntos dividem o mesmo espaço físico, com idênticos interesses morais, tendo em mente, a intensificação dos laços de carinho, companheirismo, respeito mútuos e cumplicidade.

Antigamente, família só era constituída pelo casamento, só possuía corpo familiar aquela que possuísse a figura paterna, a figura materna e a prole. Com a evolução dos costumes, comportamentos e o modo de vida da sociedade contemporânea, as relações familiares foram adquirindo novas formas e modelos, passando a não ser mais constituída apenas pelo casamento, embora a lei assim determinasse.

Segundo Venosa (2005, p. 19), o conceito, a compreensão e a extensão da família entre os vários organismos sociais e jurídicos são os que mais vêm se modificando no decorrer dos tempos. Isto devido ao desenvolvimento na mentalidade cada vez mais urbanizada e globalizada, que vem definindo modalidades familiares cada vez mais distintos daqueles vistos nas civilizações do passado.

Transformações ocorrem na realidade cultural das famílias brasileiras, como a aprovação em 15/12/2010, pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 2.285/2007, de autoria do Deputado Sérgio Barradas e elaboração do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Tal projeto é conhecido como Estatuto das Famílias. O texto foi aprovado em caráter terminativo na CCJ – Comissão de Constituição e Justiça, sob a relatoria do Deputado Eliseu Padilha (PMDB- RS).

O principal objetivo do Estatuto das Famílias é proteger juridicamente todas as formas familiares hoje existentes (casamento, união estável, famílias monoparentais, etc.), bem como a mais nova forma de relação familiar, as homoafetivas, que foi reconhecida pelo STF em 05/05/2011, por maioria absoluta como entidade familiar, sendo resguardadas pelos mesmos direitos dos casais que convivem em união estável.

Dentre os novos modelos familiares daquela época surgia a união estável, que segundo o art. 1.723 CC/2002, pode ser entendida como a união livre entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Nessa perspectiva o autor Carlos Roberto Gonçalves conceitua a união estável como “a união prolongada entre homem e mulher, sem casamento” (Gonçalves, 2007, p. 539).

Ressalta-se que a convivência de casais sob o mesmo teto, sem celebração oficial de matrimônio não é recente, antes mesmo de ser reconhecida pela Carta Magna vigente no País e regradada pelo Direito de Família, essa modalidade familiar já era praticada por muitos casais, com a nomenclatura de concubinato ou família ilegítima.

Monteiro (2004, p. 30) traz em sua obra a diferença entre união estável e concubinato: "União estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros (CC, art. 1.723). Concubinato é a relação que não merece a proteção do direito de família, por ter caráter adúlterino, denominados concubinos os seus participantes (CC, art. 1.727).

Concubinato é previsto no art. 1727 do CC de 2002, conhecido também como a união de pessoas impedidas de casar (causas de impedimentos estão previstas no art. 1523 do CC/2002), e não somente como a união de pessoas que convivem sem casamento civil. Diverge da união estável, uma vez que esta ocorre sempre entre pessoas desimpedidas ou livres, separadas de fato ou judicialmente. O concubinato falta-lhe vocação hereditária, não cabendo à concubina, direito algum aos bens do falecido.

As relações concubinárias eram consideradas um meio ilegal de vivência. Até os anos 80, as relações familiares eram regidas pelo Código Civil de 1916, que reconhecia como família juridicamente protegida apenas aquelas derivadas do casamento civil, conhecido como "casamento de papel passado". O código citado, impedia inclusive que o homem casado beneficiasse a concubina com qualquer tipo de doação, testamento ou da inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Com a CF/88, a união estável recebeu reconhecimento de fato e de direito como entidade familiar. O legislador constitucional inseriu o art. 226, § 3º, que reconhece a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Por força do artigo acima, o termo concubinato foi totalmente abolido e a união estável adquiriu forma legítima e poder constitucional, encontrando-se tais casais com seus direitos juridicamente resguardados.

Em conformidade ao artigo 1.723 CC/2002, pode-se dizer que as principais características para o reconhecimento da união estável são: a distinção de sexos, a convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir família.

Por sua vez, as relações homossexuais ainda não têm previsão na legislação brasileira que as resguardes.

O artigo 226 da CF, § 3º, prevê o reconhecimento da união estável entre homem e mulher. Tal instituto está também expresso na Lei nº 8.971/94 e na Lei nº 9.278/96, não deixando dúvida quanto à admissibilidade ou possibilidade de ser considerada como entidade familiar a união entre casais de sexos idênticos.

Tal entendimento foi aprovado por unanimidade de 10 ministros votantes no STF, que reconheceram a união de casais do mesmo sexo como entidades familiares, dando a estes os mesmos direitos que anteriormente eram inerentes apenas aos casais de sexo oposto. A partir de tal reconhecimento, os conviventes de mesmo sexo podem ter direito a pensão por morte, inclusão em planos de saúde, dependentes em algumas entidades, o dever de alimentos, direito de herança, etc.

Como consequência, houve revogação dos artigos do Código Civil de 2002 e demais normas que determinavam como requisito para reconhecimento da união apenas casais de sexos opostos.

Outra característica da união estável é a convivência pública, que de acordo com este requisito para que a união estável possa ser configurada é indispensável que os conviventes se apresentem aos membros de sua família como também a toda sociedade como se fossem marido e mulher. Devendo agir com publicidade e notoriedade, de modo que a convivência aos olhos da sociedade, não constituem união estável.

Há ainda o requisito da contínua e durabilidade que se configura como uma das características mais importantes da união estável, é por meio delas que a entidade familiar é denominada "ESTÁVEL".

A lei 8.971/94 estabelecia como requisito de reconhecimento de união estável o prazo mínimo de 5 anos de convivência. Com o advento da lei 9.276/96 não há mais um tempo mínimo a ser comprovado. Ainda assim deve haver a estabilidade e sua permanência sem interrupção, ou grandes afastamentos. Isto porque, assim como pode ocorrer separações e desentendimentos nas relações matrimoniais, de igual modo pode ocorrer na união estável, porém tal separação não pode acontecer por um longo período de tempo, de modo que tais interrupções não provoquem o desconhecimento do relacionamento na sociedade.

O requisito da continuidade é uma complementação da estabilidade, pressupondo que a relação deve sempre ser contínua, sem grandes interrupções e sobressaltos. Nem sempre uma interrupção ou separação no relacionamento acarretará no afastamento do reconhecimento da união. Com isso, a continuidade dependerá muito da prova que for apresentada em juízo, sendo, portanto, variável em cada caso concreto (VENOSA, 2005, p. 59).

Deve haver ainda o objetivo de constituir família, não necessariamente tendo que haver filhos entre o casal. O elemento ora abordado, está relacionado aos interesses que o casal constituirá em comum, bem como ainda a vida em comum.

Diante disso, ficam excluídos do contexto da união estável os relacionamentos passageiros, bem como aqueles de caráter meramente afetivo e as relações sexuais, mesmo que a longo prazo, isto devido ao seu caráter corriqueiro, que não criam na sociedade a aparência de casamento, bem como não preencheram o requisito da coabitação.

O namoro também não é considerado união estável, mesmo os de longa data. Não preenche o requisito de coabitação, ou seja, o casal não tem uma vida a dois sob o mesmo domicílio, nem se apresenta a população como marido e mulher.

Washington de Barros (2004, p. 31) leciona que a coabitação é via de regra, elemento primordialmente indispensável para que haja a caracterização da união estável, mesmo sem expressa previsão legal.

A coabitação possui exceção trazida através do artigo 2º da Lei 9.278/96, que não prevê como concretização de companheirismo o dever da companheira viverem sob o mesmo teto, entretanto, deverá os conviventes comprovar motivo justificável e plausível para viverem em domicílios separados. Tal entendimento é facilmente suprido, no caso de casais que precisam se deslocar para localidades distintas por motivo de exercício profissional.

Há ainda, outras características previstas em lei que devem ser seguidas para o reconhecimento da união estável, entre eles estão: capacidade civil entre ambos os casais, a inexistência de impedimentos para o matrimônio e a relação deve ser monogâmica.

A capacidade civil está prevista no art. 5º, caput do CC/2002. Adquire-se quando o indivíduo completa 18 anos, cessando a menoridade e dando ao sujeito a capacidade de praticar todos os atos da vida civil. Há exceções a essa regra contidas no parágrafo único do mesmo ditame legal, que traz as hipóteses de emancipação, ou maioridade antes dos 18 anos completos, ocorrendo:

- (i) pela concessão de ambos os pais, ou apenas um deles mediante instrumento público (I);
- (ii) pelo casamento(II);
- (iii) pelo exercício de emprego público efetivo (III);
- (iv) pela colação de grau em curso de ensino superior (IV), e;
- (v) pelo estabelecimento civil ou comercial (V).

Outra característica para configurar a união estável é a inexistência de impedimentos para o matrimônio, previstas no artigo 1.723 § 1º do CC/2002, exceto o inciso VI, no caso da pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PARTILHA NO DIREITO DAS SUCESSÕES

A partilha só poderá ocorrer após o óbito do autor da herança, com a abertura da sucessão e estando encerrado o processo de inventário. Após o óbito do falecido, seus bens serão transmitidos aos herdeiros legítimos ou testamentários diretamente, onde estes receberão a posse e a propriedade de todo o acervo de bens deixado pelo finado.

Trata-se do princípio da *Saisine*. A propriedade e posse da herança são transmitidos pelo próprio defunto com sua morte. (GONÇALVES, 2009, p. 19).

O Código Civil de 2002, apresenta esse princípio, no artigo 1.784, das disposições gerais do direito das sucessões, e refere-se da seguinte forma:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

O citado artigo expressa claramente que os bens são transmitidos aos herdeiros desde o momento da abertura da sucessão, que ocorre no momento no instante da morte do autor da herança.

A partilha está prevista nos artigos 2.013 a 2.027 do Código Civil de 2002, que trata das pessoas que estão habilitadas a pedirem a partilha e os tipos de partilha, garantias dos quinhões hereditários e da anulação da partilha. O artigo 2.013, do Código Civil de 2002, oferece aos herdeiros, a faculdade de requerer partilha dos bens, a qualquer tempo, permitindo também, as cessionários e credores, assim:

Art. 2.013. O herdeiro pode sempre requerer a partilha, ainda que o testador o proíba, cabendo igual faculdade aos seus cessionários e credores.

Porém, em casos de haver apenas um herdeiro, todo patrimônio do de cujus será transmitido a ele. Uma vez que é herdeiro único, receberá todos os bens.

Isto ocorre porque a partir do momento da morte do autor da herança, com a abertura do processo de sucessão, o patrimônio do falecido

é transferido para os seus herdeiros. E a partilha vai definir a parte de cada herdeiro conforme a ordem de vocação hereditária. E antes disto, os bens que são deles por direito, se encontram indivisíveis.

Quanto a natureza jurídica da partilha, a doutrina majoritária defende ser declaratória, tendo em vista a transmissão do patrimônio do *de cuius* ocorrer com o óbito e abertura da sucessão. (GONÇALVES, 2009, p. 530).

Daí por diante, os herdeiros passam a deter o acervo de bens. Porém, a divisão do quinhão de cada um, somente ocorrerá, após a partilha. Por isso justifica ser a partilha declaratória, pois declara o montante daquilo que couber a cada herdeiro do falecido.

Depois de efetuado o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação e juntada aos autos a certidão negativa de dívida, o juiz emitirá a sentença, que após de transitada em julgado, os herdeiros deverão receber os bens que cabe a cada um, no documento chamado formal de partilha.

Na partilha, o juiz decide por meio de sentença homologatória, retroagindo os seus efeitos ao momento da abertura da sucessão, efeito extunc (GONÇALVES, 2009, p.30).

A partilha pode ser pedida após realizado o inventário e tiver se encerrado a liquidação das obrigações (RIZZARDO, 2009, p. 723).

É imprescindível abordar sobre o instituto da partilha, que trata da anulação, conforme elencadas no Art. 2.027 do Código Civil de 2002:

Art. 2.027. A partilha é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015).

Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.

O artigo em comento expressa claramente que após julgamento da partilha, essa só poderá ser anulada em casos de vícios e defeitos que ocasionam sua invalidação.

Após sentença transitada em julgado, a anulação da sentença extinguirá em um ano, sendo este prazo prescricional, pois após esse lapso de tempo, perderão os herdeiros, do direito de reclamar tal prestação.

É importante lembrar ainda, que em casos de algum herdeiro vir a ser excluído no processo de inventário, ocorrerá nulidade da partilha. O herdeiro poderá ajuizar ação de nulidade da partilha cumulada com petição de herança e para isso, o prazo prescricional é de 10 (dez) anos. Assim aduz o artigo 205 do CC/2002:

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

As pessoas habilitadas a pedirem partilha dos bens inventariados são os herdeiros necessários, o cessionário e os credores. Conforme prevê o artigo 2.013 do CC/2002, qualquer herdeiro está legitimado a requerer a partilha dos bens:

Art. 2.013. O herdeiro pode sempre requerer a partilha, ainda que o testador o proíba, cabendo igual faculdade aos seus cessionários e credores.

Ainda que a norma não tenha citado de forma expressa a companheira sobrevivente, esta pode requerer a partilha dos bens inventariados, conforme determina o artigo 1.790 do mesmo Código Civil. A companheira sobrevivente, figura como herdeira do falecido, podendo participar da sucessão dos bens adquiridos na constância da união. Por isso, tem direito e legitimidade de pedir a partilha dos bens que foram inventariados. É a literalidade da norma:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I-** se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II-** se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III-** se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV-** não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Quanto à administração da herança, o parágrafo único do artigo 1.791 do CC/2002 reza até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Há a faculdade de um ou mais herdeiros conforme acima, ceder seus direitos hereditários, podendo oferecer aos demais herdeiros, seguindo a ordem de preferência, conforme regras do condomínio que regula o processo sucessório até o momento da partilha.

No mesmo diploma, que trata da ausência, da curadoria dos bens do ausente, no seu artigo 22, consta expressamente:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Em situações em que o herdeiro esteja ausente, em local incerto e não sabido, ou pessoas incapazes, o juiz nomeará curador especial, observando que não é permitido ausente declarado sem um curador que o represente. (DINIZ, 2005, p. 428).

O DIREITO SUCESSÓRIO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE

O artigo 1.790 do CC/2002 determina expressamente como deverá ocorrer a divisão sucessória entre a companheira e companheiro com os demais sucessores do *de cujus*, podendo ser descendentes, ascendentes e outros parentes sucessíveis. Eis:

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I- Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II- Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III- Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV- Não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

O direito sucessório dos conviventes é tratado em um único artigo, e localizado no Título I, que trata das disposições gerais da sucessão.

Sobre o tema assim aponta Cahali e Giselda Hironaka (2003, p. 228):

Impropriamente, foi incluído o direito sucessório do companheiro em “disposições gerais” do Livro destinado ao Direito das Sucessões, em vez de se fazer a previsão na *ordem de vocação hereditária*. Mas sem dúvida a regra destina-se à convocação do companheiro sobrevivente, interferindo diretamente naquela *ordem*, de tal sorte que a sucessão legítima se faz pela conjunção desta previsão.

Ao introduzir o artigo 1.790 na parte das disposições gerais da sucessão do CC/2002, houve por parte do legislador brasileiro, discriminação a respeito dos companheiros, não tendo lhes proporcionado os mesmos direitos sucessórios que foram dados aos cônjuges.

Ao tratar da matéria sucessória dos conviventes, esse instituto não foi equiparado ao do casamento, criou-se um sistema sucessório de forma isolada para os casais em união estável, de forma que a companheira não foi equiparada à figura do cônjuge, e também não desenvolveu regras claras para o processo sucessório destes casais (VENOSA (2005, p. 150).

Há que se notar, que no casamento no CC/2002, os cônjuges passaram a serem herdeiros necessários, ao passo que aos conviventes não foi dado igual direito. Não houve igualdade de direitos para as duas modalidades familiares, onde, à união estável, cabe apenas direito sucessório no que se refere aos bens adquiridos onerosamente enquanto perdurou a união, assim aduz o caput do artigo 1.790 do CC/02.

Tal regra é diferente do previsto no artigo 2º da Lei 8.971/94, que possibilitava à companheira sobrevivente herdar a herança total em caso de inexistir descendentes ou ascendentes do *de cujus*.

O inciso IV do artigo 1.790 do CC assumiu o mesmo contexto: “não havendo parentes sucessíveis, terá direito a totalidade da herança”, alguns doutrinadores entendem que deve ser interpretado como a totalidade dos bens adquiridos na constância da união de forma onerosa. Não participando deste rol, os bens que o de cujus obteve antes da união estável, ou aqueles adquiridos a título gratuito durante a vida do convivente falecido.

Já o entendimento a ser tomado a partir do caput do mesmo artigo, é que o companheiro a companheira sobrevivente não terá direito de participar da herança integralmente, de todos os bens do falecido, mas apenas de uma parcela restrita referente ao patrimônio adquirido na constância da união estável e a título oneroso (CAHALI E HIRONAKA 2003, p. 229).

Prevê o artigo 1.844 do CC/2002, que o município ou o Distrito Federal quando se localizar nas respectivas circunstâncias, ou a União quando situada em Território Federal, terá direito a receber a totalidade da herança do falecido, nos casos em que não sobreviver cônjuge, companheiro, nem algum parente sucessível.

A norma é clara ao afirmar que ao Poder Público somente caberá o direito à herança nos casos em que “não sobreviver cônjuge ou companheiro”. Portanto, o casal que não adquiriu bens na constância da união, enquanto perdurou e possuindo o falecido bens conseguido antes da união, não existindo nenhum parente, a companheira terá direito à herança total, uma vez que é sucessora do falecido.

Maria Helena Diniz (2005, p. 143) ao comentar sobre o assunto, ensina:

[...] Se houver herdeiro ou sucessor regular, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do *de cuius*, na qualidade de sucessor regular. Daí o nosso entendimento de que, não havendo parentes sucessíveis ou tendo havido renúncia destes, o companheiro receberá a totalidade da herança, no que atine aos adquiridos onerosa e gratuitamente antes ou durante a união estável, recebendo, portanto todos os bens do *de cuius* que irão ao Município, Distrito Federal ou à União, por força do disposto no art. 1.844, parágrafo 1ª parte do Código Civil, que é uma norma especial, sobrepondo-se ao art. 1.790 (norma geral).

Esta é a solução melhor justificada no sentido de favorecer, proteger e reconhecer o direito da companheira que esteve convivendo sempre ao lado do de cuius, cuidando e se dedicando anos a fio. A ela deve ser dado que lhe é de direito.

Equívocou ainda o legislador quando trata do direito sucessório dos companheiros em apenas um artigo, e quatro incisos, pois, restou dúvidas, omissões e lacunas no que se refere à divisão da herança entre os herdeiros.

Se o casal estipular regime diferente do estabelecido no caput dos artigos 1.790 e 1.725 de CC/2002, deverão considerara o previsto no contrato acordado entre si.

Com entendimento contrário, Venosa (2005, p. 156) aduz que para o convivente adquirir patrimônio além do previsto no artigo 1.790 do CC/2002, para ter direito aos bens do falecido diferente do regime de comunhão parcial de bens, ocorreria se o falecido houvesse deixado por escrito tal desejo, informando os bens que deseja deixar para a companheira.

Em conformidade com o caput do artigo 1.790 do CC/2002, a companheira sobrevivente figura na sucessão apenas como sucessora regular, e não como herdeira necessária, como deveria ter acontecido, uma vez que se reconheceu como entidade familiar igualado ao casamento.

O Código Civil/2002 não trata expressamente acerca do direito real de habitação em favor da companheira sobrevivente, é omissa nesse quesito. Porém está previsto no artigo 7º parágrafo único da Lei 9.278/96 e artigo 2º, incisos I e II, da Lei 8.971/94. Ocorre que, como o Código Civil não tratou do tema, os dispositivos citados não se encontram revogados, uma vez que a lei anterior permanece vigente no que o Código Civil não tratou, conforme prevê o artigo 2º parágrafo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim: “a lei posterior revoga a anterior enquanto expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regulamentar inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”

Há quem sustente a continuação do artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.278/96, com argumento de não ter sido revogado expressamente, e que não há incompatibilidade com o CC/2002. Por essa razão deve ser considerada a vigência do artigo em comento, que prevê o direito real de habitação sob o imóvel utilizado como residência familiar ao companheiro sobrevivente (GONÇALVES, 2009, p.170).

CONSIDERAÇÕES

Após estudo e análise expostos no presente artigo, conclui-se que apesar da Constituição Federal Brasileira no artigo 226, parágrafo 3º, reconhecer e dar proteção jurídica às uniões formadas pelos laços de afeto e da convivência duradoura sem o formalismo legal, torna-se lamentável a posição adotada pelo ordenamento jurídico, em relação à diferenciação no plano sucessório entre as famílias surgidas a partir do casamento e a originada da união estável, afrontando o princípio constitucional da isonomia.

O legislador ao elaborar a norma relativa ao direito sucessório dos companheiros, previsto no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, tratou de seus direitos com diferenciação em relação aos cônjuges, limitando os direitos sucessórios da companheira, aos bens adquiridos onerosamente enquanto durar a relação de convivência, sendo considerada, mera herdeira facultativa, podendo até ser excluída do processo sucessório caso seja provado que não houve bem adquirido na constância da união. No contexto, herda a totalidade da herança do falecido, apenas na falta dos colaterais.

Restou comprovado que na norma se procede o direito sucessório da companheira com inferioridade atribuída ao direito em relação ao cônjuge. A companheira não está inclusa na ordem de vocação hereditária, tratando de seus direitos no capítulo das disposições gerais.

O entendimento contido no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 é que os filhos havidos ou não da relação do casamento terão os mesmos direitos. O artigo 1.596 do Código Civil de 2002, prevê que, para os filhos havidos ou não do casamento terão reconhecidos os mesmos direitos. As duas normas são claras ao expressar onde houve casamento, havidos ou não da união estável.

Em todo o exposto, observou-se a necessidade de reformar o artigo em comento, com algumas alterações no seu texto, devido as diferenciações entre os vínculos matrimoniais e os vínculos da convivência em união estável, principalmente no que tange ao direito sucessório da companheira em concorrência com os filhos

havidos em comum, bem como com os filhos exclusivos do falecido na constância da união estável.

Quanto ao novo entendimento do STF em relação à inconstitucionalidade do artigo 1.790 CC/2002, espera que os aplicadores do direito possam atuar com justiça respeitando a igualdade, paridade como prega os princípios norteadores da Constituição Federal, surgindo no mundo jurídico uma nova era para o direito das sucessões que vem se moldando as necessidades da sociedade moderna.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALCANTE, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **As implicações dos impedimentos matrimoniais na união estável**. Rio Grande, 13 de maio de 2011. Disponível em: < www.ambitojuridico.com.br >. Acesso em 21/04/2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. VI**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 8.971/94. **Regula o direito dos companheiros a alimentação e a sucessão**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 29 de dezembro de 1994.

_____. Lei 9.278/96. **Regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 29 de dezembro de 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, vol. 2**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Silvio de Sá. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

NOTA:

[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. Mestra 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

A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI 11.340/2006 NOS RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS DO GÊNERO MASCULINO

DIVINO FREITAS MACHADO:

Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LUCIANA AVILA ZANOTELLI^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Considerando o advento da nova configuração do conceito de família, uma vez que o vínculo afetivo assume a posição de alicerce constituinte das novas entidades familiares existentes na atualidade, as uniões homoafetivas passam a ser reconhecidas como instituição familiar. Dentro desta temática, o presente trabalho de conclusão do curso de Direito, tem por objetivo estudar o bem jurídico protegido na Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, em especial as medidas protetivas de urgência, utilizando-se do método sistêmico para a realização da pesquisa bibliográfica, através de doutrina, artigos e achados jurisprudenciais dos Tribunais Pátrios, onde será considerada a sociedade e o direito como um só organismo interligado para se verificar, e responder se cabe a extensão de aplicação dos mecanismos de proteção assegurados ao gênero mulher pela Lei Maria da Penha às relações homoafetivas masculinas, por se tratar de uma minoria que se encontra desfavorecida juridicamente, se estiver caracterizada a relação de vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha, Medidas Protetivas de Urgência. Relacionamentos homoafetivos masculino. Gênero. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: Considering the advent of the new configuration of the concept of family, once the affective bond assumes the position as the constituent foundation of the new family entities that exist today, homoaffective unions are now recognized as a family institution. Within this theme, the purpose of this study is to study the legal interest protected by the Law 11,340 / 2006, Lei Maria da Penha, especially the urgent protective measures, using the systemic method for carrying out the bibliographic

research, through doctrine, articles and jurisprudential findings of the Patrimonial Courts, where society and law will be considered as a single interconnected body to verify, and answer if it is necessary to extend the application of the mechanisms of protection assured to the woman gender by the Law Maria da Penha to male homoaffective relations, because they belong to a minority that is legally disadvantaged, if the relationship of vulnerability is characterized.

KEYWORDS: *Maria da Penha Law, Protective Measures of Urgency, male homoaffective relationships, gender or vulnerability.*

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Medidas protetivas de urgência. 2.1. Requisitos para concessão das medidas protetivas de urgência. 2.2 Possibilidades de extensão da garantia das medidas protetivas de urgência a uma outra minoria. 3. Conclusão. 4.Referências.*

1 INTRODUÇÃO

Um novo conceito de família emerge, deixando a clandestinidade para assumir seu posto na sociedade, e o que antes não era comum aos olhos da sociedade, passa a ser institucionalizado, gerando direitos e deveres não somente no aspecto jurídico, mas também de convivência social. O termo família vem passando por transformações ao longo dos anos e já não está mais ligado exclusivamente aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo oposto, mas a toda e qualquer união que possua algum tipo de vínculo afetivo. Nas palavras de Pablo Stolze “É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam — e infelizmente existem — arranjos familiares constituídos sem amor. (STOLZE, pág. 1082-1083, 2017)”.

Com esta nova formulação do conceito de família, seja ela composta por um homem e uma mulher, duas mulheres ou dois homens, e em consideração a violência doméstica e familiar que de acordo com inciso III do artigo 5º da Lei 11.340/06, ocorre “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor convive ou tem convivido com a ofendida, independentemente de

coabitação” (Brasil, Lei 11.340/2006), e tendo como parâmetro que as medidas protetivas não são consideradas como normas penais e sim como normas de proteção, se buscou pesquisar se haveria ou não real vedação da extensão da sua aplicação às uniões homoafetivas formadas por casais do gênero masculino.

A Lei 11.340/2006, a conhecida Lei Maria da Penha, tornou-se uma legislação especial, com o propósito de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal.

Destarte, diante da necessidade de se proteger a mulher por conta da sua condição de vulnerabilidade no âmbito familiar, no lar ou nas relações de afeto, não se pode descartar a possibilidade que também possa vir a acontecer em outros modelos de relacionamento para pessoas que igualmente se encontrem em situação vulnerável.

Com o foco direcionado à violência doméstica e familiar contra o gênero mulher, a Lei Maria da Penha surgiu como uma forma de garantia de direito de uma minoria. Partindo desta premissa, o que se busca discutir neste artigo seria a extensão deste direito a uma outra minoria formada pelas uniões homoafetivas do gênero masculino, visto que esta não encontra impedimento em união homoafetiva de gêneros femininos, considerando o próprio texto legal.

Perante este contexto, o presente trabalho tem como objetivo geral verificar as possibilidades da aplicação do artigo 22 da Lei 11.340/2006 nos relacionamentos homoafetivos, em especial as medidas protetivas de urgência previstas da referida lei no ambiente familiar formado por casais do gênero masculino, e ainda, pesquisar o que seriam essas medidas e quais os requisitos necessários para sua concessão.

A problemática abordada no artigo consiste em analisar as possibilidades jurídicas de extensão das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 aos casos de violência doméstica e familiar ocorridas nos relacionamentos entre casais do gênero masculino, considerando este novo conceito de família.

Será utilizado o método sistêmico para a pesquisa bibliográfica, através de doutrina, artigos e achados jurisprudenciais dos Tribunais Pátrios, onde será considerada a sociedade e o direito como um só organismo interligado para poder verificar uma melhor interpretação do tema abordado.

O assunto é de extrema importância, por ser atualmente um dos temas mais debatidos nos tribunais, na seara do Direito de família, em ações que envolvem casais formados por pessoas do mesmo sexo, o que tem imposto ao Poder Judiciário atuar com maior efetividade, visto que inexistente legislação específica a respeito do tema, impondo-se a utilização da analogia, dos princípios gerais do direito, textos doutrinários e jurisprudências para resolver estes conflitos conforme interpretação da Constituição.

2. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) tornou-se uma legislação especial, com propósito criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal.

Instituídas pela referida lei, as medidas protetivas de urgência encontram-se elencadas entre os artigos 22 e 24, sendo estas, mecanismos criados com a finalidade de conter o agressor, assegurando à vítima o direito de recorrer aos órgãos competentes, a fim de que sejam tomadas as providências necessárias para garantir a sua proteção contra novos abusos.

O papel de conter o agressor e garantir a segurança da vítima de violência doméstica e familiar está a cargo da polícia, do judiciário e do Ministério Público, devendo estes agirem de modo imediato e eficiente.

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 2006).

Segundo entendimento doutrinário, as medidas protetivas seriam tutelas de urgência autônomas, de natureza cível e caráter satisfativo, devendo estas permanecer enquanto forem indispensáveis para garantir a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da vítima. Devendo ainda assegurar a proteção de pessoas e não processos, se assemelhando aos *writs* constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Neste sentido, Lima (2011, p. 329):

A doutrina tem discutido sobre a natureza jurídica das medidas protetivas: segundo alguns, se for penal, as medidas pressupõem um processo criminal, sem a qual a medida protetiva não poderia existir; outros pregam sua natureza cível, de forma que elas só serviriam para resguardar um processo civil, como o de divórcio. Acessórias, as medidas só funcionariam se e enquanto perdurar um processo principal, cível ou criminal.

Entendemos que essa discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas.

Não obstante, apesar de possuírem natureza cível, consta no capítulo em que estão elencadas as referidas medidas, uma única de natureza criminal, que é a prisão preventiva, sendo esta utilizada somente em casos extremos, quando necessário para garantir a execução das aludidas medidas protetivas de urgência, nos casos em que o agressor insiste em desobedecê-las.

Reza o artigo 20 da Lei Maria da Pena:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 2006).

Assim sendo, dentre os instrumentos de proteção contra a violência doméstica cometida contra a mulher, as medidas protetivas de urgência atuam como providências cautelares que são concedidas pelo juiz às vítimas, a fim de resguardar a sua integridade física, moral, patrimonial e/ou psicológica de novas investidas do seu agressor, o qual estará sujeito desde logo às sanções estabelecidas na Lei 11.340/2006 nos casos que configurem o delito de desobediência e descumprimento.

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 2018).

Contudo, quando se fala em medidas com escopo de proteger a mulher ou qualquer pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade em uma relação doméstica ou familiar, objeto deste estudo, pouco importa se o ato ilícito cometido é de natureza penal ou cível, haja vista que o objetivo é impedir que a violência doméstica e familiar ocorra ou se perpetue.

Dentro desta realidade, entende-se que as medidas protetivas de urgência atuem como mecanismos assegurados por lei que tem por finalidade garantir às mulheres, consideradas o pólo vulnerável da relação, a segurança de ter seus direitos respeitados e ensejando o enfraquecimento da violência doméstica e familiar cometida contra elas no âmbito das relações afetivas.

2.1 Requisitos para concessão das medidas protetivas de urgência

Conforme descrito nos artigos 18 e 19 da Lei 11.340/2006, as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz no prazo de 48 horas, seja a pedido do Ministério Público ou da ofendida, podendo estas ser concedidas de imediato, independente de realização de audiência entre as partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser imediatamente informado, quando não for o postulante. Poderá ainda o Juiz conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever as que já foram concedidas se achar necessário à proteção da vítima, de seus familiares ou do seu patrimônio.

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas;

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 2006).

Assim sendo, as medidas protetivas de urgência visam, de fato, proteger a mulher que sofre violência doméstica, além da proteção dos seus familiares e do seu patrimônio, devendo estas, conforme descrito no § 2º do artigo 19 e § 1º do artigo 22, ser aplicadas sempre que os direitos garantidos nesta Lei forem ameaçados ou desobedecidos, e sempre que a segurança da ofendida ou as peculiaridades do caso concreto exigir.

Desta forma, os requisitos para o seu deferimento devem ser buscados a partir dos pressupostos que ensejaram a própria edição da Lei Maria da Penha e a previsão dessas medidas singulares, a começar pela diferenciação de gênero.

Segundo Lavina (2018, *online*), os requisitos para deferimento das medidas protetivas de urgência seriam:

A leitura da lei 11.340/06 demonstra que para o deferimento das medidas cautelares se faz necessário o preenchimento de certos requisitos, que entendo por bem dividi-los em objetivos e subjetivos. Os objetivos estão previstos em lei, quais sejam:

- a) o aspecto de gênero;
- b) a relação íntima de afeto;
- c) a unidade doméstica; ou
- d) o âmbito familiar.

Os subjetivos, estes auferidos na jurisprudência pátria, seriam:

- a) a vulnerabilidade;
- b) a inferioridade física; e
- c) a prática de um delito.

Conforme entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, para que as medidas protetivas de urgência sejam deferidas não basta que o crime seja praticado contra a mulher, entende-se atualmente pela necessidade do preenchimento dos demais pressupostos descritos em linhas anteriores.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 88.027 - MG (2007/0171806-1) RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES AUTOR : JUSTIÇA PÚBLICA RÉU : MÁRCIA SILVA DE OLIVEIRA SUSCITANTE : JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA CRIMINAL DE GOVERNADOR VALADARES - MG SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE GOVERNADOR VALADARES - MG EMENTA CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, **que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.** 2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. **2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer**

motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340/06. [...] (grifo nosso).

Contudo, se faz necessário ter a certeza de que a lei protetiva será a regularadora do conflito doméstico, para isso, todos os elementos elencados necessitam ser apreciados. Assim sendo, nos casos em que a mulher é vitimada e não está enquadrada nas hipóteses apresentadas, não são aplicadas as medidas protetivas em voga, pois a finalidade da Lei 11.340/06 é extinguir todos os meios de discriminação contra o gênero mulher no âmbito doméstico e familiar. (LAVINA, *online*, 2018)

Por conseguinte, a análise do deferimento da medida passa inicialmente pela leitura do art. 5º e seus respectivos incisos, em que o legislador conceituou o que seria a violência e o âmbito doméstico, o recinto familiar e a relação íntima de afeto. É desnecessário que todos estejam preenchidos, mas o gênero deve estar ligado à relação íntima de afeto, à unidade doméstica ou ao âmbito familiar.

O legislador ao conceituar violência doméstica e familiar contra a mulher, alegou que essa violência é toda e qualquer “ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento, e etc” (art. 5º). Evidenciando, desta forma, que a violência realizada pelo agressor deve se referir ao gênero mulher, no sentido de que a vítima do sexo feminino, possua com seu ofensor uma relação de afeto ou parentesco no âmbito familiar.

No entanto, a Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, emitiu em 11 de agosto de 2014, nota técnica que trata sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha à violência doméstica contra transexuais e travestis, assinada pela até então Presidente MARIA BERENICE DIAS, onde:

[...] seja pela interpretação teleológica do âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, que seleciona como elemento de discriminação o gênero feminino, e não o sexo; seja pelo caráter inclusivo e de reparação das desigualdades socioculturais no ambiente doméstico e familiar, aplica-se às situações de

violência doméstica e familiar sofridas por transexuais e travestis do gênero feminino as disposições da Lei nº 11.340/2006.

Assim sendo, embora legislador tenha utilizado no texto legal o gênero feminino, por adequação social da norma, conforme entendimento descrito acima, já se aplica neste outro contexto, englobando a violência doméstica e familiar praticada contra transexuais e travestis do gênero feminino.

2.2 Possibilidades de extensão da garantia das medidas protetivas de urgência a uma outra minoria

No âmbito dos relacionamentos familiares, muito embora, estatisticamente as mulheres sejam as vítimas mais frequentes da prática de violência doméstica e familiar, o problema não é deste gênero. Logo, os instrumentos previstos na Lei Maria da Penha, em especial as medidas protetivas de urgência, são de imprescindível valor na proteção de outras minorias carentes de atenção, estendendo suas garantias a grupos de risco diversos do tutelado pela Lei em questão.

Por minorias entendemos ser um termo genérico utilizado para se fazer menção a grupos que se encontram marginalizados, excluídos dentro de um contexto da sociedade, por aspectos econômicos, sociais, culturais, físicos, religiosos, dentre outros, sendo geralmente associados à condição de desvantagem e vulnerabilidade em relação a outro grupo da mesma sociedade.

Seguindo esta linha de raciocínio, Mendes Chaves (1971, p. 149):

Na literatura sociológica a palavra minoria tem sido utilizada frequentemente em dois sentidos. Significa primeiro, mais amplamente, um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, "maioritário", ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por parte da maioria. Nesse sentido, por exemplo, uma pequena comunidade religiosa de credo divergente da fé professada pela maioria da população é uma minoria

e pode sofrer problemas vários no campo das relações religiosas; ou a oposição num país "pouco democrático", ocupando lugar subordinado na estrutura política, tendo pouca chance de ação. Segundo, exprime as denominadas "minorias nacionais", grupos raciais ou étnicos que, em situação de minoria, cointegram juntamente com uma maioria um determinado Estado.

Quando da elaboração do projeto da Lei n.º 11.340/2006 e da sua apreciação pelo Legislativo em 2006, as relações homoafetivas entre homens ainda eram tidas como tabu, não sendo nem consideradas. Nesta época, a preocupação estava voltada especificamente para a vulnerabilidade das mulheres, historicamente uma minoria submissa, onde a dominação masculina sobre a feminina prevalecia, além do fato social de repercussão que inflamou a discussão legal, da Senhora Maria Penha que batizou a referida lei. A visão do legislador estava voltada aos moldes da família tradicional.

O alicerce dos modelos familiares tem início com uma sociedade conservadora, onde a família tinha como marca inarredável o matrimônio, não admitindo outra forma de constituição familiar. Seguiu os moldes patriarcais, visando sempre o progresso da entidade familiar. Entretanto, a configuração do conceito de família passou por importantes transformações e o vínculo afetivo tornou-se a base formadora dos relacionamentos familiares, com a inovação de que agora não necessariamente precisam ser provenientes de um casamento formal entre um homem e uma mulher. Com estas mudanças o comportamento e valores sociais também se modificaram, e com isso, as uniões homoafetivas que antes eram vistas com olhos de repulsa pela sociedade ganharam status de união estável, passando a ser aceitas e reconhecidas como entidade familiar, com fundamento diretamente na CRFB/88.

Assim, apesar da mulher ser uma minoria e necessitar da atenção do Estado, existe outras minorias que se quer eram respeitadas e reconhecidas, por exemplo, as uniões homoafetivas, em especial as formadas por dois homens, relacionamentos estes que também se encontram sujeitos à violência doméstica e que são passíveis de apresentar vulnerabilidade de uma das partes, necessitando de amparo das instituições públicas, tanto

que nem mesmo foram cogitados como possíveis vítimas de violência doméstica e familiar à época da edição da Lei Maria da Penha, pois não eram nem reconhecidos como entidade familiar.

Como destacado, com o tempo as relações domésticas homoafetivas passaram a ser reconhecidas pela sociedade e pelo Direito surgindo a necessidade de se amparar as vítimas do gênero masculino, assim como as mulheres, pois juntamente com o reconhecimento das relações oriundas da união entre dois homens, estas ficaram suscetíveis aos possíveis conflitos domésticos enfrentados antes somente nas relações formadas por casais héteros.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já vem atuando nesta mesma linha de raciocínio em seus julgados, seguindo a orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF N. 132/RJ e DA ADI N. 4.277/DF.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: K R O RECORRENTE: L P ADVOGADO: GUSTAVO CARVALHO BERNARDES E OUTRO(S) RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL EMENTA DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. [...]. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a

"especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que Documento: 18810976 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 01/02/2012 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça ocorria com os diplomas superados - **deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.** 4. **O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.** 5. **O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.** 6. **Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser**

negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. (grifo nosso).

De acordo com DIAS (2013), com a nova formulação do conceito da entidade familiar, se faz necessário a percepção da existência da violência doméstica nos relacionamentos homoafetivos, uma vez que é fundamental a proteção de todos os entes da família, vítimas de agressões, sejam eles quem for não importando o sexo dos companheiros.

Muito embora a relação se dê entre dois homens e, culturalmente, a figura masculina não nos remeta à fragilidade, e sim a de um ser dominante como um todo, ou seja, na sociedade, na escola, no trabalho, na Igreja, no Estado, é sim possível, que um deles se encontre em situação vulnerável em relação ao outro, havendo situações de vulnerabilidade financeira, emocional, social, psicológica, cultural ou até mesmo de saúde.

Deste modo, nesta nova configuração de família, existem casais homossexuais do gênero masculino que vivem relações com esta mesma característica de superioridade e dominância, situação que antes ocorria apenas com as mulheres no modelo de família tradicional. Portanto, não existe mais qualquer diferença entre os gêneros, quando se trata de violência doméstica. Isso porque qualquer um dos parceiros pode se encontrar em um período da vida que o torne desproporcionalmente dependente do outro.

Neste contexto, é plenamente possível e necessária a aplicação das normas da Lei Maria da Penha às relações homoafetivas do gênero masculino para proteger as vítimas da violência física, psicológica e/ou patrimonial sofridas no âmbito familiar, primeiro por se tratar de uma entidade familiar já reconhecida pelo Direito e, por conseguinte, por não existir nenhuma lei específica à proteção dos conflitos originários destes relacionamentos.

Nas palavras de Gomes (2009), fica clara ser totalmente possível a extensão da aplicação das medidas protetivas de urgência aos relacionamentos homoafetivos do gênero masculino:

[...] parece-nos acertado afirmar que, na verdade, as medidas protetivas da lei Maria da Penha podem (e devem) ser aplicados em favor de qualquer pessoa (desde que comprovado que a violência teve ocorrência dentro de um contexto doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo). Não importa se a vítima é transexual, homem, avô ou avó etc. Tais medidas foram primeiramente pensadas para favorecer a mulher (dentro de uma situação de subordinação, de submetimento). Ora, todas as vezes que essas circunstâncias acontecerem (âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, submissão, violência para impor um ato de vontade etc.) nada impede que o Judiciário, fazendo bom uso da lei Maria da Penha e do seu poder cautelar geral, venha em socorro de quem está ameaçado ou foi lesado em seus direitos. Onde existem as mesmas circunstâncias fáticas deve incidir o mesmo direito [...]

Assim sendo, considerando a questão de subordinação, sujeição, dependência e/ou vulnerabilidade, ou seja, aquele que se encontra em situação enfraquecida na relação familiar, pode ser vitimado, justificando dessa forma que as medidas protetivas de urgência sejam aplicadas em todas as espécies de violência doméstica inclusive nas formadas por dois homens.

Releva destacar que o Judiciário já vem aplicando as normas da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) de forma analógica a alguns casos de conflitos de violência nas relações homoafetivas do gênero masculino, demonstrando um relevante ativismo judicial que está em sintonia com as mudanças da sociedade contemporânea, cumprindo seu desiderato de pacificação social, ainda que inexistente norma legal expressa.

Em consenso com esta abordagem, o magistrado Osmar de Aguiar Pacheco, Juiz da comarca de Rio Pardo, interior do Estado do Rio Grande

do Sul foi inovador ao conceder em 21 de fevereiro de 2011, medida protetiva com base na Lei Maria da Penha relacionada a um casal formado por dois homens, em que um deles afirmava estar sendo ameaçado por seu ex-companheiro.

No conteúdo da sua decisão, o magistrado assegura que apesar da lei ter sido promulgada com o objetivo de proteger a mulher, poderia ser aplicada no caso em questão. “Todo aquele em situação vulnerável, ou seja, enfraquecido, pode ser vitimado. O Direito não pode permitir a tentativa de o mais forte se impor pela força”, escreveu Osmar Pacheco. (SEADI, *online*).

De mesmo modo, outro caso em que as medidas protetivas foram aplicadas por analogia foi um de lesão corporal envolvendo um casal homossexual do gênero masculino, onde o Juiz Alcides da Fonseca Neto, da 11ª Vara Criminal da capital do Rio de Janeiro, recebeu a denúncia do Ministério Público Estadual, baseada na Lei 11.30/2006. O magistrado na sua decisão concedeu a liberdade provisória ao réu, dispensando o pagamento de fiança, mediante o compromisso firmado, em que o acusado deveria manter uma distância de 250 metros do seu companheiro. (TOMÉ, *online*).

O magistrado entendeu que nos casos em que ocorra violência doméstica e familiar pode ser estendida as normas da lei, respeitando o princípio constitucional da isonomia. Nas palavras do Juiz Alcides da Fonseca Neto:

[...] a especial proteção destinada à mulher pode e deve ser estendida ao homem naqueles casos em que ele também é vítima de violência doméstica e familiar. Eis que no caso em exame a relação homoafetiva entre o réu e o ofendido, isto é, entre dois homens, também requer a imposição de medidas protetivas de urgência, até mesmo para que seja respeitado o Princípio Constitucional da Isonomia. (TOMÉ, *online*).

Em contrapartida ao posicionamento dos magistrados que entendem ser necessária e válida a extensão das normas da referida lei de forma analógica aos conflitos envolvendo casais homossexuais em que a vítima litigante é um homem, existem também aqueles que entendem que as medidas só devem ser aplicadas aos casos que envolvem o gênero mulher,

não se aplicando aos homens mesmo que este também seja vítima de violência doméstica e familiar, conforme escólios jurisprudências dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e Distrito Federal:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - CASAL HOMOSEXUAL COMPOSTO POR DOIS HOMENS - PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS AFORADO NA VARA ESPECIALIZADA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO DETERMINAÇÃO A REDISTRIBUIÇÃO - ACERTO - MANUTENÇÃO. 1. É condição sine qua non a ofendida ser do sexo feminino para que se reconheça a competência do Juizado Especial criado pela Lei nº 11.340/06. (grifo nosso).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VARA CRIMINAL E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. VÍTIMA DO GÊNERO MASCULINO. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA.

1 A *mens legis* da Lei nº 11.340/06 foi coibir e reprimir toda ação ou omissão contra o gênero mulher capaz de causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico.

2 A criação das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher objetiva facilitar a aplicação das medidas de assistência e proteção da Lei 11.340/2006, que protege exclusivamente a vítima de sexo feminino, **não abrangendo as agressões contra pessoas do sexo masculino, mesmo quando originadas no ambiente doméstico ou familiar.** (grifo nosso).

Apesar dos impasses de entendimentos acerca da aplicação das medidas protetivas asseguradas pela Lei 11.340/006 aos casais homoafetivos do gênero masculino, não podemos esquecer as palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, relator do REsp nº 1.183.378 – RS, onde, nas palavras dele:

[...] Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".

Não obstante, Ayres Brito, Ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4277-DF fortaleceu o entendimento constitucional conferido no *caput* do art. 226, no sentido de que é dever do Estado assegurar a proteção à família, base da sociedade. Sendo família em sua concepção, núcleo doméstico "pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos."

Neste contexto, parece que o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores e da mais abalizada doutrina pátria é firme quanto ao contemporâneo conceito de família e a aplicação das garantias previstas em lei a todo aquele que delas necessitar, independente do gênero e sua opção sexual, visto que seus direitos decorrem diretamente da Constituição Federal e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3 CONCLUSÃO

Diante do descrito, pode-se constatar que a possibilidade de extensão das medidas protetivas de urgência asseguradas pela Lei Maria da Penha, ainda é uma discussão bastante polêmica com entraves de pensamentos diversos. Entretanto, tais medidas já vêm sendo adotadas, através da analogia, por alguns operadores do direito, os quais entendem que essa entidade familiar merece esse cuidado e esse olhar do Estado, haja vista se tratar de uma minoria que também possui sua vulnerabilidade, e por conta disso, precisa ser protegida, respeitando-se o princípio constitucional da isonomia e visando atender aos anseios da evolução social.

Convém ressaltar que a questão da vulnerabilidade nas relações afetivas é fator mais relevante do que a mera questão de gênero biológico, para determinar se deverão ou não ser aplicados os institutos das medidas protetivas asseguradas pela Lei 11.340/2006, ficando a cargo do magistrado

analisar e fundamentar o conflito em questão, não perdendo a lei sua essência.

Seguindo os preceitos estruturais dos valores da sociedade brasileira, proteger aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade é de extrema importância para resguardar os inúmeros valores assegurados pela nossa Constituição, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

Contudo, o que se espera é que o Direito atue de maneira a atender à sociedade e não o contrário, necessitando se adaptar a realidade atual no contexto social.

Logo, é totalmente possível a aplicação das medidas protetivas de urgências previstas na Lei 11.340/2006 aos relacionamentos homoafetivos do gênero masculino por analogia, tendo em vista que já vêm sendo utilizada em alguns casos sem qualquer prejuízo à essência da Lei, já que esta foi promulgada para atender aos conflitos decorrentes de violência doméstica, promovendo a prevenção e a proteção dos entes familiares que se encontram vulneráveis na relação familiar.

4 REFERÊNCIAS

AMARAL, **Carlos Eduardo Rios**. Descumprir medidas protetivas agora é crime (notas sobre a Lei 13.641/2018). **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/carlos-amaral-descumprir-medidas-protetivas-agora-crime>>. Acesso em: 28 de ago. de 2018.

BRASIL. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: . Acesso em: 03 de jun. 2018.

BRASIL. Lei 13.641 de 03 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm>. Acesso em: 03 de jun. 2018.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Câmara Criminal. CCP nº 20070020030790. Relator: George Lopes Leite. Brasília, 2 de julho de 2007. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2689006/ccp-20070020030790-df/inteiro-teor-101050763?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 nov. 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 10ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias:** A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas.** Disponível em: . Acesso em 13 de nov. 2018.

LASTE, Lucas Chies. **As alterações na Lei Maria da Penha a partir do advento da Lei 13.641/2018.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/563416930/as-alteracoes-na-lei-maria-da-penha-a-partir-do-advento-da-lei-13641-2018>>. Acesso em: 03 de jun. 2018.

LAVINA, Juliano. **Pressupostos das Medidas Protetivas de Urgência.** Disponível em: . Acesso em: 05 de Nov. de 2018.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Dos procedimentos:** arts. 13 a 17. In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil.** Volume único – pág. 1082-1083. Saraiva – São Paulo 2017.

GOMES. Luiz Flávio. **Violência machista da mulher e Lei Maria da Penha: mulher bate em homem e em outra mulher.** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1366047/violencia-machista-da>

mulher-e-lei-maria-da-penha-mulher-bate-em-homem-e-em-outra-mulher>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MENDES CHAVES, Luiz Gonzaga. **Minorias e seu estudo no Brasil**. Revista Ciências Sociais, Vol.2, nº1, p. 149-168. Fortaleza, 1971.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL. Rec. em Sentido Estrito : 0690656-25.2012.8.13.0024. Relator: Desembargador Alexandre Brito de Carvalho. Minas Gerais, 19 de março de 2013. Disponível em: . Acesso em: 15 de nov. de 2018.**

PADILHA, **Adriano**. Significado de Homoafetividade. **Disponível em: <https://www.significados.com.br/homoafetividade/>. Acesso em: 26 de jun. de 2018.**

SEADI, Jorge. Juiz aplica Lei Maria da Penha para casal homossexual no RS. **Disponível em: . Acesso em: 13 de Nov. de 2018.**

TOMÉ, **Clarissa**. Justiça usa Lei Maria da Penha para punir gay. **Disponível em: . Acesso em: 15 de Nov. de 2018.**

NOTA:

[1]Luciana Avila Zanotelli. Professora Especialista do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. prof.lucianaavila@fasec.com.br.

AÇÃO POPULAR: REFLEXÕES SOBRE A SUA UTILIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

MARIANA MUNHOZ DA MOTA:

Advogada da União. Especialista em Direito Administrativo pelo IDP-Brasília.

RESUMO: A ação popular representa importante instrumento de participação direta na democracia e de controle social da Administração Pública. Ao ajuizar uma ação popular, o cidadão representa interesses difusos de toda a sociedade, buscando evitar lesão ao patrimônio público. No entanto, a análise de recentes ações populares ajuizadas na Seção Judiciária do Distrito Federal demonstra que este nobre instituto costumeiramente é utilizado para finalidades diversas daquelas que inspiraram o Poder Constituinte. Como exemplo, cite-se a utilização de ações populares por parlamentares para promoção de disputas políticas, para causar tumulto em atos futuros ou para mera promoção pessoal. Percebe-se que muitas ações são ajuizadas com fundamento exclusivo no princípio da moralidade administrativa, sem qualquer demonstração de ato lesivo ao erário ou ao patrimônio público. O presente artigo pretende analisar se tais posturas estão em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro e, ao final, propor soluções para conferir melhor efetividade ao uso do instituto.

Palavras-chave: Ação popular. Desvirtuamento. Utilização como instrumento de judicialização da política. Mero inconformismo político.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ação popular: breves comentários sobre o instituto e seus requisitos. 3. Utilização da ação popular como mero instrumento de judicialização da política. 4. Conclusão

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, LXXIII, prevê a ação popular como garantia constitucional passível de utilização por qualquer cidadão brasileiro, para buscar judicialmente a

anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Trata-se de importante instrumento de controle social da Administração Pública e de fomento à democracia participativa, existente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934. No âmbito infraconstitucional, essa garantia é regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, recepcionada pela Constituição de 1988, nos pontos em que com ela é compatível.

Por meio do ajuizamento de ação popular, o cidadão busca tutelar o interesse difuso de toda a coletividade, e obter provimento judicial que reconheça a ilegalidade e lesividade de algum ato praticado pelo Poder Público, conforme permitido pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Nessa atuação, o cidadão atua como substituto processual da coletividade, o que nos leva à conclusão de que o intuito do legislador constitucional, ao criar tal garantia, foi nobre, de conferir um instrumento para persecução, pelo cidadão, de finalidades públicas.

Não parece ser juridicamente correto, pois, o ajuizamento de ação popular para tutelar interesse exclusivamente privado ou escuso do cidadão, sob pena de total desvirtuamento de tão importante instituto. A ação popular deve ser instrumento de tutela coletiva de interesses gerais, como acontece, por exemplo, no caso de ajuizamento de ação popular visando a declaração de nulidade de ato que ofende a garantia constitucional ao meio ambiente equilibrado.

Ocorre que, na prática forense, nem sempre as ações populares são ajuizadas para tutela de interesses genuinamente difusos e coletivos. Diuturnamente os representantes processuais das pessoas jurídicas de Direito Público se deparam com citações e intimações nos mais variados tipos de ação popular, e podem observar situações peculiares.

A observação mais atenta das ações populares ajuizadas nos últimos anos na Seção Judiciária do Distrito Federal permite identificar uma possível tendência de utilização da ação popular para questionar atos

políticos, relacionados à própria organização do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Como exemplo, fazemos referência às ações populares ajuizadas entre os anos de 2016 e 2018, para questionar atos de nomeação de Ministros de Estado. Outras tiveram como objeto atos de indicação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, de candidatura ao cargo de Presidente da Câmara dos Deputados, publicidades governamentais, entre outros.

Analisando as petições iniciais de algumas destas ações populares, é possível verificar que algumas foram ajuizadas por cidadãos detentores de mandato eletivo no Congresso Nacional (deputados e senadores), muitas vezes representantes de Partidos Políticos de oposição ao grupo político ao qual pertence o mandatário prolator do ato questionado, tendo como principal fundamento supostas violações ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

O ajuizamento de ações populares em tais condições pode ser identificado com facilidade em matérias jornalísticas que noticiam que partidos políticos adotaram medidas judiciais para questionar determinados atos de governo. Como exemplo, pode-se encontrar na *internet* reportagens com informações no sentido de que “*na Justiça Federal, a sigla ingressará com uma ação popular [...]*”, “[...] *partidos anunciaram que irão à justiça*”; “[...] *partido vai à justiça contra portaria*”, entre outros. [\[1\]](#)

A observação deste fenômeno nos leva às seguintes questões: atualmente as ações populares são utilizadas como instrumento de judicialização da política? É possível que parlamentares utilizem o nobre instituto como instrumento de mero inconformismo político e pressão partidária?

O presente artigo pretende analisar sucintamente essa problemática.

2. Ação popular: breves comentários sobre o instituto e seus requisitos

Inicialmente, releva destacar que a ação popular está intrinsecamente ligada à ideia de democracia, e em especial ao conceito de democracia participativa. Na ordem constitucional brasileira, além da democracia representativa, que se concretiza por meio do voto, são reconhecidos aos cidadãos instrumentos de participação direta nas decisões políticas do país, a exemplo do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular de lei.

Além dos tradicionais institutos apontados acima, alguns doutrinadores também reconhecem na ação popular um instrumento de participação do cidadão na vida política. Nesse sentido, Bruno César Lorencini argumenta que

Observada a partir do princípio da soberania popular, a ação popular assume a posição de fundamental instrumento de concretização do Estado Democrático de Direito, por abrir ao povo a oportunidade de participar do processo político, ainda que não ligado diretamente ao ato de decisão política. Trata-se, a bem da verdade, de um instrumento a posteriori, destinado ao controle das decisões tomadas pelos representantes.^[2]

Outro importante aspecto que deve ser destacado ao se abordar o tema da ação popular é a ideia de controle da Administração Pública e o consequente dever de *accountability* dos gestores públicos.

Os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública no Brasil estão sujeitos a diversos mecanismos de controle, e devem observar, em todos os seus atos, os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para controlar as ações dos gestores públicos, existem mecanismos de controle interno – efetuado por órgãos da própria administração – e de controle externo, efetuado pelo Poder Legislativo, com auxílio dos tribunais de contas. Como assente em antiga doutrina, a

existência deste sistema de freios e contrapesos impede que o poder seja exercido com abusos.

Os atos da Administração estão sujeitos também ao controle judicial, como decorrência do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, qualquer ato que represente lesão ou ameaça de lesão a direito pode, em tese, ser objeto de ação judicial.

Além disso, existe uma outra espécie de controle, que decorre da fiscalização direta exercida pela sociedade em face dos atos praticados pela Administração. Trata-se do controle social.

No ordenamento jurídico brasileiro existem instrumentos pelos quais a sociedade pode controlar os atos da Administração, e pelos quais o indivíduo pode pleitear diretamente providências administrativas. Exemplo deste controle é o direito de petição facultado pela Constituição a qualquer pessoa. Consoante expressamente previsto no texto constitucional – artigo 5º, inciso XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Outro exemplo é a possibilidade de requerer informação a qualquer órgão ou entidade pública. Este direito, previsto constitucionalmente^[3], foi materializado pela Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação. Essa lei reafirma que, para a Administração Pública brasileira, a publicidade é a regra, e o sigilo é a exceção, bem como determina que os gestores públicos observem o dever de transparência, franqueando aos cidadãos informações completas a respeito de sua atuação.

Por certo, o acesso à informação é um importante instrumento de controle social, já que permite aos cidadãos ter ciência das políticas públicas executadas, das prioridades estabelecidas pelos gestores, dos gastos públicos, entre outros.

O controle social é ainda exercido por meio do direito de livre associação e de manifestação. Utilizando-se de tais instrumentos, os cidadãos podem, por exemplo, se opor às decisões políticas adotadas pelos

gestores, e até mesmo ajuizar ações coletivas caso entendam existir violação a seus direitos.

No conceito de controle social também deve ser inserida a ação popular, já que permite ao cidadão controlar os atos da administração pública perante o Poder Judiciário. A ação popular, consoante abalizada doutrina, “[...] invoca do cidadão a noção de pertencimento, de fazer parte do Estado, de agir em nome da manutenção do equilíbrio social e da não lesão do patrimônio público”.^[4]

Hely Lopes Meireles leciona que

Em última análise, a finalidade da ação popular é a obtenção da correção nos atos administrativos ou nas atividades delegadas ou subvencionadas pelo Poder Público. Se, antes, só competia aos órgãos estatais superiores controlar a atividade governamental, hoje, pela ação popular, cabe também ao povo intervir na Administração, para invalidade os atos que lesarem o patrimônio econômico, administrativo, artístico, ambiental ou histórico da comunidade. Reconhece-se, assim, que todo cidadão tem direito subjetivo ao governo honesto.^[5]

Destarte, pode-se afirmar que a ação popular, além de ser um meio pelo qual se exerce o controle judicial da Administração Pública, ao lado do mandado de segurança, habeas data, ação civil pública, entre outros, é também uma importante parte do controle social, em sua acepção mais ampla.

Ultrapassadas essas noções iniciais, passa-se à conceituação da ação popular. Hely Lopes Meireles apresenta o seguinte conceito:

É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo,

titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga[6].

A doutrina, embora de forma não unânime, aponta que existem alguns elementos essenciais para o conhecimento de uma ação popular: legitimidade para ajuizamento, competência para apreciar o pedido e existência do binômio ilegalidade/lesividade do ato impugnado. Vejamos a seguir cada um desses elementos.

O primeiro requisito intrínseco à ação popular é a legitimidade para ajuizamento. Extrai-se do texto constitucional e da regulamentação legal que somente o cidadão pode figurar no polo ativo de uma ação popular.

Assim, somente pessoas naturais no gozo de seus direitos políticos podem figurar no polo ativo da ação popular. Esse, inclusive, foi o entendimento adotado pela legislação infraconstitucional, ao determinar que a prova da cidadania realiza-se mediante a apresentação do título de eleitor.

Quanto à competência para julgamento das ações populares, o Supremo Tribunal Federal já definiu que a competência para julgar ação popular é do juízo de 1º grau, ainda que o ato impugnado tenha sido praticado pelo Presidente da República, conforme se extrai da seguinte ementa:

“EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO POPULAR. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, via de regra, do juízo competente de primeiro grau. Precedentes.

2. Julgado o feito na primeira instância, se ficar configurado o impedimento de mais da metade dos desembargadores para apreciar o recurso voluntário ou a remessa obrigatória, ocorrerá a competência do Supremo Tribunal Federal, com base na letra n do inciso I, segunda parte, do artigo 102 da Constituição Federal.

3. Resolvida a Questão de Ordem para estabelecer a competência de um dos juízes de primeiro grau da Justiça do Estado do Amapá.

(AO-QO 859, ELLEN GRACIE, STF.)

O terceiro requisito apontado pela doutrina relaciona-se à essência do ato impugnado na ação popular. Ao longo do tempo, firmou-se na doutrina a ideia de que deve existir, no ato atacado, o binômio ilegalidade-lesividade.

A ilegalidade, segundo lição de Hely Lopes Meireles, ocorre quando "o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública".^[7]

A lesividade, por sua vez, vem exemplificada no art. 4º da lei que rege a matéria. No entanto, tal dispositivo não esgota a matéria, e quando se estiver diante de hipótese não elencada, a análise deve ser empírica em cada caso concreto. José Afonso da Silva explica que

Para isso, há o juiz que entrar no mérito da atividade administrativa, para, em confronto com fatores econômicos subjacentes, constatar a efetividade do prejuízo. Nesses casos, a lesão deve ser efetiva, concreta.

[...]

Deve-se ter como lesiva ao patrimônio das pessoas e entidades sindicáveis (salvo os casos do art.

4º) a oneração desarrazoada do respectivo orçamento, erário ou tesouro, indicando certo favoritismo, imoralidade ou proveito indevido.[\[8\]](#)

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a inclusão da ofensa à moralidade administrativa como fundamento para ajuizamento da ação popular, a doutrina começou a debater se a ação popular poderia ser utilizada para combater atos imorais que não necessariamente tenham sido lesivos ao Erário.[\[9\]](#)

A questão não é de fácil resolução. Como bem explica José Carlos Francisco,

Ocorre que a moralidade administrativa é princípio constitucional cujo elevado grau de abstração desafia sua aplicação aos casos concretos, pois pode ser compreendida de diversas maneiras. A impunidade e a lesão ao interesse ou patrimônio público devem ser combatidas, mas também deve ser repellido o uso da moralidade administrativa como moldura para decorar argumentações vazias ou como instrumento retórico de fanatismos, gerando insegurança nos agentes públicos e expondo suas condutas ao risco de judicializações inconsequentes ou acidentais.[\[10\]](#)

Mancuso entende que a mera demonstração de ofensa à moralidade administrativa é suficiente para acolhimento da pretensão do autor popular. Para o autor, podem existir atos que, em que pese a aparente legalidade formal, são imorais, e, portanto, devem ser controlados judicialmente.[\[11\]](#)

No mesmo sentido é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho:

[...] por isso, advogamos o entendimento de que o tradicional pressuposto da lesividade, tido como aquele causador de dano efetivo ou presumido ao

patrimônio público, restou bastante mitigado diante do novo texto constitucional na medida em que guarda maior adequação à tutela do patrimônio econômico. Quando a Constituição se refere a atos lesivos à moralidade administrativa, deve entender-se que a ação é cabível pelo simples fato de ofender esse princípio, independentemente de haver ou não efetiva lesão patrimonial.^[12]

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, entende em sentido diametralmente oposto:

Alguns autores e acórdãos quiseram ver na inovação constitucional não só a ampliação do objeto da ação, mas, ainda, a mudança dos requisitos da mesma, dispensando a ilegalidade do ato desde que atentasse contra a moralidade pública.

Na realidade, não nos parece ter sido essa a intenção do legislador, que tão-somente pretendeu valorizar novos interesses não patrimoniais, dando-lhes proteção adequada pela ação popular. [...]

Assim, exige-se o binômio ilegalidade-lesividade para a propositura da ação, dando-se tão-somente sentido mais amplo à lesividade, que pode não importar prejuízo patrimonial, mas lesão a outros valores, protegidos pela Constituição.^[13]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também divergem sobre esse aspecto. No julgamento do EREsp 1.447.237/MG, em 16.12.2014, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça assim entendeu:

[...]

4. A Ação Popular consiste em um relevante instrumento processual de participação política do cidadão, destinado eminentemente à defesa do

patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico e cultural; referido instrumento possui pedido imediato de natureza desconstitutiva-condenatória, pois colima, precipuamente, a insubsistência do ato ilegal e lesivo a qualquer um dos bens ou valores enumerados no inciso LXXIII do art. 5o. da CF/88 e, conseqüentemente, a condenação dos responsáveis e dos beneficiários diretos ao ressarcimento ou às perdas e danos correspondentes.

5. Tem-se, dessa forma, como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a a procedência da Ação Popular e conseqüente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes.

6. Eventual violação à boa-fé e aos valores éticos esperados nas práticas administrativas não configura, por si só, elemento suficiente para ensejar a presunção de lesão ao patrimônio público, conforme sustenta o Tribunal a quo; e assim é porque a responsabilidade dos agentes em face de conduta praticada em detrimento do patrimônio público exige a comprovação e a quantificação do dano, nos termos do art. 14 da Lei 4.717/65; assevera-se, nestes termos, que entendimento contrário implicaria evidente enriquecimento sem causa do Município, que usufruiu dos serviços de publicidade prestados pela empresa de propaganda durante o período de vigência do contrato.

[...]

Entretanto, em precedente mais recente (Recurso Especial nº 1559292), a 2ª Turma do STJ dispensou o requisito da lesividade como pressuposto para conhecimento de ação popular:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE URBANO COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ADMITIDA A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. OFENSA AOS ARTIGOS 480 E 481 DO CPC. SÚMULA VINCULANTE 10/STF.

[...]

2. Sobre a necessidade de comprovação de dano em Ação Popular, é possível aferir que a lesividade ao patrimônio público é in re ipsa. Sendo cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade, bastando a prova da prática do ato nas hipóteses descritas para considerá-lo

nulo de pleno direito.

[...]

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, já decidiu em Repercussão Geral (Tema 826 Exigência de comprovação de prejuízo material aos cofres públicos como condição para a propositura de ação popular) que a ação popular prescinde da demonstração de efetiva lesão ao patrimônio público. Consoante se extrai de trecho do voto condutor do acórdão ARE 824.781 – MS:

A questão constitucional posta nos autos diz respeito à existência ou não, na Constituição Federal,

de lesão ao patrimônio público como condição para a propositura de ação popular e o julgamento de seu mérito.

[...]

Verifico, portanto, que o Tribunal de origem divergiu do entendimento desta Suprema Corte. Destarte, manifesto-me pela repercussão geral da matéria examinada no presente agravo em recurso extraordinário, bem como pela reafirmação da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não é condição da ação popular a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, posto que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico.

Em nosso entendimento, o Poder Judiciário deve analisar com cautela ações populares que se fundamentam exclusivamente no princípio da moralidade administrativa, pois diversas ações populares recentemente ajuizadas em verdade visavam promover disputas políticas, sob o pretexto de proteção do princípio da moralidade administrativa.

Quanto ao sujeito passivo da ação popular, a lei determina que a ação poderá ser intentada contra pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como em face de agentes públicos que tenham autorizado, aprovado ou ratificado o ato impugnado. Possibilita, ainda, o ajuizamento contra o beneficiário direto do ato.

Importante previsão consta do parágrafo 3º do art. 6º, que possibilita que a pessoa jurídica de direito público se abstenha de contestar o pedido ou até mesmo migre do polo passivo para o polo ativo da demanda, atuando para coibir a ilegalidade apontada.

O Ministério Público atua como fiscal da lei, e faculta-se a habilitação de qualquer cidadão como litisconsorte ativo. Se o autor desistir da ação popular, serão publicados editais, assegurando-se a qualquer cidadão ou ao Ministério Público promover o prosseguimento da ação.

3. Utilização da ação popular como mero instrumento de judicialização da política

O uso abusivo da ação popular já era preocupação de doutrinadores desde sua previsão na Constituição de 1934. José Afonso da Silva relembra que Clóvis Bevilacqua teceu fortes críticas à criação do instituto, argumentando que “sem negar o caráter democrático dessa ressurreição, receio que nos venham daí inconvenientes, que a boa organização do Ministério Público evita” [14].

Observa-se que o instrumento costumeiramente é utilizado por parlamentares para disputas políticas e ideológicas, e que em tais casos essas ações são ajuizadas por representantes de partidos de oposição ao prolator do ato. Além disso, observa-se o uso para finalidades particulares, como por exemplo, a utilização de ações populares para promoção comercial de escritórios de advocacia.

Tal fato não passou despercebido pelo Poder Judiciário. Alguns magistrados mais atentos têm se pronunciado expressamente a respeito da desvirtuação da ação popular. Como exemplo, cite-se decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara/DF na ação popular nº 1014575-20.2017.4.01.3400, ajuizada por deputado federal:

[...]

Pontuo que a transcrição de matéria jornalística, como o único elemento de prova para se aferir a materialidade do desvio de finalidade, não é meio de prova juridicamente idôneo para a concessão do pedido liminar; principalmente, ponderando a abrangência dos pedidos ventilados na inicial e as consequências decorrentes.

Observo que o autor da ação popular é Deputado Federal, e, em que pese poder se valer

deste remédio heroico como cidadão, pelo digno cargo que ocupa como parlamentar federal, também possui notório conhecimento de que, apenas em casos extremos e bem comprovados, com provas robustas e idôneas dos fatos alegados, o Poder Judiciário deve adentrar no mérito das deliberações entre os demais Poderes da República.

Neste prisma, restou evidente que o autor não anexou emails, gravações, entre outras produções de provas, que demonstrassem, juridicamente, mesmo de forma indiciária, a articulação e evidência do desvio de finalidade, como estratégia para fins ilícitos.

Embora, em tese, possam ser aduzidas fortes ilações de desvio de finalidade, envolvendo os fatos narrados, reportagens jornalísticas não podem ser o condão para concretização da materialidade probatória no mundo jurídico, sob pena de subverter o fim da própria Ação Popular, vulgarizando a sua interposição.

Fato que, infelizmente, vem ocorrendo, um mesmo autor, ou petições idênticas são interpostas ao mesmo tempo, em vários juízos federais espalhados pelo país, idealizadas por partidos políticos, que, por conseguinte, também interpõem ações no Egrégio STF, com fundamento idêntico e envolvendo temas políticos. O que vem gerando uma grande confusão jurídica e decisões díspares, em alguns casos; desvirtuando o fim do nobre remédio heroico à disposição do cidadão, quando adequadamente utilizado.

Reforço que há grandes distinções entre as ponderações jornalísticas, com base em análises de conjunturas sociais e posições pessoais do formador de opinião, muitas vezes subjetivas e idealistas, o que deveras salutar para o debate democrático, com a comprovação dos fatos no mundo do Direito, do

dever-ser, como Ciência Jurídica que exige a produção probatória para a comprovação dos fatos jurídicos, como elemento também de garantia do direito do cidadão e do Estado Democrático de Direito.

É fato notório que a ação popular tem sido utilizada com frequência por grupos de oposição política para questionar, judicialmente, atos eminentemente políticos. Independente do grupo político que esteja no poder, o que se observa é uma utilização frequente pela oposição.

Como exemplo, citamos as ações populares ajuizadas para contestar ato de nomeação de ministros de Estado. A partir do ano de 2016, iniciou-se um movimento de ajuizamento de ações populares em face de atos de nomeação de Ministros de Estados no Brasil. Três casos foram bastante divulgados na mídia: nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil; nomeação de Wellington Moreira Franco como Ministro da Secretaria Especial da Presidência da República e como Ministro de Estado de Minas e Energia; nomeação da Deputada Federal Cristiane Brasil como Ministra do Trabalho e Emprego.

Além desses casos, é possível constatar no sistema eletrônico pje da Justiça Federal da 1ª Região diversas outras ações ajuizadas por parlamentares com o intuito de questionar escolhas políticas dos gestores.

Dessa constatação, surge um primeiro questionamento. Os parlamentares têm legitimidade ativa para ajuizar ação popular em tais situações?

Tanto a Constituição quanto a legislação de regência determinam que a ação popular pode ser ajuizada por qualquer pessoa em gozo de direitos políticos. Para serem eleitos, os parlamentares, como se sabe, necessariamente devem possuir capacidade eleitoral, razão pela qual se inserem no conceito constitucional de cidadão.

Outrossim, não se extrai das normas aplicáveis qualquer limitação a sua legitimidade. Não se pode negar que parlamentares são representantes da população, o que, em tese, poderia fortalecer a sua

legitimidade para ajuizamento de ação popular que vise anular ato ilegal (desde que ajuizada para a finalidade prevista pelo legislador).

Destarte, em que pese as evidências de que a ação popular vem sendo sistematicamente utilizada por parlamentares para disputas políticas e ideológicas (que, conforme será exposto adiante, não devem ser travadas perante o Poder Judiciário), não há como negar a plena legitimidade dos parlamentares para ajuizamento, já que são cidadãos em gozo dos direitos políticos.

No entanto, pode-se questionar seu interesse processual (sob o viés da necessidade/utilidade do provimento jurisdicional), quando o que se busca mediante o ajuizamento da ação popular é unicamente levar um debate eminentemente político para o Poder Judiciário. Com efeito, existem outros instrumentos que podem ser utilizados pelos parlamentares para se opor às decisões políticas adotadas pelos mandatários do Poder Executivo e para controlar a Administração. O Congresso Nacional, no contexto do sistema de freios e contrapesos, possui como atribuição fiscalizar os atos da Administração, utilizando-se de diversos mecanismos.

Assim, parlamentares podem propor, por exemplo, a sustação de atos que exorbitem o Poder Regulamentar do Poder Executivo. Podem, ainda, convocar Ministros de Estado para “dar explicações”, oficiar órgãos, representar ilegalidades perante o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, propor projetos de lei e de decretos legislativos, fazer pronunciamentos no Parlamento, sugerir a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito, entre outros.

Há, ainda, a possibilidade de utilização de mídias sociais para fazer uma efetiva pressão social contra atos adotados pelos governantes. Como exemplo, citamos o caso da extinção da Reserva Nacional do Cobre e Associados – RENCA no ano de 2017. Após forte pressão social, o decreto que extinguiu tal reserva mineral foi revogado pelo Presidente da República.

Por outro lado, os próprios Partidos Políticos podem ajuizar ações coletivas, como por exemplo, impetrar mandado de segurança diretamente no Supremo Tribunal Federal, o que certamente evitaria a

insegurança jurídica causada pelo ajuizamento simultâneo de diversas ações em diferentes regiões da Justiça Federal.

Nesse sentido, já existem precedentes do Supremo Tribunal Federal reconhecendo que os mandados de segurança coletivos impetrados por Partidos Políticos não se limitam a resguardar interesses de seus filiados. Ao deferir a liminar no Mandados de Segurança nº 34.070, o Ministro Gilmar Mendes destacou que

De forma paralela, surge a questão da possibilidade de o partido político usar a ação em defesa de interesses que não são peculiares a seus filiados.

[...]

Percebo que a análise que fiz daquela feita foi excessivamente restritiva. Os partidos políticos têm finalidades institucionais bem diferentes das associações e sindicatos. Representam interesses da sociedade, não apenas dos seus membros. Representam até mesmo aqueles que não lhes destinam voto.

[...]

Assim, não parece correto conferir-lhes o mesmo tratamento dado às associações e indicados. E não foi isso que fez o texto constitucional em vigor. Como já anotei, a exigência de que o mandado de segurança coletivo seja impetrado “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” consta apenas da alínea “b” do inciso LXXII do art. 5º. Não consta da alínea “a”, tampouco do próprio inciso.

[...]

A leitura restritiva vem sendo criticada com excelentes argumentos. Teori Zavascki, em obra doutrinária, defende que os partidos políticos têm

legitimidade ampla para manejar a ação, independentemente de vinculação com interesse de seus filiados. E vai além, sustentando que a ação pode ser manejada para a tutela de interesses difusos, ligados às finalidades do partido.

Em nosso entendimento, o deferimento de liminares em diferentes regiões da Justiça Federal em ações populares que questionam atos de repercussão nacional gera imensa instabilidade política e jurídica. Acrescido a isso, é extremamente difícil para o cidadão comum compreender a sucessão de liminares e decisões de Presidentes dos Tribunais-Regionais Federais proferidas em suspensão de liminar. Por certo, tais situações acabam gerando incredulidade do cidadão no sistema Judiciário.

Por essa razão, nos parece mais adequado que, em caso de judicialização de questões políticas por partidos políticos e parlamentares, o mandado de segurança coletivo seja utilizado, ao invés da ação popular.

Outro ponto importante a ser analisado neste estudo diz respeito à natureza dos atos que podem ser questionados por ação popular ajuizada por parlamentar. Podem ser controlados por ação popular atos eminentemente políticos, a exemplo do ato de nomeação de ministro de Estado, ou o mérito de atos decorrentes de políticas de Estado, como decisões atinentes a desestatizações (quando não há flagrante ilegalidade), sob o argumento de violação ao princípio da moralidade administrativa?

Em nosso entendimento, a resposta é negativa. Em primeiro lugar, porque a moralidade administrativa é de difícil conceituação. Como bem ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso,

A nosso ver, a questão da moralidade administrativa situa-se na zona fronteira entre o Direito (normas de conduta atributivas, coercitivas e exigíveis) e a Moral (normas de conduta aderentes aos sentidos do justo, do equitativo e do senso comum, e daí a dificuldade em conceitua-la [...] [15]

Concordamos com José Carlos Francisco quando este argumenta que

Todavia, a utilização entusiasmada da moralidade administrativa pode também abrigar argumentações vazias ou retóricas fanáticas, bem como pode dar ensejo à utilização da ação popular como instrumento de oposição política, gerando insegurança nos agentes públicos e expondo suas condutas ao risco de judicializações inconsequentes ou acidentais.^[16]

Ademais, como bem destacado por Marco Henrique Reichelt, “não há como se pretender falar em configuração de ofensa ao princípio da moralidade sem que previamente se tenha ideia do que caracteriza tal princípio e, antes mesmo, a própria Moral”.^[17]

Em segundo lugar porque o controle judicial sobre o mérito administrativo deve ser exceção em nosso ordenamento, a fim de que se preserve a devida separação dos poderes. Destarte, somente em casos de expressa violação à legalidade e efetiva violação ao patrimônio público será cabível o ajuizamento de ação popular ajuizada por parlamentar, sob pena de utilização desvirtuada do instituto.

Assim, conclui-se não ser juridicamente adequada a utilização da ação popular para se fazer mera oposição política ao gestor público.

Em sentido contrário ao que aqui se defende, Leon Rogério Gonçalves de Carvalho compreende a ação popular como instrumento a ser utilizado pelas minorias parlamentares para fazer oposição política. Em sua visão,

A ação popular emerge como um dos mais notáveis instrumentos para controle, pelo povo, e aí inclua-se a oposição política, da constitucionalidade e da legalidade das medidas governamentais. Essa proteção, com o advento da Constituição de 1988, ampliou-se sobremaneira, na medida em que passou a abarcar a moralidade administrativa, muitas vezes

conspurada pelo indesejado desvio de finalidade que plasmava a atuação administrativa de dados governantes, circunstância que restava intocável pela fiscalização efetuada pelo Ministério Público e sociedade civil.

Como visto, a democracia requer a atuação vigilante e permanente da oposição sobre os rumos das políticas governamentais, e esse controle político, viabilizado pela ação popular, contribui para a preservação da democracia, dos direitos fundamentais e da própria alternância no Poder.^[18]

Para o articulista, a ação popular pode e deve ser utilizada pela minoria parlamentar para controlar os atos de governo, pois a oposição “deve ter à sua disposição todos os meios de fazer valer a crítica e o controle do Governo, bem como a sua própria viabilidade como alternativa política”.

Entende ainda que eventuais atuações aventureiras e irresponsáveis somente serviriam para fortalecer o próprio Governo, fato que traria uma reflexão prévia aos parlamentares que desejassem ajuizar ação popular.

Discordamos, porém, desse entendimento. Com razão o autor ao destacar a importância dos direitos conferidos às minorias parlamentares para fortalecimento da democracia. Como defende a doutrina atual, a democracia acontece pela vontade da maioria, desde que respeitados os direitos das minorias e os direitos e garantias fundamentais^[19]

Contudo, a questão deve ser também analisada por outras óticas, de igual relevância social e jurídica.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que o Poder Judiciário há muito vive uma crise decorrente do excessivo número de processos em trâmite. Em recente seminário^[20] realizado no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luís Felipe Salomão destacou que atualmente existem mais de 100 milhões de processos em trâmite no Brasil. Ressaltou igualmente que

anualmente são ajuizadas aproximadamente 30 milhões de novas ações, e que somente no Superior Tribunal de Justiça são distribuídos quase 300 mil recursos por ano.

Não se deve desconsiderar, também, que todo e qualquer processo judicial possui custos, que, nos casos em que há gratuidade de justiça, são suportados por toda a sociedade. São realizados gastos com a manutenção da justiça e de sistemas, salários dos magistrados, dos servidores da justiça e dos advogados públicos, entre outros

Além dos custos diretos, o uso predatório do sistema judiciário gera custos indiretos para a coletividade: com a tramitação lenta decorrente de um poder judiciário excessivamente congestionado, casos em que efetivamente há lesão a direito subjetivo deixam de ser apreciados com a celeridade e atenção necessárias.

Assim, a nosso ver, permitir o ajuizamento de ações populares apenas como instrumento de oposição política contribui ainda mais para a crise do Poder Judiciário. A oposição política deve, assim, ser realizada no âmbito adequado para se discutir decisões políticas e políticas públicas, e não no Poder Judiciário, que possui por atribuição precípua exercer a jurisdição e pacificar os conflitos.

Por outro lado, outros dois aspectos também merecem destaque: os efeitos deletérios decorrentes da judicialização da política e a insegurança jurídica que pode ser gerada pela utilização abusiva de ações populares.

A segurança jurídica é um valor caro ao ordenamento jurídico brasileiro, e sua preservação igualmente deve ser objeto de preocupação dos operadores do Direito. Conforme leciona André Ramos Tavares,

A segurança jurídica decorre diretamente do Estado Constitucional de Direito. Embora comumente se invoque a irretroatividade das leis quando se menciona a segurança jurídica, esta tutela uma gama muito maior de direitos.

Como primeira “densificação” do princípio da segurança jurídica, tem-se: i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica.^[21]

Por essa razão, a segurança jurídica deve igualmente ser preservada como valor essencial à Justiça pelo Poder Judiciário, que deve estar atento à crescente utilização da ação popular como forma de judicialização da política.

4. Conclusão

A ação popular é importante instrumento de controle social, e sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro é de extrema importância para fortalecimento da democracia, pois permite a participação direta e efetiva do cidadão no controle dos atos estatais.

Trata-se de mais uma ferramenta de que dispõe o cidadão para participar mais ativamente da gestão pública, podendo controlar atos ilegais que geram lesão ao patrimônio público. Em razão de sua natureza, bem como por ser uma garantia fundamental prevista no texto constitucional, a ação popular não pode ser suprimida do ordenamento jurídico nacional. Ao contrário, deve-se buscar o seu fortalecimento, assim como de todos os meios de controle da Administração Pública.

No entanto, na prática a ação popular tem sido utilizada para finalidades distintas daquelas previstas pelo poder constituinte. Tem se tornado cada vez mais frequente a utilização da ação como meio de levar disputas eminentemente políticas para o Poder Judiciário, intensificando-se a judicialização da política.

Em nossa visão, o instrumento previsto na Constituição não deve ser utilizado para questionamento de atos políticos por parlamentares tão somente pelo fato de não concordarem (mero inconformismo político) com as políticas públicas que estão sendo

implementadas pelos mandatários eleitos, salvo em caso de flagrante ilegalidade.

Conquanto os parlamentares detenham legitimidade para ajuizar ação popular, em alguns casos faltar-lhes-á interesse processual, já que o Poder Legislativo possui instrumentos próprios de controle do Poder Executivo, como por exemplo a sustação de atos que exorbitem o poder regulamentar, a instauração de comissão parlamentar de inquérito, a provocação do Tribunal de Contas da União, a impetração de mandado de segurança em defesa de prerrogativa parlamentar, entre outros.

Entendemos também que o Poder Judiciário deve ter cautela na análise dos requisitos essenciais para ajuizamento de ação popular, devendo indeferir liminarmente petições iniciais que se fundamentam em meras disputas políticas.

Por outro lado, embora parte da doutrina reconheça que a ofensa à moralidade pode ser utilizada como causa de pedir exclusiva da ação popular, em nosso entendimento tal argumento tem sido utilizado como fundamento para ações populares manifestamente incabíveis e politizadas.

Destarte, convém que o Poder Judiciário observe seu dever de autocontenção e atue com redobrada cautela quando o princípio da moralidade seja o único fundamento para o ajuizamento da ação popular em análise, a fim de que este não seja utilizado como arena de disputas político-ideológicas.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. TEIXEIRA, Carla Noura. **Ação popular como instrumento do viver democrático na Constituição Federal de 1998: reflexões sobre um direito humano fundamental.** In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36-47.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Leon Rogério Gonçalves de Carvalho. **A ação popular sob a perspectiva do direito à oposição política.** In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 310-327

FRANCISCO, José Carlos. **Ação popular e moralidade administrativa.** In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21-33.

GARCIA, José Ailton. **Ação popular: cabimento com base em apenas um requisito.** Revista Forense, volume 411, 2010, p. 457-468.

LORENCINI, Bruno César. **A ação popular como instrumento democrático.** In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21-33.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** 7ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

MAZILLI, Hugo Nigro. **O direito das minorias.** Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/dirminorias.pdf>>

MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança – Ação Popular – Ação Civil Pública – Mandado de Injunção – Habeas Data.** 31 ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2008.

REICHEL, Marcos Henrique. **Reflexões sobre a tutela jurídica da moralidade.** In proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade / Ingo Wolfgang Sarlet , Roberto José Ludwig (organizadores) ; Elaine Harzheim Macedo [et — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 11 a 30

NOTAS:

[1]Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/psol-vai-a-justica-para-anular-posse-de-moreira-franco-como-ministro.ghtml>>

<<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/psol-vai-a-justica-contra-portaria-de-temer-que-tira-r-208-milhoes-de-areas-como-saude-para-bancar-publicidade/>>

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,oposicao-vai-a-justica-contranomeacao-de-moreira-franco-como-ministro,70001652221>>

<<https://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKBN15I2U4>>

Acesso em: 12 de maio de 2018

[2] LORENCINI, Bruno César. A ação popular como instrumento democrático. In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21-33

[3] Constituição Federal, Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[4] ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. TEIXEIRA, Carla Noura. Ação popular como instrumento do viver democrático na Constituição Federal de 1998: reflexões sobre um direito humano fundamental. In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36-47.

[5] MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança – Ação Popular – Ação Civil Pública – Mandado de Injunção – Habeas Data. . 31 ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135

[6] Op. cit. p. 127

[7] Op. Cit. p. 129

[8] Op. Cit. p. 142

[9] Op. Cit. p. 45.

[10] FRANCISCO, José Carlos. Ação popular e moralidade administrativa. In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21-33.

[11] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 117.

[12] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016., p. 23

[13] MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de Segurança – Ação Popular – Ação Civil Pública – Mandado de Injunção – Habeas Data. 31 ed. Atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 131-132.

[14] *Apud* NETO, Joaquim José de Paula. A ação popular como instrumento da Administração Pública e o denunciamento irresponsável.

Disponível em

[15] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 119

[16] FRANCISCO, José Carlos. Ação popular e moralidade administrativa. In Ação Popular. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21-33, p. 157

[17] REICHELT, Marcos Henrique. Reflexões sobre a tutela jurídica da moralidade. In proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade / Ingo Wolfgang Sarlet , Roberto José Ludwig (organizadores) ; Elaine Harzheim Macedo [et — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 11 a 30

[18] CARVALHO, Leon Rogério Gonçalves de Carvalho. A ação popular sob a perspectiva do direito à oposição política, p. 310-327

[19] MAZILLI, Hugo Nigro. O direito das minorias. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/dirminorias.pdf>

[20] Acesso à justiça. O custo do litígio no Brasil e o uso predatório do Sistema de Justiça. Realizado em 21/05/2018

[21] Op. Cit. p. 619

UM OLHAR SOBRE A RESSOCIALIZAÇÃO NA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS

VALÉRIO GLÓRIA FERREIRA: Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

LILIANE DE MOURA BORGES^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O aumento da população carcerária no Brasil é desafio para o poder público e assunto de interesse da comunidade jurídica, em razão disso, o presente estudo se propõe a analisar o instituto de ressocialização previsto na LEP - Lei de Execuções Penais (7.210/84), e os meios utilizados para promovê-la, fazendo um recorte do ponto de vista da sua aplicabilidade na Casa de Prisão Provisória de Palmas - Tocantins e seus efeitos. O trabalho exigiu revisão bibliográfica e coleta de dados junto ao juízo de execução penal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e demais órgãos correlatos ao tema e culmina com a exposição dos gargalos existentes para o efetivo cumprimento da proposta de ressocialização dos presos.

PALAVRA-CHAVE: reeducando, ressocialização, sociedade

ABSTRACT: The increase of the prison population in Brazil is a challenge for the public power and subject of interest of the legal community. Therefore, the present study proposes to analyze the re-socialization institute foreseen in the LEP - Law on Criminal Executions (7,210 / 84), and the means used to promote it, making a cut from the point of view of its applicability in the House of Provisional Prison of Palmas - Tocantins and its effects. The work required a bibliographical review and data collection in the criminal enforcement court of the State of Tocantins Court of Justice and other judicial bodies related to the topic and culminates in exposing the existing bottlenecks for the effective fulfillment of the prisoners' resocialization proposal.

Keywords: re-education, resocialization, Society

INTRODUÇÃO

A população carcerária cresce a cada ano, haja vista o aumento da criminalidade. Em pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, em junho de 2016 e apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, mostrou que o Brasil está em 3º lugar no *ranking* mundial em maior número de pessoas encarceradas.

No ano de 1990, o número de pessoas encarceradas no Brasil era de 90 mil, atingindo a marca de 726.712 em 2016, mostrando assim, um aumento na ordem de 707% (setecentos e sete por cento) (DEPEN, 2016). No Tocantins o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias constatou 3.468 pessoas encarceradas, e deste total haviam 1.368 (um mil, trezentos e sessenta e oito) presos sem condenação e 2.100 (dois mil e cem) já condenados. O crescimento da população carcerária aumenta conseqüentemente, o problema de ressocialização, deixando de cumprir os fins da pena, ressaltando que no Brasil não há prisão perpétua, e em um dado momento, esses condenados irão cumprir as penas lhes imputadas e serão colocados em liberdade.

A Lei de Execução Penal em seu art. 1º dispõe "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado". Fica o Estado responsável em todos os aspectos, não somente à parte de executar o fim punitivo da pena, mas também, de assistir o fim ressocializador. Ao final, o reeducando deverá estar apto a conviver em sociedade.

O presente artigo, visa analisar a devida aplicação da LEP, no que tange ao instituto da ressocialização aos presos da Casa de Prisão Provisória de Palmas - CPPP.

Trata-se de um estudo de caso, onde foi utilizada a pesquisa bibliográfica em textos legais, livros doutrinários e artigos científicos para contextualizar o instituto da ressocialização e por sua vez, buscou averiguar como se dá a aplicação desse instituto na Casa de Prisão Provisória de Palmas. Portanto, a pesquisa traz abordagem qualitativa e quantitativa no que tange aos números apresentados pelo Poder Judiciário do Tocantins.

O estudo será apresentado partindo de uma visão ampla do tema para um olhar específico sobre a realidade local. Assim, os itens 1 e 2 tratam do Sistema Prisional e população carcerária no Brasil e traz as diretrizes do instituto da ressocialização, respectivamente. O item 3 e 4 trazem dados da população carcerária no Estado do Tocantins e como se opera a ressocialização, e por fim, o item 5 traz especificamente as informações coletadas sobre a aplicação da LEP no que tange à ressocialização na CPPP. A conclusão do trabalho demonstra que apesar da ainda tímida tarefa de ressocialização aplicada nos presídios, o Poder Público tem um grande desafio para vencer, sendo este aplicar os institutos previstos em lei.

1 POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA E O SISTEMA PRISIONAL

Para falar em ressocialização há a necessidade de olhar a população carcerária brasileira, e para isto, se faz necessário compreender o aspecto histórico do sistema prisional brasileiro, o qual até 1830, período em que o Brasil era colônia de Portugal, não tinha um Código Penal próprio, submetendo-se às Ordenações Filipinas, período em que se aplicava a pena de morte, a mutilação e queimaduras. Nessa época não existia pena de privação de liberdade, o preso ficava somente com "status" de custódia, até o momento em que recebia sua punição.

Com a Constituição de 1824, iniciou-se uma reforma no sistema prisional brasileiro, banindo as penas de açoite, tortura e outras penas cruéis. Em 1830 deu se origem ao Código Criminal do Império, o qual introduziu as penas de prisões simples e a prisão com trabalho.

Foi notadamente no século XVIII que a pena privativa de liberdade, institucionalizava-se como principal sanção penal, e a prisão passa a ser fundamentalmente, o local da execução das penas (MIRABETE, 1995, p. 310).

Somente no início do século XX, começaram as reflexões sobre as reais condições da vida dos detentos, reflexões estas abordadas principalmente pela Escola Positiva de Direito Penal, cujo principal representante foi Cesare Lombroso, o que defendia a substituição da pena por tratamento, o qual nos dias atuais representa a ressocialização.

MIOTTO ressalta que:

Enquanto o tratamento substitutivo da pena atribuía sua aplicação a técnicos e especialistas, o direito penitenciário, reconhecendo direitos dos condenados, contribuía para o conceito ético-jurídico da pena, e demandava jurisdicalização da execução penal (MIOTTO, 1992, p. 45).

Para BITENCOURT, o mesmo pontua que a prisão é:

[...]uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. O projeto alternativo alemão orientou-se nesse sentido ao afirmar que “a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”. Por conhecermos bem as críticas que o encarceramento merece[...] (BITENCOURT, 2011, p. 25)

Na atualidade, as discussões com relação ao sistema prisional extrapolam o mundo técnico do Direito, de modo, que atinge toda a sociedade, seja relativo à aplicação da pena ou a execução.

A sociedade acompanha diariamente pela mídia as constantes rebeliões, fugas, drogas em presídios, superlotação, doenças, uso de celular, e conseqüentemente, a continuação das práticas de crimes. Todos esses fatos mostram a precariedade e as condições sub-humanas que os detentos vivem hoje.

O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, mas o que se vê é a ineficiência dos Estados em garantir esse direito aos presos.

O número de pessoas encarceradas cresce a cada dia, conforme Levantamento Nacional de Informações penitenciárias de junho 2016. No

ano de 1990 o número de presos eram 90 mil, passado se dez anos, esse número teve um aumento de 148% (cento e quarenta e oito por cento), atingindo 232,8 mil presos no ano de 2000. Esse número continuou crescendo, atingindo em 2016 pela primeira vez na história a marca de 726.712 (setecentos e vinde e seis mil, setecentos e doze) refletindo um aumento de 707% (setecentos e sete por cento) com relação a década de 90 conforme INFOPEN.

Diante desse número, os dados trazem a real situação dos presídios, para tanto, pontua BITENCOURT:

[...]Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado.[...] (BITENCOURT, 2011, p. 26)

Diante da real situação dos presídios brasileiros tem-se a necessidade de uma política de ressocialização eficaz para tentar diminuir o número de presos, visto que o sistema prisional só dispõe de 367.217 vagas, gerando um déficit de 359.058 mil vagas, conforme INFOPEN de 2016. Diante dos 726.712 presos apontado pelo INFOPEN em 2016, comparado com a população brasileira desse ano, os presos representavam 0,35% (zero virgula trinta e cinco por cento) do total da população brasileira.

Para uma melhor compreensão do caos que se encontra o sistema prisional brasileiro, destaca-se a matéria publicada pela jornalista Tatiana Santiago no site [\[2\]G1 São Paulo](#) em 13/11/2012, onde o ex-ministro da Justiça José Eduardo Cardozo declarou quando ocupava o cargo: "Temos um sistema prisional medieval que não é só violador de direitos humanos, ele não possibilita aquilo que é mais importante em uma sanção penal que é a reinserção social. 'Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer'". A declaração do ex-ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, mostra quão complicado se encontra o sistema prisional do Brasil, dificultando a reinserção social.

2 INSTITUTO DA RESSOCIALIZAÇÃO

Na formação do indivíduo a consciência é construída através de um processo que é criado com valores, tradição e costumes, algo que torna difícil desconstruir quando essa formação se dá através do crime, ou seja, construído através de valores e condutas erradas. Diante desse fato, a ressocialização tem grande dificuldade para reverter nos indivíduos que cumprem pena, esses valores arraigados de condutas erradas. O processo de ressocialização, de um modo geral, busca reverter esses conceitos que levaram o reeducando a delinquir.

Para Antunes (2006) toda sociedade deve adotar o processo de ressocialização dos encarcerados como medida fundamental. Em 2017 e 2018 foram noticiadas várias rebeliões em presídios brasileiros, resultando como exemplo, as 26 mortes no Rio Grande do Norte, sendo esta classificada como a maior e mais violenta rebelião do Estado, mostrando que a gravidade do problema.

Para Renato Marcão:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar".(2013 p. 32)

A execução da pena se faz necessária, para neutralizar o delinquente, porém, a LEP atribui a ressocialização como instrumento para satisfazer a real função da prisão. Com o advento da ressocialização destacado na LEP, veio em seu artigo 126, a remissão da pena.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

O art. 126 da LEP inicialmente buscava remir a pena através do trabalho, tendo a função reabilitatória do apenado, com o intuito do mesmo ser inserido no meio social e não voltasse a delinquir. Em razão de

decisões dos juízes de 1º grau, incluindo o estudo como motivo para remir a pena, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341, estendendo o benefício da remissão da pena, para aqueles que frequentasse curso de ensino formal. Assim depreende-se o texto inovador prolatado em 2004

EMENTA

Criminal. HC. Remição. Frequência em aulas de curso oficial -Telecurso. Possibilidade. Interpretação extensiva do art. 126 da Lei de Execução Penal. Ordem concedida.

I. A Lei de Execuções Penais previu a remição como maneira de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação.

II. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo "trabalho", para abarcar também o estudo, longe de afrontar o caput do art. 126 da Lei de Execução Penal, lhe deu, antes, correta aplicação, considerando se

a necessidade de se ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance

da lei, uma vez que a atividade estudantil, tanto ou mais que a própria

atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto.

III. Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio

social, a interpretação extensiva se impõe in casu, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade.

IV. Ordem concedida, para restabelecer a decisão de primeiro

grau de jurisdição.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 218 Relator". Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de abril de 2004 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator

Em 29 de junho de 2011 foi criada a Lei Federal nº 12.433, que alterou, dentre outros, o artigo 126 da LEP, incluindo a palavra estudo, que passou a ter a seguinte redação, para obter a remissão de um dia, o reeducando deve ter 12 horas de frequência escolar, podendo ser ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de qualificação profissional. (art. 126 § 1º, I da LEP).

As atividades de estudo mencionadas no § 1º do art. 126, podem ser presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (art. 126 § 2º da LEP)

Para o reeducando que participa de estudo e trabalho, adquiriu-se o direito de cumular o tempo para remir a pena, desde que os horários se compatibilizam. (art. 126 § 3º da LEP).

Para o condenado que cumpre pena em regime aberto, semiaberto ou que usufrui da liberdade condicional poderão remir a pena, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, seguindo o § 1º, I, do art. 126 da LEP, sendo doze horas de estudo para um dia de remissão (art. 126 § 6º da LEP). Esse advento da remissão da pena, abarcou também as prisões cautelares, podendo o preso participar dos processos e com isso remir sua pena, assim prevê. (art. 126 § 7º da LEP)

3 POPULAÇÃO CARCERÁRIA TOCANTINENSE

A população carcerária conforme levantamento do Departamento Penitenciário Nacional em 2016, apontou o total de 3.468 presos, para um total de vagas de 1.982, demonstrando um encarceramento de 57,15% (cinquenta e sete virgula quinze por cento) acima da capacidade total, e desses 39% (trinta e nove por cento) são presos provisórios.

A taxa de prisões representa 226 presos para cada 100 mil habitantes, já os estabelecimentos prisionais no Tocantins, conforme Corregedoria do Tribunal de Justiça do Tocantins em 2016, eram 43 (quarenta e três) com capacidade para 1.982 vagas, cuja lotação apontada pelo INFOPEN de 2016 era de 3.468. O presídio abordado por essa pesquisa, a Casa de Prisão Provisória de Palmas – CPPP, tem o limite para atender 260 detentos.

4 RESSOCIALIZAÇÃO NO TOCANTINS

A ideia de ressocializar encontra dificuldades para atingir o seu objetivo,

tendo início imediato pela superlotação, como mostra o DEPEN, cujo Tocantins está 57,15% (cinquenta e sete virgula quinze por cento) acima da capacidade total. Esses presos sem nenhum amparo de ressocialização, após cumprirem suas penas estarão de volta à sociedade, em não sendo ingressados nos processos de ressocialização, mantendo somente a convivência com outros detentos as chances dos mesmos voltarem a delinquir são maiores com relação aos que ingressam nos processos de ressocialização.

O Tocantins vem buscando ressocializar os detentos, principalmente através da educação, para tanto, criou o Comitê Estadual de Educação em Prisões (Comep), instituído por meio da Portaria da Seciju nº 262, de 13 de julho de 2016, com o intuito de proporcionar aos detentos a educação básica, profissional, tecnológica e superior, iniciando o projeto de estudo em 14 unidades prisionais.

O Sistema Penitenciário do Tocantins além da educação conta com projetos de Fabricação de Tapetes; Hortaliças; Corte de Cabelo, fabricação de roupas íntimas etc., esses projetos trazem como benefício ao preso a remissão da pena, e uma nova oportunidade para uma vida fora do mundo do crime. Para a população, os benefícios com essas medidas são de

grande importância, permitem que os presídios se tornem um ambiente do qual os presos saiam apto a conviver na sociedade, diminuindo a criminalidade e conseqüentemente, maior segurança.

5 RESSOCIALIZAÇÃO CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS – TO

A Casa de Prisão Provisória de Palmas, já realizou parcerias para cursos profissionalizantes, sendo estas profissionalizações sendo que estes cursos são componentes essenciais no processo de ressocialização.

Através destas parcerias, a CPPP já ofertou os cursos profissionalizantes de Construção Civil NR 18 e Segurança na Construção Civil NR 35. No dia 23/04/2018 concluíram o curso de Boas Práticas e Manipulação de Alimentos, ministrado pela engenheira de alimentos, Cristiane Cruz, 12 detentos. Esse projeto foi uma parceria realizada entre a Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju), Embrasil Serviços, gestão da CPPP, e a Igreja Universal.

A CPPP ainda, realiza o projeto “Plantando a Liberdade na Casa de Prisão Provisória de Palmas”, trata-se do plantio e cultivo de hortaliças. Abrange, atualmente 2 mil metros quadrados, cujo objetivo é a formação, profissionalização, subsistência e, principalmente, a ressocialização. Este projeto é uma parceria da Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju), as empresas terceirizadas Embrasil Serviços e Total Alimentação e 4ª Vara de Execução Penal de Palmas, buscando uma melhor interação, para que ao sair esteja apto para exercer uma atividade profissional, conviver em sociedade e evitar que volte a delinquir.

A portaria nº 12/2015 publica em 02 de junho 2015, expedida pela 4ª Vara de Execuções Penais, foi republicada no Diário da Justiça nº 3793, de 22/04/16, estabelece regras sobre a remissão da pena pela leitura, vejamos:

1) Direito de participar da remissão da pena pela leitura: presos provisórios e sentenciados dos regimes fechado e semiaberto.

2) Não há necessidade de requerimento para entrar neste projeto, mas antes o interessado deve fazer uma redação, a qual serve para a conferência da letra que está na redação com a letra que está no trabalho escrito, e

assinar um documento declarando conhecer as regras da remissão da pena pela leitura;

3) Leitura de um livro por mês - elaboração onde um trabalho escrito tem o total de 4 dias no mês;

4) O integrante do projeto não pode ler o mesmo livro;

5) O trabalho escrito deve ser feito sempre com caneta de cor azul ou preta;

6) Não pode ter rasura - folhas rasgadas - sujeiras - tem que assinar no final do trabalho escrito;

7) A remissão da pena pela leitura é coordenada pelo Conselho, mas pode haver a participação de instituições de ensino na condução das tarefas deste projeto.

8) A professora da instituição de ensino, com os seus alunos fazem a correção do trabalho - atribui uma nota de zero a dez - tem que ter sempre a assinatura da professora responsável, podendo constar também a assinatura do aluno;

9) Depois de tudo corrigido, a professora entrega os trabalhos escritos no Conselho o qual faz a conferência da letra - notas - autuação dos procedimentos;

10) Se a letra não bater, o trabalho escrito é separado e o interessado é avisado de que não terá remissão naquele mês - se o interessado não tiver feito a redação, o trabalho fica pendente até a regularização de sua situação no Projeto da remissão da pena pela leitura;

11) Os trabalhos com notas iguais ou superiores a 6,0 - são colocados nas capas, com os respectivos carimbos e entregues à presidente que mandará para uma das comissões da remissão da pena pela leitura. A comissão da remissão da pena pela leitura relata - ratifica a nota inicial ou muda a nota dada pela pessoa que fez a correção - depois a presidente atribui a nota final, daí há elaboração do controle geral com os nomes dos reeducandos / nome do livro lido - autor e a nota atingida, e também a elaboração de cada declaração para o participante da remissão da pena pela leitura - ao final, as declarações são entregues na unidade prisional para serem repassadas para os aos reeducandos, são encaminhados ofícios para o Juiz sobre a relação da remissão da pena pela leitura de cada mês, bem como aos diretores das unidades prisionais.

12) Verificar a previsão da sanção: quem declarar remição falsa responderá por isso.

Objetivando a aplicação do instituto da ressocialização, recentemente aos 22 de maio de 2018 a Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju) inaugurou o Centro de Formação e Produção do Trabalho Prisional e o Núcleo de Apoio ao Egresso. Este centro foi idealizado com a função de ofertar ações educativas e de qualificação por meio do trabalho, para os apenados e egressos do sistema prisional. Busca a ressocialização, e o convívio social. Foi realizado neste local o primeiro curso de Vestuário e Artesanato para vinte pessoas entre apenado e egresso, com carga horária de vinte horas, sendo que estas, foram utilizadas para a remissão da pena.

5.1 PRESOS E O INSTITUTO DA RESSOCIALIZAÇÃO NA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS – TO

Um dos grandes desafios enfrentados no processo de ressocialização no Brasil, como mencionando anteriormente é a superlotação, e na CPPP não se difere dos demais presídios do Brasil. Conforme inspeção realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 28/09/2018 verifica-se que há um número maior de presos encarcerados na CPPP, do que sua real capacidade, sendo que o limite máximo são 260 presos, porém, foi constatado uma lotação de 684 presos, comprovando a superlotação de 263% (duzentos e sessenta e três por cento) acima da capacidade. São 375 presos provisórios e 309 já condenados.

A demora nos julgamentos dos presos provisórios, se torna um agravante para o sistema de ressocialização, afirma BITENCOURT:

Uma consequência lógica da teoria preventivo-especial ressocializadora é, no âmbito penitenciário, o tratamento do delinquente. A primeira contrariedade que se apresenta em relação ao tratamento penitenciário é a sua absoluta ineficácia diante das condições de vida que o interior prisional oferece atualmente. Em segundo lugar, menciona-se os possíveis problemas para o delinquente e seus direitos fundamentais que a aplicação de determinado tratamento penitenciário acarretaria. Finalmente, a terceira oposição crítica refere-se à falta de meios

adequados e de pessoal capacitado para colocarem em prática um tratamento penitenciário eficaz.(BITENCOURT , 2011, p. 148)

Há a necessidade do preso ter tratamento penitenciário eficaz, e a ressocialização compõem essa base, conforme alega o autor, mas devido a superlotação, esse tratamento não chega a todos os presos. Em análise ao relatório do CNJ informado acima pode ser observado o alcance dos projetos de ressocialização implantados na CPPP.

Os 684 presos podem ser inseridos nos meios de ressocialização como dispõem a LEP, porém o que se observa a limitação quanto ao acesso aos programas, fato esse devido ao Estado não dispor de vagas suficientes. Conforme relatório do CNJ em análise, participavam de trabalho interno 25 presos em regime fechado e 45 presos em programa de estudo interno, ou seja, da totalidade de presos somente 10,2 % (dez virgula dois por cento) participavam dos programas de ressocialização ofertados, mostrando uma deficiência no alcance da totalidade dos presos.

CONCLUSÃO

Conforme levantamento do INFOPEN, o sistema penitenciário apresenta a realidade da superlotação, que constitui o grande desafio para o processo de ressocialização.

A Lei de Execuções Penais – LEP prima pela dignidade do preso, propõe a aplicação de instrumentos para promover a reinserção social. A execução penal tem como fim efetivar as disposições da decisão judicial e proporcionar condições para a integração social do condenado e do internado. Desta forma, o principal objetivo da pena não é somente a punição pelo ato praticado, mas sim punir e provocar a ressocialização, visto que em um dado momento o preso irá cumprir sua pena e voltará para a sociedade.

A LEP possibilitou, inicialmente a remissão da pena pelo trabalho, mas foi necessário também incluir a remissão da pena pelo estudo, o que se deu efetivamente com a observação da súmula 341 do STJ.

A possibilidade de remissão pelo trabalho e estudo, busca incentivar os presos a participarem, e com isso qualificar e profissionalizar os indivíduos que estão cumprindo pena nos presídios.

Os gestores encontram dificuldade na aplicação da LEP com eficiência, o que se denota em razão do baixo número de presos participantes do processo de ressocialização. Observando o relatório do Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que somente 10,2% (dez vírgula dois por cento) dos presos participavam das atividades de ressocialização implantadas na Casa de Prisão Provisória de Palmas.

A questão norteadora do presente estudo era verificar como se dava o processo de ressocialização na CPPP, em observância ao preceituado pela LEP, no entanto, ao fim do estudo, com base nos dados obtidos pelo INFOPEN e CNJ pode se afirmar que o objetivo da ressocialização ainda não é atingindo, visto que a dificuldades na aplicabilidade na lei de execução devido ao fenômeno da superlotação dos presídios.

Embora, exista a iniciativa do poder judiciário para a realização de eventos com o fim de ressocializar, ainda existe desafios a serem vencidos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, S. S. de. **O serviço Social em Buscas de Novos Parceiros no Processo de Ressocialização**. ETI - Encontro de Iniciação Científica, v2, n. 2, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25, p. 26, p. 148.

BRASIL; **Lei de Execução Penal** disponível em acessado em 04/04/2018

BRASIL; **Levantamento nacional de informações penitenciária 2016**, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf> acessado em 04/04/2018

BRASIL; **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos**, disponível em: acessado em 04/04/2018

BRASIL; **Levantamento nacional de informações penitenciária 2014**, disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> acessado em 04/04/2018

JUNIOR; Jesuíno Santana. **Projetos sociais desenvolvidos nas unidades prisionais do Tocantins transformam vidas de detentos** disponível em

<<https://secom.to.gov.br/noticia/392416/>> acessado em 02/06/2018

LIMA, Tom; **Educação é a base para a ressocialização de presos no Tocantins** disponível em: acessado em 04/04/2018

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**, Revista dos Tribunais São Paulo, 1992

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código de processo penal interpretado**, Atlas, 1995, São Paulo

MORAES; Jaqueline. **Horta da CPP de Palmas é reinaugurada com uso de técnicas sustentáveis de cultivo** disponível em

gov.br/noticia/2018/3/9/horta-da-cpp-de-palmas-e-reinaugurada-com-uso-de-tecnicas-sustentaveis-de-cultivo/ acessado em 02/06/2018

MORAES ; Jaqueline. **Reeducandos da CPP de Palmas são certificados em curso de manipulação de alimentos** disponível em

2018/04/23/reeducandos-da-cpp-de-palmas-sao-certificados-em-curso-de-manipulacao-de-alimentos/> acessado em 02/06/2018

TOCANTINS, **Presídio do Tocantins apresenta projetos de ressocialização** disponível em: acessado em 04/04/2018

Relatório Conselho Nacional de Justiça – Casa de Prisão Provisória de Palmas Disponível em

rio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=1078-1758

&tipoVisao=presos> acesso em 20/10/2018

ZAULI, Fernanda; CARVALHO, Fred. **Rebelião mais violenta da história do RN tem 26 mortos, diz governo**, disponível em:

-mortos-diz-governo.html> acessado em 02/06/2018

NOTAS:

[1] Advogada Colaborativa, Docente Mestre na Faculdade Serra do Carmo, email: prof.lilianeborges@fasec.edu.br

[2] **Ministro da Justiça diz que 'preferia morrer' a ficar preso por anos no país** disponível em acessado em 02/06/2018

ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO BRASIL

JOSÉ PEDRO DA SILVA FILHO: Acadêmico de Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina- FACAPE.

WANIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO^[1]

(Orientadora)

Resumo: O referido trabalho monográfico apresenta como tema: "Adoção de crianças por casais homossexuais no Brasil". Nele, buscou evidenciar a adoção de crianças por casais homossexuais relatando desde histórias passadas as mais recentes. As mudanças que ao longo do tempo foram sofrendo modificações no contexto social. O medo, preconceito e os avanços já conquistados legitimamente. Nesse sentido, a adoção entre casais homossexuais pode ser uma oportunidade a crianças abandonadas pelas mães ou que estejam em casas de apoio ou mesmo realização de um sonho pela maternidade e paternidade. Adoção por casais do mesmo sexo é legitimar as famílias o mesmo direito a igualdade entre outros modelos familiares do nosso país. Dentro da discussão ressalta-se o direito homoafetivo, por ranços construídos ao longo do tempo, para que possa existir reflexões a respeito do estudo apresentado possibilitando contribuição e interesse pelo assunto.

Palavras-Chave: Família. Homossexualidade. Homossexuais. Adoção.

Abstract: The aforementioned monographic work presents as theme: "Adoption of children by homosexual couples in Brazil". In it, it sought to evidence the adoption of children by homosexual couples reporting from past histories the most recent. The changes that over time were undergoing changes in the social context. The fear, prejudice and advances already legitimately achieved. In this sense, adoption among homosexual couples can be an opportunity for children abandoned by mothers or who are in homes to support or even fulfill a dream of motherhood and fatherhood. Adoption by same-sex couples is to legitimize families the same right to equality among other family models of our country. Within the discussion the

homoafetive right is highlighted, due to ranks built over time, so that there can be reflections about the presented study allowing contribution and interest for the subject.

Keywords: Family. Homosexuality. Homosexuals. Adoption.

Sumário: 1. Introdução; 2. Família; 3. Sexualidade; 3.1 Homossexualidade; 3.2 Manifestações dos homossexuais; 3.3 Adoção na homossexualidade; 4. A prática de adoção no Brasil; 5. Metodologia; 6. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O referido artigo apresenta como tema: “Adoção de crianças por casais homossexuais no Brasil”. Nos últimos anos, essa discussão vem tomando dimensão no contexto educacional e social do nosso país. Especialistas estão buscando romper paradigmas criados pela sociedade ao longo do tempo, através da legislação, princípios e direitos a adoção de crianças por casais homossexuais sejam eles composto por homens ou mulheres, analisando as condições dos mesmos, garantindo um convívio familiar amparado pela lei.

Nessa linha de pensamento, percebe-se que o preconceito ainda é muito forte na sociedade, observando que a princípio, muitos casais homossexuais não se assumiram por conta de motivos relacionados a família, religião, profissão. A aceitação da família ainda é algo considerado como barreira para muitos. A descriminalização da homossexualidade da igualdade ainda sofre mudanças de paradigmas.

A família é uma constituição social criada e modificada nos últimos tempos, entre homens, mulheres, crianças ou casais homossexuais que sejam homem com homem ou mulher com mulher. Dessa forma, os casais homossexuais entendem que a adoção de crianças é algo natural e legal para a constituição da família, criando laços afetivos, dentro desses parâmetros é considerado que haja todos os direitos garantidos as crianças e adolescentes, como a educação, saúde, lazer entre outros.

As mudanças entre as famílias vêm acontecendo não somente nesse âmbito, mas percebe-se pelo crescimento das separações, divórcios, união

sem registros formal. Filhos criados por avós ou parentes. A sociedade pós-moderna luta para que os direitos sejam iguais para todos.

Nesse sentido, a adoção entre casais homossexuais pode ser uma oportunidade a crianças abandonadas pelas mães ou que esteja em casas de apoio ou mesmo realização de um sonho pela maternidade e paternidade. Adoção por casais do mesmo sexo é legitimar as famílias o mesmo direito a igualdade entre outros modelos familiares do nosso país.

É importante ressaltar, que a família deve analisar, refletir sobre a adoção para que seja algo planejado entre ambos. Nunca é fácil fazer uma escolha na vida, é um assunto delicado e de muita responsabilidade levando em consideração o rompimento do relacionamento para que as crianças não sofram as consequências caso vier acontecer.

Através da mídia ouvimos falar sobre o abuso sexual com crianças e desses números alguns casos são dentro de casa com padrastos que aproveitam da inocência das mesmas provocando atos violentos, maus tratos, exploração que muitas vezes não são denunciados ao conselho tutelar e nem a polícia.

Casais de gays e lésbicas já constituem famílias no nosso país, em alguns comentários percebe-se que no início existe sempre a resistência dos filhos, mas com o passar do tempo, acostumam e vivem normalmente. Já nos casais de gays se as crianças forem muito pequenas é necessário que tenha alguém para cuidar, orientar os mesmos. Adotar crianças recém-nascidas ou maiores é uma escolha do casal.

O reconhecimento pela parentalidade é uma fase muito importante para a família, que envolve fatores sociais, financeiros, psicológicos. Há alguns anos atrás os filhos adotados eram chamados de "filhos criados", de criação, quase não se usa mais esse conceito, tratados diferentes dos outros filhos, muitas vezes inferior.

Essa herança cultural ficou impregnada por muito tempo, pois o preconceito sempre foi algo muito forte no nosso país. Em outros casos, não se revelava quando os filhos eram "criados", escondiam a verdade por muito tempo para os mesmos não saberem e se resolvessem contavam já jovens ou adultos.

Com a legitimação adotiva, passou-se a chamar de filhos adotivos e não criados, garantindo os mesmos direitos dos filhos biológicos, rompendo preconceitos na própria família. Também é levado em consideração que é um assunto sigiloso entre a família e a legislação.

Entretanto, adoção pode transformar a vida de muitas crianças abandonadas e constituir famílias com laços afetivos do amor entre o casal, seja homens ou mulheres. Muitos casais homossexuais desejam que legalmente a adoção seja uma prática na sociedade atual comprometida em atitudes de respeito e responsabilidade.

2. Família

Desde o início da humanidade, a família constitui historicamente organizada em diversas formas, como nos grupos em aldeias, cidades, países, continentes entre pais, mães e filhos. Pode-se dizer, que a família é o grupo social mais antigo considerando também presente na história bíblica.

Aproximadamente no ano de 1250 a.C, por determinação do faraó, todas as crianças israelitas do sexo masculino deveriam ser mortas ao nascer. A mãe de um desses menino decidiu colocá-lo em um cesto à beira do rio na esperança de que sobrevivesse. A criança que recebeu o nome de Moises, foi encontrada pela filha de faraó, que adotou como filho. Futuramente essa criança veio a se tornar o herói do povo hebreu. (MAUX E DUTRA, 2010, P. 357).

Nessa época, mesmo não se pensando em adoção, Moises foi considerado adotivo, mesmo não sendo bem vista pelos religiosos e com o passar do tempo a religião que mais predominava era a Católica que também não considerou legal podendo sofrer influências mais vistas para o casamento.

Para CUNHA (2010, p.1): "O termo "família" advém da expressão latina *famulus*, que significa "escravo doméstico", que designava os

escravos que trabalhavam de forma legalizada na agricultura familiar das tribos ladinas, situadas onde hoje se localiza a Itália”.

Com o passar do tempo esse conceito foi mudando, e a importância para sociedade de cada época no caráter religioso e social foi visto de outra forma, como a instituição do casamento ou a união de duas pessoas que almejava uma convivência familiar.

A família, como processo histórico construído e modificado de acordo com as transformações da sociedade, pode possuir as fases em seu desenvolvimento, mas, segundo Engels, apesar desse desenvolvimento ocorrer paralelamente às mudanças existentes, é difícil, levando-se em consideração somente a própria família, delimitar períodos de sua existência. (OLIVEIRA, 2009, p.3).

Em cada país, não, continente existiu e até hoje existe um modelo de família, isso não quer dizer que com o passar do tempo houve modificações através da educação, cultura, religião. Pessoas de diferentes sexos unidas por comunhão de bens ou contratos, civil ou religiosamente tradicional.

Assim, como se procurou demonstrar brevemente, a evolução da família, em especial dentro das sociedades ocidentais, baseou-se em seu princípio na consanguinidade entre seus membros, isto é, na origem comum de seus membros, formando-se grandes grupos familiares originários de um único patriarca. Gradualmente, essa estrutura foi substituída por núcleos familiares menores, formados a partir da união entre homens e mulheres mediante um ato solene, chamado casamento, que foi consolidado e sacralizado pela Igreja Católica, a qual dominou a cultura e a sociedade das nações europeias ocidentais por mais de um milênio. (CUNHA, 2010, p.1).

Por volta de alguns anos atrás, as famílias eram constituídas por muitos filhos, formalizadas pelo casamento religioso ou civil. Nem sempre as mães conseguiam manter o número de filhos, alguns chegavam ao óbito, mas na maioria, até mais de vinte em cada casa. Mas, diante os acontecimentos e diante da realidade social as famílias foram diminuindo esse número.

Historicamente, a família acompanhou as mudanças que surgiram na sociedade, a predominância capitalista, a revolução industrial os homens e mulheres começaram a se dividir para garantir o sustento da casa e dos filhos. A partir daí as mulheres começaram a sua vida trabalhista na cidade deixando os filhos em lares de infância, hoje chamados de creches e pré-escolas.

Iniciou também, a divisão de trabalho pelo pai e mãe, cada um se responsabilizando por suas funções e tendo direitos trabalhistas modificando de certa forma a convivência familiar em que a mulheres tinham obrigação somente de cuidar da casa e dos filhos, aos poucos foram conquistando direitos e espaços na sociedade.

Partindo desse pressuposto, pode-se dizer que a partir da revolução industrial ou outros acontecimentos as mulheres que se separavam ou tinham filhos fora do casamento precisavam trabalhar nas fábricas para garantir o sustento dos filhos e em casos de separação e divórcio os filhos ficavam com as mães ou pais.

A partir da Constituição de 1988, e consolidada no Código Civil de 2002, a família assumiu um novo sentido na legislação, pois foram reconhecidas outras formas de constituição familiar, tais como a união estável e os grupos monoparentais. Além disso, homens e mulheres passaram a exercer os mesmos direitos e deveres no grupo familiar, assim como foram equiparados os direitos dos filhos biológicos, tidos dentro ou fora do casamento, com o dos adotivos. (MAUX E DUTRA, 2010, p.64).

Com o divórcio, a sociedade começou a observar a família com um novo olhar mesmo existindo o preconceito que nunca deixou de existir. A partir da legislação constitucionais sofreram modificações, o divórcio

passou a ser legal e um direito dos casais que optaram pela separação, mesmo existindo pontos negativos e positivos para ambas as partes.

Para ZARIS (2010, p. 5): "O divórcio ganhou diferentes significados ao longo da história da sistematização legal no Brasil. Durante o Império, o divórcio foi uma prerrogativa da Igreja Católica, mas produzia efeitos civis até mesmo entre aqueles que não professavam essa religião". Podemos dizer, que até os dias atuais o divórcio não é bem visto, principalmente para a mulher que sempre sofreu preconceito.

No Código Civil de 1916, não há outra definição possível de família senão referindo-se ao casamento civil: "Art. 229 – Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns [...]". na contemporaneidade, surgem muitas discussões sobre divórcios, brigas e mortes no final de alguns relacionamentos e até mesmo com quem o (s) filho (s), vão ficar.

Dessa forma, o casamento civil deixou de ser o principal objetivo de vários casais, o relacionamento entre casais passou a ser optativo, mas diante da constituição a família deve ser palhetada nos princípios de igualdade, dignidade no meio social.

Para Lévi-Strauss, (1980, p. 6) escreve que a palavra família é empregada para designar um grupo social que possui, pelo menos, as três características seguintes: 1) Tem a sua origem no casamento. 2) É formado pelo marido, pela esposa e pelos filhos nascidos do casamento, ainda que seja concebível que outros parentes encontrem o seu lugar junto do grupo nuclear. 3) Os membros da família estão unidos por a) laços legais, direitos e obrigações econômicas, religiosas e de outro tipo c) uma rede precisa de direitos e proibições sexuais, além de uma quantidade variável e diversificada de sentimentos psicológicos tais como o amor, afeto, respeito, temor etc. (ZARIAS, 2010, P. 9).

A família sofreu modificações, nos dias atuais a constituição é diferente, entre casais homossexuais por dois homens ou duas mulheres,

nesse caso, a adoção de crianças é um assunto discutido, estudado e analisado pela legislação brasileira, partindo do pressuposto de direitos iguais para qualquer modelo de família, levando em consideração a sua formação, aos sentimentos afetivos, boa ação em casos de crianças abandonadas e desprezadas que necessitam tanto de carinho e amor.

3. Sexualidade

A sexualidade é um assunto que deve ser trabalhado na escola para orientar crianças e adolescentes que estão em fase de mudança, devido a idade elas vão mudando a voz, o corpo, atitudes, apesar que por ignorância de alguns professores os alunos nem sempre são informados devidamente sobre doenças sexualmente transmissíveis, gravidez, métodos contraceptivos.

Para (FREUD apud BEARZOTI, 1993, p.4) "sexualidade é energia vital instintiva passível de variações quantitativas, vinculada à homeostase, às relações sociais, às fases do desenvolvimento da libido infantil e à genitalidade".

Outro conceito para (FREUD APUD BEARZOTI, 1993, p.4) "sexualidade é energia vital instintiva passível de variações quantitativas, vinculada à homeostase, às relações sociais, às fases do desenvolvimento da libido infantil, ao erotismo, à genitalidade, à relação sexual e à procriação.

Por outro lado, os meios de comunicação, a exemplo da internet é um canal que facilita as informações mais rápidas, nessa fase, os meninos e meninas começam a prática das relações sexuais apesar de que a sexualidade não se refere diretamente ao ato sexual e que nosso corpo precisa de cuidados e respeito.

Nesse sentido, a proposição segundo a qual o direito da sexualidade não deve fixar-se somente em identidades e práticas sexuais predefinidas, evitando rótulos e imposições heterônomas, atenta para o perigo de que classificações rígidas, fundadas em distinções sexuais monolíticas, acabem reforçando a lógica que engendra machismo ou

heterossexismo no direito vigente (CALHOUN, 1993 APUD ROGER RAUPP RIOS, 2006, P. 12).

Existem muitas discussões em relação a sexualidade. Foi construída ao longo do tempo conceitos que afirmam de acordo a opiniões de autores que a sexualidade não é um assunto ligado diretamente a Biologia, mas a cultura de meio social onde o ser humano está inserido.

Colling afirma que a constituição corporal é um dado da sexualidade que não deve ser vista como determinante. "Eu posso mudar meu corpo, me construir como mulher, por isso a biologia não é determinante", afirma. Ele acredita que a sexualidade, seja ela hetero, homo, trans ou bi é uma questão de influência social que tem mais força sobre o indivíduo quando ele está constituindo-se identitariamente. "O que queremos denunciar é que a sociedade cria um monte de normas do que é ser homem e do que é ser mulher", relata". (ANDRADE, 2011, P1).

Para o autor, é do comportamento humano, as mudanças a serem tomadas e elas influenciam muitas pessoas que não possuem um pensamento formado do que realmente deseja ser. Nem todos assumem o que realmente são, pois, vários motivos estão envolvidos, enquanto outros acreditam que já nasceram com sua sexualidade definida.

"A heterossexualidade é algo que é imposta sobre nós desde antes de nascermos", afirma Colling. A associação que é feita entre a heterossexualidade e a reprodução humana produz uma heteronormatividade homofóbica, segundo o professor. A imposição da "heteronormatividade" seria a geradora de muitos atos de violência. "Os sujeitos que não se adéquam aos padrões são vítimas das mais atrozes violências possíveis", declara Colling. (ANDRADE, 2011, P1).

Os meios de comunicação mostram vários casos de violência entre os grupos da sociedade, principalmente nas grandes cidades que o preconceito é mais visível onde a cultura está enraizada nas pessoas seja através da religião ou em outros grupos da sociedade. Foi criada então uma sigla chamada de LGBT- lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, ou transgêneros. Criado desde 1990, era somente para representar os gays.

No Brasil também são registrados muitos casos de violência com a mulher, foi criada lei Maria da Penha para punir homens que tratam as mulheres de forma violenta e em vários casos não são denunciados principalmente dentro de casa.

É preciso, portanto, diante do fenômeno da desassociação entre sexualidade e reprodução, realizar, no campo jurídico, o movimento verificado nas ciências sociais, dotando de legitimidade e dando consistência a um saber jurídico sobre a sexualidade, esfera da vida fundamental no contexto da sociedade ocidental contemporânea (RIOS, 2006, p.6).

É preciso reconhecer os direitos sexuais humanos que fazem parte da nossa constituição, para que seja promovida a igualdade, participação, dando condições e oportunidades a todos os envolvidos.

Leandro Colling vê com críticas a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em reconhecer a união homoafetiva, devido ao receio da imposição de modelos aceitos pela sociedade. "Apesar de ser uma importante vitória, nosso risco nesse caso é de quererem criar uma norma do que é um gay, uma lésbica ou uma trans aceitáveis. Se o projeto é esse de querer criar um padrão, eu estou fora". (ANDRADE, 2011,P1).

A discussão sobre o grupo criado com diferentes conceitos se une em um único objetivo, pois os mesmos estão em busca de direitos iguais, alguns até impor à sociedade aquilo que acreditam e gostariam que as pessoas os aceitassem como são.

Nosso país é composto por uma miscigenação de pessoas com culturas diferentes, raças, etnias, entre eles os grupos onde estão os gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros. Aos poucos estão conquistando o espaço na carreira artística da música, TV, teatro, cinema. As novelas brasileiras apresentam cenas entre casais homossexuais compartilhando a mesma casa, vivendo um relacionamento de amor.

Efetivamente, todas essas situações, aqui apenas enumeradas, dizem respeito à pretensão do ordenamento jurídico de conformar uma série de relações sociais onde aspectos relacionados à sexualidade apresentam-se de modo direto e decisivo. Para tanto, é necessário atribuir ao conceito de direitos sexuais e de direitos reprodutivos um espectro mais amplo, capaz de responder a tantas e tão distintas e variadas demandas. (RIOS, 2006, p.9).

Acredita-se, que é necessário a compressão desses direitos seja feminina ou masculina, pois os mesmos estão garantidos constitucionalmente, efetivamente, precisam ser revistos, analisados e estudados a sexualidade e os direitos sexuais.

Como se procede o ordenamento jurídico?

Assim estruturado, o ordenamento jurídico atenta para determinadas esferas da vida, gerando diversos ramos, cuja construção, afirmação e consagração acadêmica dependem de inúmeros fatores relacionados com os momentos históricos em que cada um desses ramos se desenvolve. (...) A difusão desse paradigma também alcançava o direito público, sendo fácil entender porque as proclamações constitucionais de um sujeito de direito universal e abstrato operavam de modo tão excludente diante de mulheres e outros grupos sociais. (RIOS, 2006, p.81).

Assim, os direitos sexuais e reprodutivos devem ser assuntos que estão sempre em discussão, os grupos da nossa sociedade devem ter proteção jurídica sem haver discriminação entre as classes sociais e situações de vulnerabilidade.

Nossa constituição precisa sim, de uma reforma, inovações. O que buscamos é igualdade, liberdade e uma vida digna.

3.1 Homossexualidade

Para o dicionário dos significados, "Homossexualidade é uma característica atribuída aos seres vivos que se sentem atraídos seja fisicamente, esteticamente ou emocionalmente por outro ser vivo que possua o mesmo sexo biológico e o mesmo gênero que o seu".

A homossexualidade refere-se à situação na qual o interesse e o desejo sexual dirigem-se a pessoas do mesmo sexo. É uma das possibilidades verificadas de manifestação da sexualidade e afetividade humana. A homossexualidade é um comportamento aprendido, um padrão duradouro de organização do desejo sexual. (LOPES, 2018, p.1).

Dessa forma, podemos dizer que a homossexualidade está ligada ao interesse sexual daqueles que sentem desejo por outra pessoa do mesmo sexo. É um comportamento manifestado visível ou não, estando relacionada a várias causas, genética ou não. É uma opção de comportamento daqueles que se sentem atraídos.

Segundo o estudo da psicanálise, encontramos cinco noções distintas de homossexualidade, a saber: 1) a homossexualidade como um "comportamento perverso" (Cavallari, 1996), uma "perversão", um "desvio" (Zusman, 1997, 1998); 2) a homossexualidade como um "problema na identidade de gênero ou na identificação" (Almeida e Lerner, 1999; Zusman, 1997, 1998); 3) a homossexualidade como uma "defesa contra a ansiedade paranóide e a paranóia" (Silva, 1994; Bastos 1979); 4) a homossexualidade e a sua

inserção no campo social como uma “defesa contra a angústia” (Bastos 1979; Zusman, 1997), como uma “institucionalização do desvio evolutivo da libido” (Zusman, 1997) e como uma “extinção da família” (Zusman, 1998); 5) a homossexualidade como um “acting out” (Souza, 1967). (MAYA,2007, p.2).

Para Santos e Bernardes (2008, P.2): “Gays e lésbicas são vetados ao toque, ao olhar, ao abraço, ao beijo, à expressão genuína e espontânea do sentimento amoroso na presença de outrem, particularmente em se tratando do espaço público”. Na contemporaneidade a homossexualidade ainda é vista por uma boa parte da população ver como algo relacionado ao pecado, portanto sofrem tantos preconceitos na sociedade.

Tal colocação ocorreu em meio a um debate acerca da homossexualidade em um programa da MTV, no primeiro semestre de 1996. Sim, o tema da homossexualidade, da afiliação amorosa por pessoas do mesmo sexo ainda é extremamente relevante. E por quê? Porque é visível e incomoda. Porque há quem olhe e, principalmente, quem não queira olhar ou, ainda, quem olhe e não veja. (SANTOS E BERNARDES (2008, P.2).

O casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, seja dois homens ou duas mulheres, ainda não é bem visto pelas pessoas, há casais que se apresentam no meio social de forma discreta e participativa, outros de forma inibida, revoltada. Outros casais homossexuais que tem filhos ou adotaram crianças vivem de forma natural como outros casais que não são homossexuais.

Em 1973, no DSM II (Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais), a vivência homossexual aparecia como uma categoria diagnóstica e as pesquisas clínicas enfocavam a homossexualidade como patologia. Fazia-se sua avaliação, buscando-se as causas, para proceder-se a uma reorientação de gays e de lésbicas no sentido

de tornarem-se heterossexuais. Em 1975, Conger enfatizava a necessidade de os psicólogos tomarem consciência e implementarem iniciativas para remover o estigma de doença mental que vinha sendo associado há tanto tempo a gays e lésbicas (apud Esther Rothblum, 1994a). Quando, em 1980, o DSM III retirou a homossexualidade da categoria de doença mental, revistas de psicologia clínica interromperam a publicação de artigos sobre o tema e tem sido dada pouca atenção à saúde mental de gays e de lésbicas (Esther Rothblum, 1994). (SANTOS E BERNARDES (2008, P.2).

Nesse sentido, observa-se que, os homossexuais daquela época sofreram muitos preconceitos considerados como doentes mentais, sofriam humilhações, medo e vergonha. Surgem muitos questionamentos sobre os casais homossexuais, a convivência dos filhos com casais de homens principalmente, pois consideram-se que as mulheres são mais habilidosas para cuidar dos filhos pois já faz parte da natureza humana.

A teoria psicanalítica aponta que a homossexualidade pode estar relacionada com a forte ligação com a mãe, onde se estabelece uma relação maior com esta por ser mais dominadora, ao passo que o pai é uma figura passiva. (LOPES, 2018, p.1).

Varias considerações são dadas a conceitos sobre a homossexualidade, o que podemos observar é que nos últimos anos tem crescido o numero de homossexuais no Brasil e no mundo. Os mesmos estão cada vez mais em busca de seus direitos. Para o Correio Braziliense, as manifestações de apoio a LGBT, iniciaram desde o ano de 1969.

3.2 Manifestações dos homossexuais

Para (REZENDE, 2017, p.1):

Dia 28 de junho, celebra-se o Dia Internacional do Orgulho LGBT. Foi nesse dia, em 1969, que aconteceu a Rebelião de Stonewall, uma reação da comunidade gay de Nova York às constantes batidas policiais

que ocorriam nos bares frequentados por homossexuais, quase sempre acompanhadas de violência contra os clientes.

Dias depois, lésbicas, gays, bissexuais e transexuais se reuniram naquela que é considerada a primeira grande manifestação no mundo pelos direitos LGBT. No ano seguinte, a primeira parada do orgulho LGBT foi realizada, também em Nova York, para lembrar a revolta de 1969.

Para o Jornal "o Globo" (2018)

A maior parada do país dá o start no mês do orgulho gay no Brasil e acontece com concentração na Avenida Paulista, em frente ao Masp. Considerada uma das maiores do mundo, segundo os organizadores reuniu 3 milhões de pessoas ano passado.

No Rio de Janeiro também se comemora a parada gay. em a pompa da parada irmã de Copacabana, reúne a comunidade gay da Zona Norte do Rio, é animadíssima e tem clima descontraído. Com expectativa de bater a casa de um milhão de pessoas da edição passada, acontece dia 1º de julho e passa pelos principais pontos do bairro, como o Viaduto e o Calçadão de Madureira.

Em Porto Alegre, O sul do país não fica de fora do movimento das paradas e, apesar do frio que faz por lá essa época do ano, a temperatura promete subir dia 1º de julho, quando acontece a 11ª edição da Parada de Luta LGBTI de Porto Alegre, no Parque Farroupilha.

A parada gay vem aumentando a cada ano, mas não se limita apenas é um desfile ou caminhada da LGBT, o principal objetivo dos mesmos é luta por seus direitos. É um movimento de expressão, para demonstrar o que pensam e o que querem.

3.3 Adoção na homossexualidade

Ao longo do tempo muitas mudanças ocorreram na estrutura familiar, a união estável de casais homossexuais e o direito da adoção de filhos para os monoparentais, pluriparentais e homoafetivas.

Adotar é um ato de amor a outra pessoa, de poder realizar um sonho que muitas mulheres não conseguiram engravidar. Mais com o

passar do tempo e as mudanças que acompanhamos no mundo moderno, casais homossexuais também sentiram a necessidade de adotar crianças ou até adolescentes legalmente dando proteção, carinho e assistência demonstrando seu interesse de formar uma família.

Deparamos, atualmente, com novas configurações familiares, diferentes da tradicional família nuclear burguesa, composta pela união de um homem e uma mulher, como define Costa (1999) em seus estudos. Nesse contexto de mudança, os pares homoafetivos representam uma das novas formas de arranjos familiares, assim como as famílias monoparentais, caracterizadas pela criação de uma criança por um dos pais sem um companheiro; e as famílias pluriparentais ou recompostas, resultado, principalmente, de divórcios e separações (Uziel, 2007). (ROSA e MELO, 2016, p. 3).

Nos últimos anos, percebe-se que a união estável entre homens e mulheres diminuiu, os companheiros estão preferindo “morar junto” sem oficializar compromissos. Enquanto os casais homossexuais estão tentando construir uma família e conseguir adoção de filhos.

4. A prática de adoção no Brasil

A história da adoção tem um percurso extenso no Brasil e se faz presente desde a época da colonização. A princípio esteve relacionada com caridade, em que mais ricos prestavam assistência aos mais pobres. Era comum haver no interior da casa das pessoas abastadas filhos de terceiros, chamados “filhos de criação”. A situação deste no interior da família não era formalizada, servindo sua permanência como oportunidade de se possuir mão-de-obra gratuita (PAIVA, 2004) e, ao mesmo tempo prestar auxílio aos mais necessitados,

conforme pregava a igreja. (MAUX e DUTRA, 2010, p. 4).

Os filhos adotivos eram chamados de “filhos de criação”, mas deviam ser tratados como os outros pois, merecem o mesmo respeito, carinho e atenção. Alguns são abandonados pela família, outros perdem a mãe muito cedo. Desde a época da colonização e até os dias atuais existem famílias muito carentes em que as mães não podem garantir o sustento dos filhos e necessita da ajuda da assistência social.

No Brasil, a Constituição de 1988, no art. 1723, Livro IV, Título III, reconhece como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (Brasil, 1988). Na primeira parte do artigo vimos que a Constituição exclui a união conjugal dos pares homoafetivos como família, conseqüentemente, o direito à adoção de crianças pelos parceiros do mesmo sexo não é legitimado. (ROSA e MELO, 2016, p. 4).

Para adoção de casais homossexuais, houve resistência para efetivação desse direito. Em 2011 o Supremo Tribunal Federal do Brasil reconheceu a união estável entre os casais, dando o direito de constituir uma família. Partindo desse pressuposto os casais começaram a exigir seus direitos como o de adotar seus filhos. Em outros casos, percebe-se muitas famílias na fila de espera de adoção para realizar o sonho de ser mãe ou pai, seja em casais entre homens e mulheres ou entre homossexuais.

Sabemos que os desafios são muitos, mas podemos levar em consideração aos avanços que já foram legitimamente conquistados ao longo do tempo, os princípios norteadores de proteção e assistência às famílias e de forma particular, aos casais homoafetivos.

5. Metodologia

A referida pesquisa bibliográfica, apresenta um tema recente em discussão na contemporaneidade. A adoção de crianças por casais homossexuais, baseada em estudos teóricos ou jurídicos sobre a parentalidade de casais homossexuais, direitos que já foram conquistados.

Entende-se por pesquisa bibliográfica a revisão da literatura sobre as principais teorias que norteiam o trabalho científico. Essa revisão é o que chamamos de levantamento bibliográfico ou revisão bibliográfica, a qual pode ser realizada em livros, periódicos, artigo de jornais, sites da Internet entre outras fontes. (PIZZANI, 2012, p. 2).

A literatura desse trabalho de cunho qualitativo, são de artigos científicos, comparando teoricamente e a prática nos dias atuais voltada a prática brasileira conhecendo também relatos de outros países. Tem como objetivo fomentar a particularidade da adoção por casais homossexuais no território brasileiro, voltada ao desejo de constituir uma família, um lar, tendo o direito de filhos adotivos.

Utilizamos vários autores para especificar, conceituar, fundamentar a pesquisa de forma coerente com tópicos e subtópicos como: família, adoção. homossexualidade. homossexuais, manifestações dos homossexuais, a prática de adoção no Brasil.

Nessa feita, consideramos que a adoção por casais homossexuais efetivada é um direito para aqueles que desejam adotar uma criança, legalmente, efetivando os direitos humanos presentes na Constituição Brasileira. A lei da adoção é uma garantia a convivência da criança e do adolescente no lar familiar.

A união estável homoafetiva, apesar de ser um assunto polêmico ganha espaço de discussão no nosso país, visto que é um direito visto pelo ECA-Estatuto Da Criança e do Adolescente.

6. Considerações Finais

O tema da pesquisa partiu do conceito de conhecer como se dá no Brasil a legitimidade da adoção de crianças por casais homossexuais, os desafios que enfrentam na sociedade atual. Dessa forma, falamos sobre a família, base principal para nossa vida, garantida pela Constituição Brasileira. A sexualidade como forma de orientação e conceitos teóricos apresentados do ponto de vista dos autores.

A homossexualidade ainda é vista como muitos de forma preconceituosa, algo mau visto na sociedade devido também alguns comportamentos apresentados, de outra forma um tema em discussão, grupos organizados em defesa de direitos, manifestações públicas expondo suas reivindicações.

Diante do tema apresentando considera-se que a pesquisa apresentada como relevante para nosso conhecimento, contribuindo para a nossa vida pessoal e profissional diante dos desafios apresentados na contemporaneidade, como medo, preconceito, analisando a política de adoção de crianças no Brasil.

Nesse contexto, de adoção por casais homossexuais no Brasil percebe-se a necessidade de novos olhares na sociedade atual, compreendendo que as mudanças e evolução precisa ser acompanhada não somente pelo Sistema Jurídico, mas pelos segmentos que compõe a sociedade, sendo que deve existir acompanhamento antes, durante e depois da adoção das crianças.

Desse modo, podemos dizer que não existe uma família perfeita e nem um modelo pronto a ser seguido. O que podemos afirmar é que as famílias merecem todo respeito, cuidado, carinho, amor e viver condições dignas amparadas pela lei.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, VITOR. **“A sexualidade é uma construção social”**. F
aculdade de Comunicação - Universidade Federal da Bahia. Ondina.
Salvador -
BA. 2011. Disponível:> <http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenotici>

[as/noticias/destaques/%E2%80%9Ca-sexualidade-e-uma-construcao-social%E2%80%9D-diz_pesquisador-_da-ufba](#). Acesso dia: 27|10|2018.

BEARZOTI, Paulo. **SEXUALIDADE. UM CONCEITO PSI CANALÍTICO**

FREUDIANO. Neuropediatra. Campinas SP – Brasil. 1993. Disponível:> http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004282X1994000100024&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso dia: 28|10|2018.

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica.**

Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 2010. Disponível em: > investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica. Acesso em: 02 Out. 2018.

JÚNIOR, Acyr Méra. **Aberta a temporada das paradas gays no Brasil e no mundo. Jornal o Globo.** Disponível:> <https://oglobo.globo.com/ela/turismo/aberta-temporada-das-paradas-gays-no-brasil-no-mundo-22730034>. Acesso dia:28|10|2018.

LOPES, Patrícia. **"Homossexualidade"; Brasil Escola.** Disponível em . Acesso em 28 de outubro de 2018.

MAUX. Ana Andrea Barbosa. Elza Dutra. **A adoção no Brasil: algumas reflexões.**

Estudos e pesquisas em psicologia RJ, 2010. Disponível em:> www.revispsi.uerj.br/v10n2/artigos/pdf/v10n2a05.pdf. Acesso dia: 03|10|2018.

OLIVEIRA, Nayara Hakime Dutra. **Contexto da família.** Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. DISPONÍVEL EM:> <http://books.scielo.org/id/965tk/pdf/oliveira-9788579830365-02.pdf>. Acesso DIA: 03|10|2018.

PIZZANI, Luciana. Rosemary Cristina da Silva. Suzelei Faria Bello. Maria Cristina Piumbato Innocentini Hayashi. **A arte da pesquisa bibliográfica na busca do conhecimento.** Campinas, v.10, n.1, p.53-66, jul./dez. 2012 Disponível em:> https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/viewFile/1896/pdf_28. Acesso dia: 03|11|2018.

RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade.** Justiça Federal/Seção Jurídica de Porto Alegre-RS – Brasil. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004. Acesso dia: 27|10|2018.

SANTOS, Jane Paim dos, Nara M.G. Bernardes. **Percepção social da homossexualidade na perspectiva de gays e de lésbica.**

Disponível em:> <http://books.scielo.org/id/886qz/pdf/zanella-9788599662878-27.pdf>. Acesso dia: 27|10|2018.

REZENDE, Humberto. **As cinco melhores manifestações de apoio à comunidade LGBT.** Correio Braziliense. 2017. Disponível em: <http://blogs.correiobraziliense.com.br/daquilo/lgbt-campanhas-de-apoio>. Acesso dia: 28.10.2018.

ROSA, Jéssica Moraes, Anna Karynne Melo, Georges Daniel Janja Bloc Boris, Manoel Antônio dos Santos. **A Construção dos Papéis Parentais em Casais Homoafetivos Adotantes.** Psicologia: ciência e profissão. 2016.

ROSANA. Machin. Homoparentalidade e adoção: (re) afirmando seu lugar como família. **Disponível**

em:> [http://www.scielo.br/pdf/psoc/v28n2/1807-0310-psoc-28-02-](http://www.scielo.br/pdf/psoc/v28n2/1807-0310-psoc-28-02-00350.pdf)

[00350.pdf](http://www.scielo.br/pdf/psoc/v28n2/1807-0310-psoc-28-02-00350.pdf). Acesso dia: 28|10|2018.

SIGNIFICADOS. **Homossexualidade.** Disponível em:> <https://www.significados.com.br/homossexualidade>.

ZARIAS. Alexandre. **A família do direito e a família no direito A legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça.** RBCS Vol. 25 n° 74. 2010. **Disponível**

em:> <http://www.scielo.br/pdf/rbcso/v25n74/a04v2574.pdf>. Acesso dia: 03|10|2018.

NOTA:

[1] Bacharel e especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina

A ÉTICA E A RESPONSABILIDADE SOCIAL NAS EMPRESAS

RAISA RODRIGUES DE SOUZA: Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina-PE.

ZÉLIA MARIA XAVIER RAMOS [1]
(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema “A ética e a responsabilidade social nas empresas”. A ética é importante e necessária para a vida, esse trabalho buscou analisar e tecer reflexões acerca da importância na vida empresarial, informando como é um fator primordial em uma organização. Já a responsabilidade social aliada com a ética, traz mais benefícios e nesse caso para a coletividade. A metodologia foi a pesquisa exploratória e bibliográfica. A conclusão tratou da aplicação da ética, no contexto empresarial e revela que sua prática é relevante. Os resultados contribuíram com muita pertinência para que a ética deva ser praticada no setor empresarial.

ABSTRACT: Ethics is important and necessary for life, this work sought to analyze and weave reflections about the importance in business life, informing how it is a primary factor in an organization. Already social responsibility allied with ethics, brings more benefits and in this case to the community. The methodology was exploratory and bibliographical research. The conclusion dealt with the application of ethics in the business context and reveals that its practice is relevant. The results contributed very pertinently that ethics should be practiced in the business sector.

Keywords: Ethics. Moral. Values. Social responsibility. Company. Benefits.

Palavras-chave: Ética. Moral. Valores. Responsabilidade Social. Empresa. Benefícios.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Material e Métodos. 2.1 Conceitos e diferenças entre a ética e a moral. 2.2 Descrevendo a empresa. 2.3 A empresa ética – Características. 2.3.1 Vantagens da prática ética obtidas por empresas éticas. 2.4 A importância da ética individual. 2.5 A ética e a lei nas empresas. 2.6 A

empresa: ética e direitos humanos. 2.7 Cidadania ética. 2.8 Responsabilidade social. 2.9 As teorias deontológica e teleológica. 2.10 Igualdade de gênero. 2.11 Código de Ética nas empresas. 2.12 Código de Ética na prática empresarial. 2.13 Metodologia – Ênfases. 2.14 Análise dos resultados. 3 Considerações Finais. Abstract. Referências

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será apresentado a importância da ética e a responsabilidade civil nas empresas. A ética é primordial em todas as situações, traz benefícios e está ligado ao caráter, assuntos morais. Moral e ética se relacionam, porém, são diferentes. A moral é atribuída a obedecer a costumes, normas e a ética a fundamentação do modo de viver através do pensamento humano. É sabido dizer que a ética e moral nas empresas está longe de ser concretizado, de ser um padrão, mas este trabalho informa o lado positivo da utilização da ética e moral nas empresas. Em um primeiro momento analisa-se a diferenciação entre estas, para que possa ser compreendido os significados.

A conceituação de empresa não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, mas foi conceituada por filósofos e autores, sendo considerada atividade econômica exploradora que visa a obtenção de lucros, produção, organização e circulação de bens e serviços. E desta forma no decorrer do trabalho será mostrado o favorecimento que as empresas têm ao adotar uma postura ética frente a sociedade.

A seguir, será abordado também a relação da ética com os direitos humanos, que todas as pessoas devem ter a garantia de vida digna, assim como a lei na aplicação do código de ética, conceituando e mostrando a sua atuação. E quais seriam as vantagens da ética nas empresas?

Pretende-se mostrar cada fato essencial relacionado a ética. Levando em consideração a ética nas empresas, tem a discursão sobre as teorias deontológica e teleológica, e além disso sobre a igualdade de gênero, ou seja, a abordagem e importância da ética em cada fator.

A responsabilidade social é a forma que as empresas adotam para promover o bem-estar como um todo, da coletividade, e dessa maneira é citado no trabalho. A pesquisa tem, também, como objetivo esclarecer a importância de ser ético e de aplicar o código de ética nas empresas.

O objetivo dessa pesquisa é mostrar que é fato primordial a utilização da ética e da responsabilidade civil nas organizações empresariais, as melhorias e os benefícios que irão ter a partir disso. Tendo como justificativa deste artigo descrever, explicar, comunicar a sociedade a relevância desse assunto.

A metodologia utilizada para realizar o presente trabalho foi através de pesquisas bibliográficas e em sites, abordando de forma conceituada o posicionamento dos autores citados e com apresentação do seu conteúdo de caráter teórico e interpretativo.

Com aplicação do conhecimento construído neste trabalho entende-se o valor da aplicação de princípios éticos a atividade empresarial.

2 MATERIAL E MÉTODOS

2.1 Conceitos e diferenças entre a ética e a moral

Inicialmente, neste trabalho, procura-se compreender o significado da ética e da moral que no senso comum considera-se como adjetivos na prática da conduta humana. Assim, viver com ética é a busca da justiça e do bem como forma de dar sentido e significado à existência. E nesse sentido, viver eticamente e moralmente traduz-se num contínuo esforço de vida e esse esforço torna-se variável de indivíduo a indivíduo. Ser moral é adotar um modelo estético de comportamento perante si mesmo e o social tendo sempre como referência os valores postos pela sociedade. O estudo procura ver a diferença entre a moral e a ética. A ética considerada por alguns filósofos como ciência, refere-se a conduta humana com pauta no bem e no mal, no certo e no errado. Enquanto a moral é analisada como objeto de estudo da ética.

No entendimento de Leisinger e Schmitt (2001),

na linguagem coloquial, os conceitos de "moral" e "ética" são em larga escala empregados como sinônimos, apesar de não o serem. Por moral entendemos determinadas normas que orientam o comportamento prático (sobretudo para com o próximo, mas também para com a natureza e para

consigo mesmo). A ética como ciência, ocupa-se com o tema de uma maneira descritiva e comparativa, mas também como uma avaliação crítica da moral. (LEISINGER e SCHMITT, 2001, p. 18).

Por um lado, toda ação humana é um ato moral que permite ser qualificado por seus efeitos no outro e que pode ser avaliado como uma conduta “boa” ou “má”. Ou seja, demonstra um valor ou desvalor e consecutivamente a moral referencia-se pela axiologia.

Para explicar especificamente a

moral não é um mero desejo dos fracos de se protegerem dos fortes, nem um recurso dos fortes para dominarem os fracos, mas sim um fator de extrema importância que beneficia o público em geral e o bem-estar de todos. Se na história da humanidade não se houvesse pecado tanto contra a moral – muitos sofrimentos lhe teriam sido poupados. (KRAFT, 2001, p. 17).

Na visão de Carlos Bernardo González Pecotche (1901-1963), “a formação ética de uma pessoa depende de certos fatores e muito, especialmente, do cultivo que faça de suas qualidades morais e sensíveis”.

2.2 Descrevendo a empresa

Cabe aqui analisar o papel e a importância da empresa no social. A empresa é uma instituição tipicamente social, tendo como objetivo gerar lucros para seus acionistas ou proprietários. Sua função social é atender os desejos e as necessidades existentes no mercado.

De acordo com Crepaldi (1998), “uma empresa é uma associação de pessoas para a exploração de um negócio que produz e/ou oferece bens e serviços, com vistas, em geral, à obtenção de lucros”.

Conforme, Alberto Asquini (1889-1972), existem três perfis que descrevem uma empresa – o perfil objetivo, o subjetivo e o funcional. O perfil objetivo é o que relaciona bens com uma atividade específica, o exercício da atividade econômica. Sendo assim, empresa é sinônima da expressão estabelecimento comercial. No perfil subjetivo, a empresa pode ser tanto uma pessoa jurídica, quanto uma pessoa física, pois ela é titular de direitos e obrigações. E o perfil funcional refere que empresa é uma atividade, que desempenha a produção e circulação de bens e serviços, por meio de organização de fatores de produção.

Para Franco (1991), “empresa é toda entidade constituída sob qualquer forma jurídica para exploração de uma atividade econômica, seja mercantil, industrial, agrícola ou de prestação de serviços”.

A contribuição da empresa para o desenvolvimento econômico é através do fornecimento de empregos e o pagamento de impostos. E como instituição social, pode ter condutas, valores e posturas que definem o seu posicionamento perante a sociedade juntamente com a responsabilidade pelo desenvolvimento social, econômico e político.

O objetivo de uma empresa poder ser a prestação de serviços e produção de bens, como por exemplo, o cultivo da terra, criação de animais, extração de minerais do subsolo, construção de prédios, prestação de serviços na área da educação, finanças, saúde, etc.

2.3 A empresa ética – Características

Considerada uma instituição econômica a empresa cumpre por essa via uma função social e, portanto, deve ser ética ao cumprir e aplicar respectivamente as normas de acordo com a lei. Em concórdia com os direitos humanos como missão institucional, a empresa sintoniza-se ainda com uma proposta política, social, jurídica e ética. Pode-se afirmar que os Direitos Humanos sendo um desdobramento da ética, relaciona-se diretamente e axiologicamente ao cuidado da dignidade humana, da manutenção da paz, da busca de justiça social e sobretudo do desenvolvimento igualitário da sociedade. Nesse sentido as empresas

propõem seus desafios na forma de missão, que de acordo com Leisinger e Schimitt (2001, p. 22), a missão moral das empresas:

é o conjunto daqueles valores e normas que, dentro de uma determinada empresa, são reconhecidos como vinculantes. A ética empresarial reflete sobre as normas e valores efetivamente dominantes em uma empresa interrogam-se pelos fatores qualitativos que fazem com que determinado agir seja um agir “bom”. (LEISINGER E SCHIMITT, 2001, p. 22).

Portanto, a empresa com uma reputação favorável terá mais vendas e por consequência um sucesso duradouro. Se o comportamento for ético a sua reputação sobe devido à confiança e a credibilidade transmitidas. Mas com o comportamento antiético poderá sofrer graves consequências, com impactos à sua imagem.

A evidência cultural da prática da ética numa empresa é visível e ao mesmo tempo material e imaterial pelos valores professados e pelo sistema normativo. Desse modo os valores econômicos se subordinam aos valores morais.

De acordo com Rego et al (apud Thomas Mulligan 2007, p. 106), sugere que as empresas têm obrigações morais afirmativas com a sociedade. Não lhe é apenas requerido que atuem para evitar e prevenir danos, é necessário que “faça o bem”. O ponto em traços mais específicos é a seguinte:

Todos nós, enquanto seres humanos, temos o poder de acrescentar e de retirar valor ao mundo que nos rodeia.

A nossa missão moral, individual ou coletivamente, é cultivar a sabedoria e fazer aquilo que, dentro dos limites das nossas criatividade e capacidade, nos permite tornar o mundo melhor.

As empresas têm uma missão moral – a de exercer toda imaginação e toda iniciativa de que

dispõem para produzir bens, serviços e ocasiões de realização humana que tornem o mundo melhor.

Esta missão é a mais importante do que qualquer outra função que a empresa possa levar a cabo.

Os gestores, assim como os colaboradores das empresas em geral, têm suficiente discernimento moral para avaliar os bens e serviços que são capazes de proporcionar, e decidir os que são moralmente valiosos – isto é, que podem tornar o mundo melhor.

Cabe-lhes criar e vender bens e serviços moralmente valiosos, e evitar os que não o são – mesmo que não haja restrições ou imposições legais, e mesmo que isso possa não servir os lucros da empresa. (MULLIGAN, 1993).

2.3.1 Vantagens da prática ética obtidas por empresas éticas

Na perspectiva do site Portal da Educação (2018) que aponta, as seguintes vantagens:

Contribuição para sua legitimidade perante o Estado e a sociedade;

As experiências de compra e venda nas transações comerciais tornam-se positivas;

Faz com que aumente a confiança e a reciprocidade relacionado a empresa, e sendo assim melhore a sua imagem, tornando sua marca mais sólida;

Aumenta a lealdade o comprometimento dos empregados, que por consequência se identificam mais com a empresa;

A disposição para o trabalho de equipe é melhorada, assim como o crescimento e o

amadurecimento dos colaboradores, tornando-se mais fácil o diálogo, valores compartilhados, a integridade e a sensação de comunidade;

Desenvolve e fortalece as relações de confiança, transformando-as em mais estáveis, com mais lucros e produções para seus clientes e colaboradores, trazendo grandes parcerias comerciais;

Reduz problemas de sabotagens, riscos de escândalos, furtos, discriminações e depredações de instalações;

Torna um ambiente de trabalho saudável, mais produtivo;

A empresa fica menos sujeita a multas e processos. (PORTAL DA EDUCAÇÃO, 2018).

Desta forma, afirma-se a necessidade que as empresas têm de utilizar a ética para ser beneficiada de todas as formas. Tornando um ambiente de trabalho harmonioso, com a boa relação entre o empregador e os colaboradores. Aumentando a valorização da empresa, assim como a demanda, por ser um ambiente correto que passe credibilidade a todos.

2.4 A importância da ética individual

A ética individual precisa ser constituída em valores fundamentais da sociedade. Temos que ter responsabilidade pelas nossas condutas, nossos atos, empenhando-se a usar os valores morais, para que seja utilizada a honestidade, a educação, lealdade, os valores que beneficiam a sociedade como um todo.

Ser ético beneficia a si e a todos ao mesmo tempo, ou seja, a ética individual é bastante necessária para todos. Quando é praticada, gera o bem. E dessa maneira, teremos o cumprimento do princípio da igualdade entre todos os cidadãos.

Como também, ainda na questão individual deve ser utilizada para viver de maneira correta, para que não passe por cima dos outros para atingir o que almeja, para que não exista injustiça. E desse modo, o pensamento de Gandhi, quanto a ética individual afirma que “hei de ficar com a verdade. Não me curvarei a nenhuma injustiça. Quero libertar-me do medo. Não hei de usar violência. Hei de mostrar boa vontade para com todos”. (GANDHI, 1869 - 1948).

2.5 A ética e a lei nas empresas

A ética é um fator primordial para que uma empresa seja bem vista e tenha credibilidade junto ao mercado. Ultimamente a vem sendo redescoberta, pois, em todas as instâncias sociais há exigência de valores morais.

De certa maneira a lei e a ética são comparadas com frequência, de acordo com Rego et al (2007, p. 68),

advoga-se que ser ético é cumprir a lei, e que as empresas que atuam à luz da lei são éticas. Importa, todavia, compreender que os dois conceitos não devem ser confundidos. A lei é o instituto público que traduz a moralidade em linhas explícitas de orientação social e práticas, e que estabelece punições para infrações. Mas nada garante que a lei seja ética. Ademais, a pessoa ou empresa que cumprem a lei podem não ser éticas. (REGO et al, 2007, p. 68).

Nas relações empresariais tem sido uma essência de sucesso para as organizações modernas, e agindo de forma ética, significa que está indo de acordo com determinadas regras e preceitos.

Sabemos que toda empresa tem seu código de ética, suas normas e que na maioria dos casos não são cumpridas. Para Gouvêa (2002, p. 13),

se desobedecer aos preceitos e não conseguir seguir os padrões de conduta, a pessoa vive na

imoralidade. Se os preceitos e padrões do grupo social a que a pessoa pertence tornam-se irrelevantes para ela, então pode ser chamada de “amoral”. Se também confundir a moral de sua cultura ou a de seu grupo social com ética, torna-se um moralista. O moralismo é absolutização e universalização de sua própria moral. (GOUVÊA, 2002, p. 13).

Alguns valores como confiabilidade, respeito e segurança estão intimamente ligados à ética e têm como objetivo induzir e orientar as relações humanas, assim como pode construir ou destruir a imagem da organização.

Ipsis litteris Vasquez (1975, p. 12) confirma que “a ética é a ciência que estuda o comportamento moral dos homens na sociedade”, como ciência procura esclarecer o que é a moral, fundamentar a moralidade e aplicar as diversas dimensões da vida social os efeitos obtidos nas propostas anteriores da ética, de forma crítica e racional sem dogmatizar. (CORTINA e MATÍNEZ, 2005).

Ainda, explicar o que ser moral – na perspectiva de Cortina e Matínez (2005, p. 31), é o seguinte, “aplicar o intelecto à tarefa de descobrir e escolher em cada momento os meios mais oportunos para alcançar uma vida plena, feliz, globalmente satisfatória. Nesse sentido, a base para conduzir-se moralmente é uma correta deliberação, (...)”.

Oportuno salientar que quanto ao que se refere a lei a empresa, Rego et al (2007, p. 68) compreendendo que “o máximo que a lei consegue ser é o limite inferior do comportamento ético”.

2.6 A empresa: ética e direitos humanos

Nos limites de tolerância existem usos e costumes com os quais não é possível se admitir a intolerância: são os que infringem os direitos humanos. A preservação dos direitos humanos constitui o mínimo de norma ética ao qual jamais se pode renunciar.

Direitos Humanos está intimamente relacionado ao conceito da dignidade do ser humano. Para Kant, a importância de se respeitar o ser humano, como um fim em si mesmo. E afirma que: "age de tal modo que considera a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre como fim e nunca como simples meio". (KANT, 1724- 1804).

Ainda assim, Kant (1724- 1804) afirma que o ser humano não deve ser alienado, pois, dessa maneira o ser humano não poderia ter sua dignidade reprimida à troca de um "custo", ou seja, como por exemplo, ter a vida em troca de bens materiais. Compreende-se a perda de liberdade dos indivíduos, e a integridade física.

De acordo com a teoria de John Rawls (1921-2002), nenhuma pessoa pode ser violada, ainda que seja pelo o bem-estar do conjunto da sociedade, pois, tem sua a inviolabilidade fundada na justiça. Nesse sentido, foi elencado por Rawls (1921-2002) dois princípios da sociedade bem ordenada que diz:

1) Igualdade. Todos devem ter direito ao sistema mais largo de liberdades, com base igual e compatível com um sistema similar, devendo vigorar os direitos humanos fundamentais.

2) A desigualdade social e econômica precisa garantir maior vantagem possível ao menos favorecidos nos limites de um princípio de poupança. Como também, ser unidos a cargos e posições acessíveis a todos em função de oportunidades e igualdade. Ou seja, será aceitável se beneficiar em primeiro lugar os mais desfavorecidos da escala social.

Quando se é aplicado a ética nas suas organizações, a empresa desenvolve **potencial para crescer de maneira sustentável**, assim sendo conceituada pelos clientes como uma empresa de responsabilidade e séria.

Para o sucesso dessas organizações é necessário respeito aos colaboradores e consumidores, sem maus tratos, ofertas falsas e propagandas enganosas. A ética empresarial é motivada pelo relacionamento com os colaboradores e a relação aos clientes, fazendo com que se torne bom em todos os seus níveis.

Hoje em dia, no mundo corporativo, **a ética empresarial é considerada como meta necessária a ser atingida. E a partir disso está sendo tratada com importância, seja em seu sucesso financeiro, resultados e inovação.**

A empresa é obrigada a cooperação ou à solidariedade para com as pessoas, isto é, além do seu próprio interesse, ela deve buscar também o bem comum.

2.7 Cidadania ética

Nem a arte nem a literatura têm de nos dar lições de moral. Somos nós que temos de nos salvar, e isso só é possível com uma postura de cidadania ética, ainda que isto possa soar antigo e anacrônico. (SARAMAGO, 1922-2010).

2.8 Responsabilidade social

É o método de agir e pensar eticamente na relação com o outro. No mundo empresarial é quando as empresas adotam ações, comportamentos e posturas de forma voluntária que promovam o bem-estar dos seus públicos, tanto interno quanto externo. Ou seja, envolve o benefício da coletividade. A definição de responsabilidade social pode ser assimilada dessas duas formas: externa e interna. O nível externo é a consequência das ações de uma organização sobre o meio ambiente. Já o nível interno são os trabalhadores e as partes afetadas pela empresa. E por fim, também quando as empresas estabelecem de forma voluntária, a contribuição para um ambiente limpo, digno e uma sociedade mais justa.

Responsabilidade social é o resultado da obrigação de uma empresa de prestar conta aos seus envolvidos, sobre todas as suas atividades e operações com o objetivo de alcançar um desenvolvimento sustentável, não apenas em sua dimensão econômica, mas também nas dimensões social e ambiental. (ALVES M, 2006).

Alguns conceitos são utilizados para definir a Responsabilidade social: a responsabilidade corporativa (RSC), a responsabilidade empresarial (RSE) e a responsabilidade ambiental (RSA). RSC é utilizado pelas empresas relacionadas as preocupações sociais destinadas ao quadro de funcionários ou ao ambiente de negócios, é investimento na melhoria do nível de desenvolvimento humano. RSE é sinônimo de RSC, que é o bem-estar do quadro interno da empresa e também a redução de impactos negativos ao meio ambiente. A RSA é a sustentabilidade, compromisso com todos e preocupação genuínas com o meio ambiente.

De acordo com o Instituto Ethos (2004), a definição de Responsabilidade Social Empresarial é,

a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. (INSTITUTO ETHOS, 2004).

A responsabilidade social pode ser descrita como um princípio ético e o conceito de Responsabilidade Social Empresarial envolve um espectro extenso de beneficiários, os "stakeholders", abrangendo a redução de impactos negativos de sua atividade na comunidade e meio ambiente, como também o bem-estar e a qualidade de vida do público interno da empresa.

As empresas possuem influência e meios, e como partes da sociedade global também a responsabilidade, de apoiar as forças de reforma voltadas para a realização dos direitos humanos. Têm ainda o dever de, em todos os níveis possíveis, assumir um papel de precursoras na proteção e na

melhoria do mundo ambiente em escala global.
(LEISINGER e SCHMITT, 2001, p. 196).

Quando falamos de responsabilidade social, falamos também de impacto social que pode ser gerado por uma empresa. A ética empresarial pode ser aplicada em qualquer área da organização. A partir do momento em que é dada oportunidades de trabalho e desenvolvimento a pessoas de baixa renda, é melhorado a comunidade, o lugar que estão inseridas. Conjuntamente com o cuidado do meio ambiente, usando material reciclado, evita o desperdício e beneficia a sociedade como um todo, sendo assim, as ações positivas sempre gera resultados positivos.

A não-violência leva-nos aos mais altos conceitos de ética, o objetivo de toda evolução. Até pararmos de prejudicar todos os outros seres do planeta, nós continuaremos selvagens... (THOMAS EDISON, 1847-1931).

Conforme Schweitzer (1875 – 1965), a ética de vida “não existe nenhum outro destino para humanidade a não ser aquele que ela própria preparou por suas convicções”.

Em síntese, o que ocorre é justamente o reflexo de nossos atos, ou seja, devemos agir com responsabilidade social, para que haja sempre o cuidado para com todos.

2.9 As teorias deontológica e teleológica

Em discursão a ética deontológica, deriva de origem grega e compete a ciência dos deveres e obrigações.

Critério: intenção ou motivo.

Kant (1724-1804), “Há deveres absolutos que não podem em circunstância alguma ser violados”. E ainda o mesmo autor refere que “uma

ação é boa quando é realizada com a intenção de cumprir absolutamente o dever”.

Essa teoria assegura que o correto é algo moralmente bom em si mesmo desconsiderando o resultado. Pois, acredita-se que só é possível cumprir o bem se antes estabelecer o que é correto a partir das legislações firmadas num pacto social ou do bem que emana da natureza humana.

Assim sendo, a ética deontológica importa-se coma essência do ser, estudando os deveres para que o homem torne-se um ser melhor no ponto de vista ético.

Quanto a ética teleológica, diferentemente do viés deontológico, diz que uma boa ação é medida pelas suas consequências, sendo que o fim do homem é a felicidade.

Critério: consequências das ações.

Refere-se a uma ética concreta, por demonstrar como se atinge a felicidade. Importando saber de que maneira o indivíduo age de acordo com o imperativo categórico, e se sua ação foi hábil de fornecer a maior soma possível de prazer.

Stuart-Mill (1806-1873), “o valor moral de uma ação depende das suas consequências ou resultados”. Ainda confirma o autor “se as consequências são boas, a ação é boa; se as consequências são más, a ação é moralmente errada”.

Ainda que as duas teorias, deontológica e teleológica, tenham visões diferentes, não significa que são totalmente contrárias. Em uma determinada ação, possuem a mesma opinião e o que diferencia são os argumentos que as duas encontram para divergir a esta ação.

2.10 Igualdade de gênero

Igualdade equivale a não apresentar diferença, seja quantitativa ou qualitativa. Gênero é a expressão utilizada para apontar a criação social do sexo biológico. Igualdade está ligado a imparcialidade e à justiça, ou seja,

significa que todas as pessoas devem ter os mesmos privilégios, direitos e deveres. Já o gênero é uma divisão que agrega os indivíduos que tem características em comum.

Igualdade de gênero corresponde a proteção da igualdade entre homem e mulher diante da sociedade. Busca extinguir a discriminação em ambos sexos e igualar de forma justa a distribuição de oportunidades existentes.

Conforme o site Exame, para que haja a igualdade nas empresas é indispensável ter combinações de ações positivas, afim de ter uma organização de igualdade a todos os funcionários. Camila Pati (2018), dividiu em três blocos os fatores que promovem a mudança. São eles, a liderança ousada, as ações abrangentes e o ambiente empoderador. A liderança ousada tendo como requisitos, diversidade de gênero, a comunicação clara das metas para a diminuição da diferença e o compartilhamento externo de sua meta relacionado à diversidade. Igualdade de gênero deve ser prioridade nesse quesito. Em relação as ações abrangentes, as mulheres têm que ser participativas para que o progresso ocorra, acontecendo por meio de retenção, atração e promoção de mulheres. Restando o ambiente empoderador, que é necessário para os empregados terem a liberdade de criar e inovar, poder se expressarem e serem estimulados a se encaixar na cultura da organização.

2.11 Código de Ética nas empresas

O Código de Ética surgiu para unir regras e normas que são correspondentes para determinados grupo de pessoas. É democrático e determina direitos e deveres. E também é um documento que tem como finalidade expor a missão e os princípios de determinada profissão ou empresa e sua ideia deve ser pensada de forma que atenda às necessidades. Esse código é criado para ressaltar os valores que devem ser realizados pelas instituições e profissionais.

De acordo com Alves (2006, p. 29),

o código de conduta pode ser interpretado atualmente como um meio das empresas manterem

os padrões de conduta julgados necessários à continuidade de sua boa reputação junto a sociedade, sendo estabelecidos padrões normativos, que possam ser levados em conta quando do processo de tomada de decisões éticas e de seus funcionários, seja como guia de conduta, como de coerção. (ALVES, 2006, p. 29).

O código de ética através de uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Ética (2006), dispõe que tem três funções básicas. São a função de legitimação moral, função cognitiva e a função de incentivo. A Função de legitimação moral disponibiliza que as legítimas expectativas serão abordadas equitativamente, podendo assim os interessados reconhecerem. Ou seja, o equilíbrio é a base para ser mutuamente vantajosa tanto para um acordo e um cooperação. Já a função cognitiva, permite identificar comportamentos não éticos e explicar o exercício apropriado da arbitrariedade, da delegação, da autoridade e da autonomia decisória de cada membro da empresa. E por fim, a função de incentivo como próprio nome já diz, constitui incentivar a observância dos princípios e dos valores corporativos, como também das normas de condutas que contém.

Segundo Schwartz (2002), as empresas devem ser regidas por seis princípios básicos conforme o código de conduta ética. Esses princípios são: a cidadania que é a obediência a lei, o respeito como base nos direitos humanos, a confiabilidade para que seja de forma honesta e leal, a responsabilidade que é assumir os fatos e atos decorrentes das atividades, a justiça pra ser justo e imparcial e por fim ser cuidadoso para que possa ser evitado prejuízos desnecessários.

2.12 Código de Ética na prática empresarial

Dispõe os princípios, a visão e a missão de uma empresa. Por meio dele é possível compreender a postura social da instituição diante do público com quem interage. As empresas já adotam internamente a implementação de um código de ética, para que possa auxiliar em suas ações diante do mercado, como também na relação com o seu público-

alvo. No conteúdo do código de ética, é necessário que seja claro, objetivo e de fácil compreensão para os colaboradores da empresa.

Conforme MARINHO (1999),

A ética empresarial vem a ser a tentativa de buscar o maior grau de realização possível dentro da empresa dos valores nos quais os seus membros creem, por convicção, gerando responsabilidade, externa e interna, por parte da alta administração e de toda comunidade empresarial pelas consequências possíveis de cada ação. (MARINHO, 1999).

Em uma organização empresarial, é necessário está de acordo com a lei, regras e condutas. Independentemente do tamanho da empresa, seja ela de pequeno, médio ou grande porte, é preciso expandir uma política de ética empresarial. O diferencial em uma empresa é a implementação de políticas internas, principalmente no mercado para as empresas que as possuem. Quando os funcionários têm determinadas políticas, as operações internas evitam os riscos de fraude e tendem a funcionar melhor, além dos profissionais saberem onde podem ir e quais são as condutas que a organização espera deles. Somando saldo positivo, empregador e colaborador, com base numa postura ética para ambos os lados a perspectiva de Dilthey (1994, p.107), confirma que "O critério de uma ação de valor moral é a ausência de toda motivação egoística".

O que estimula as empresas implantarem o código de ética?

A faculdade que esse documento possui, dentre eles podemos destacar alguns:

- Sustentabilidade da Empresa;
- Fortalecimento do valor e imagem da empresa;
- O aumento da integração dos funcionários da empresa;
- Consolidação da lealdade e fidelidade do cliente;

Fornecimento de diretrizes e critérios para estabelecer confiança as pessoas que adotarem as formas éticas de conduzir;

Fazer com que o desenvolvimento a competitividade entre os concorrentes seja saudável e fácil;

A proteção dos interesses públicos e de profissionais que contribuem para organização;

A atração de fornecedores, clientes e colaboradores que se conduzem em elevados padrões éticos.

2.13 Metodologia – Ênfases

Visando dar cientificidade aos fenômenos éticos e morais no âmbito empresarial este estudo trilha por caminhos metodológicos previamente definidos. Inicialmente pela via da pesquisa exploratória com vistas a familiaridade com o assunto. Ainda, após levantamento bibliográfico segue-se a leitura dos autores que tratam sobre o tema.

valia-se que a pesquisa ao dar uma consistência científica aos problemas empíricos humanos e sociais se configura como uma reflexão sistemática que caminha através de procedimentos metodológicos rigorosos e que ora se adequam perfeitamente ao assunto em estudo – com o propósito de otimizar os recursos para a organização, exatidão, sistematização, validação e comunicação do conhecimento que se constrói pela pesquisa e com possibilidades ainda de acesso as mais diversas áreas do saber científico em que se aplique os referidos meios técnicos e metodológicos na pesquisa.

É nesta busca de definição entre a escolha do tema e a opção de procedimentos científicos adequados, observados “neste estudo” que se verifica o quanto o caminho é absorvedor e exigente para a construção da formação do espírito científico, visando à transformação do empírico em científico.

Em função da complexidade do assunto estudado nesta pesquisa –, a escolha do caminho metodológico ocorreu, pela via da pesquisa exploratória e da pesquisa bibliográfica. Quanto ao método, utiliza-se primeiramente uma análise rigorosa do objeto de estudo proposto, ressaltando que a dedução/indução, respondem adequadamente como meio de articulação entre os conceitos, fatos e dificuldades legais e sociais do problema, visando à aquisição de uma compreensão geral sobre o tema em estudo.

Delineado os procedimentos acima, a pesquisa aproveita-se ainda da abordagem qualitativa que Marly Oliveira (2005, p. 39) assim evidencia:

As abordagens qualitativas facilitam descrever a complexidade de problemas e hipóteses, bem como analisar a interação entre variáveis, compreender e classificar determinados processos sociais, oferecer contribuições no processo de mudanças, criação ou formação de opiniões de determinados grupos e interpretação das particularidades dos comportamentos ou atitudes dos indivíduos. (OLIVEIRA, 2005, p. 39).

Nesse sentido, para o aprofundamento do tema em foco, as abordagens qualitativa/quantitativa contribui sempre para caracterizar e dar significado ao conhecimento levantado, enquanto proposta investigativa, demonstrando sua importância e relevância social.

2.14 Análise dos Resultados

Pelo exposto no decorrer deste trabalho de pesquisa, que inicialmente buscou compreender as bases conceituais e as diferenças entre ética e moral bem como a aplicabilidade dos referidos conceitos à prática no setor empresarial. A seguir, confirma-se a devida necessidade de as organizações empresariais pautarem seu comportamento perante o social com base em princípios éticos e morais e, ao mesmo tempo utilizar o Código de Ética construído democraticamente no ambiente da empresa. Aplicando ainda, um pacto de responsabilidade interna e social, visando

valores que assegurem a vivência do bem. Pois, traz benefícios tanto para empresa e os colaboradores, como também para o meio social todo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem por meta a construção de uma visão positiva relacionada a ética. Pois, a ética é essencial e traz muitos benefícios como foi tratado acima. Ser ético é construir bases que guiarão a conduta humana, o comportamento perante a sociedade.

Utilizar a ética faz com que as pessoas tenham uma excelente visão sobre a empresa, favorecendo-a, sendo assim, atingirá o público-alvo que almeja, como também tornará uma organização melhor, benefício para ambas as partes. Portanto, é fundamental que as empresas trabalhem com ética.

O código de ética é criado justamente para facilitar e orientar a relação do empregador com o colaborador, e além disso tornar uma empresa valorizada, com princípios e valores. Dentre essas, inúmeras vantagens ao adotar esse código nas organizações. E é por isso que deve ressaltar essa questão.

A responsabilidade social, não menos importante que a ética também é necessária diante uma organização, é um modo ético de agir diante a coletividade, público interno e externo, seja com suas ações, políticas, práticas e relações. E também deve ser adotada pelas vantagens que proporciona a todos. E por consequência, verá que essa ação só traz resultados positivos.

Portanto, é possível afirmar que como referido neste trabalho que a ética é fator primordial, tanto pra organização e pra vida, juntamente com a responsabilidade social que beneficia o meio como um todo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Magda. **Como escrever teses e monografias**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. et al. **Fundamentos de ética empresarial e econômica**. São Paulo: Atlas, 2001.

CASTRO, Ilgo Allam. **As relações estabelecidas entre ética, direitos humanos e democracia**. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/as-relacoes-estabelecidas-entre-etica-direitos-humanos-e-democracia/76260>>. Acessado em: 10 out. 2018.

CONCHE, Marcel. **O fundamento da moral**; tradução Marina Appenzeller; revisão da tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CORTINA, Adela et. Al. **Ética**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

DILTHEY, Wilhelm. **Sistema da ética**; tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1994.

FARAH, Flávio. **Ética na gestão de pessoas: uma visão prática**. São Paulo: El-Edições Inteligentes, 2004.

IDIS. Por que as Empresas Estão Implantando Códigos de Éticas?. Disponível em: <<https://www.idis.org.br/por-que-as-empresas-estao-implantando-codigos-de-etica/>>. Acessado em: 11 out. 2018.

LEISINGER, Klaus M. **Ética Empresarial**; responsabilidade global e gerenciamento moderno/Karin Schmitt; tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis – RJ: Vozes, 2001.

MASIP VICIANO, Vicente. **Ética, caráter e personalidade**: consciência individual e compromisso social. São Paulo: E.P.U., 2002.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

OUTILITARISTA. **Teleológica x deontológica.** Disponível em:
<<http://outilitarista.blogspot.com/2011/11/teleologica-x-deontologica.html>>. Acessado em: 12 nov. 2018.

PORTAL-EDUCAÇÃO. **As Vantagens de uma Empresa Ética.** Disponível em:
<<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/administracao/as-vantagens-de-uma-empresa-etica/64055>>. Acessado em: 31 out. 2018.

POTI, Camila. **O que muda na sua vida se as empresas investirem em igualdade.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/o-que-muda-na-sua-vida-se-as-empresas-investirem-em-igualdade/>>. Acessado em: 23 out. 2018.

REGO, Armênio et al. **Gestão ética e socialmente responsável:** teoria e prática. 2. ed. Lisboa: RH, 2007.

SROUR, Robert Henry. **Ética Empresarial.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.
NOTA:

[1] Professora Titular da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina- PE. Dra. em Filosofia pela Uévora- Pt. Email: zelia.ramos@hotmail.com

OS LIMITES DA ÉTICA NO EXERCÍCIO DOS OPERADORES DO DIREITO

EDSON DIAS DE SOUZA: Especializando em Gestão Pública EAD pela Universidade do Vale do São Francisco - UNIVASF.

RESUMO: O presente estudo teve como objetivo discutir os limites da ética no exercício dos operadores do direito, levando em consideração o fato de que o exercício da advocacia deve cada vez mais ser pautado pela ética, uma vez que pela a ação do advogado pode se mudar o rumo de um indivíduo, de uma cidade, de um estado ou de um país. Nesse momento em que a sociedade se encontra mergulhada num "mundo" de corrupção, se buscou através do presente trabalho, estudar o fenômeno da ética e discutir os limites do seu alcance em termos operacionais para o operador do direito. Para tanto, entre outros estudos, se consultou o Código de Ética da profissão do advogado buscando sobretudo compreender seus artigos e a importância de aplica-los na prática do dia a dia do operador do direito. A metodologia utilizada, foi a pesquisa exploratória, que possibilitou por meio da pesquisa bibliográfica, estudar conceitos éticos a fim de melhor compreensão sobre o tema. Como resposta ao problema proposto, espera-se maior discussão a respeito do tema ética, sobretudo pelos operadores do direito e que estes, compreendam a importância de se trabalhar com ética, deixando para a geração futura, todo um aparato ético que por certo, fará a diferença na vida daquela. Acredita-se na importância do presente trabalho para chamar a atenção do advogado, juízes e promotores para algo que eles devem praticar cotidianamente, que é a ética, sob pena de que seu desuso, implicará em violação do código de ética da profissão, além da indução a erros moralmente não aceitos pela sociedade e mais especificamente, pelo sujeito ético.

Palavras-chave: Ética; Código de Ética; Operadores do Direito.

ABSTRACT: The objective of this study was to discuss the limits of ethics in the practice of law practitioners, taking into account the fact that the practice of advocacy should increasingly be guided by ethics, since by the action of the lawyer can change the direction of an individual, a city, a state or a country. At this moment in which society is immersed in a "world" of corruption, it was sought through the present work, to study the

phenomenon of ethics and to discuss the limits of its scope in operational terms for the operator of the right. To do so, among other studies, the Code of Ethics of the lawyer profession was consulted mainly seeking to understand its articles and the importance of applying them in the day to day practice of the operator of the law. The methodology used was the exploratory research, which made it possible, through bibliographic research, to study ethical concepts in order to better understand the subject. As a response to the proposed problem, it is expected that there will be more discussion about the ethical issue, above all by the legal operators, and that they understand the importance of working with ethics, leaving for the future generation, an ethical apparatus that will, of course, the difference in her life. It is believed in the importance of this work to draw the attention of the lawyer, judges and prosecutors to something that they must practice daily, which is ethics, under penalty of its disuse, will imply in violation of the code of ethics of the profession, in addition to the induction to errors morally not accepted by society and more specifically by the ethical subject.

Keywords: Ethics, Code of Ethics, Operators of Law.

SUMÁRIO: 1.0 – Introdução; 2.0 Ética – conceitos centrais seguidos do estado da Arte; 2.1 – Ética e o dever profissional; 2.2 A deontologia, o dever ser, a ética e a importância do código de ética para o profissional em direito; 2.3 Ética, moral e o direito; 2.4 A dogmática jurídica e a abertura cognitiva: a práxis social que se revela complexa; 2.5 Considerações finais; Referências.

1. Introdução

“Viver e não ter a vergonha de ser feliz” (Gonzaguinha in memória). Assim também deve ser para os operadores do direito, trabalhar e atuar no mundo jurídico sem ter vergonha de sua atuação, porque sempre pautada na ética, não lhe sobrará rancor do seu agir e do seu atuar porque ambos terão a nobreza da ética e o respaldo da moral, que permeando toda e

qualquer ação, a tornará eficaz e eficiente, tanto no mundo jurídico, quanto no social.

A complexidade do fazer humano e a contingência que marcam a sociedade contemporânea em termos éticos, são elementos que não devem ser ignorados quando se pretende fazer qualquer reflexão acerca da ética e sua relação com a prática da advocacia. Isso porque esses elementos condicionam a práxis do advogado a ter ou não um viés ético e comprometido socialmente com sua profissão. Assim, ser ético implica uma série de fatores que perpassam o aqui e agora e vão além do eu, porque implica no coletivo para ser eficiente e eficaz qualquer atitude ética.

O ser humano tem necessidade de ação uma vez que está na essência humana o agir, contudo, diante de tantas violações éticas e morais em ações humanas, urge o desejo de que toda ação seja pautada na ética e na moral. Contudo, cabe questionar, o que é a ética? O que é moral?

Carvalho e Brito (2013) consideram que a palavra ética significa “o caráter de alguém” e se baseia num conjunto de costumes instituídos por uma sociedade para formar, regular e controlar a conduta de seus membros” (CHAUI, 2012, p. 382). Quanto à palavra moral, a mesma deriva do latim *mos, moris* que significa “costume” e no plural refere-se aos hábitos de conduta ou de comportamento instituídos por uma sociedade em condições históricas determinadas (CHAUI, 2012, p. 381).

No contexto filosófico, ética e moral possuem diferentes significados. A ética está associada ao estudo fundamentado dos valores morais que orientam o comportamento humano em sociedade, enquanto a moral são os costumes, regras, tabus e convenções estabelecidas por cada sociedade. Ou dito de outra maneira, ética, é um conjunto de conhecimentos extraídos da investigação do comportamento humano ao tentar explicar as regras morais de forma racional, fundamentada, científica e teórica. É uma reflexão sobre a moral. Já a moral, é o conjunto de regras aplicadas no cotidiano e usadas continuamente por cada cidadão. Essas regras orientam cada indivíduo, norteando as suas ações e os seus julgamentos sobre o que é moral ou imoral, certo ou errado, bom ou mau.

No sentido prático, a finalidade da ética e da moral é muito semelhante. São ambas responsáveis por construir as bases que vão guiar a conduta do homem, determinando o seu caráter, altruísmo e virtudes, e por ensinar a melhor forma de agir e de se comportar em sociedade. <https://www.significados.com.br/etica-e-moral/>

A ética é necessária ao exercício da advocacia por se constituir de valores que orientam o comportamento e a atuação dos profissionais, moldando sua conduta a fim de que busquem melhor aplicação do senso de justiça à sociedade. Nesse ponto, o exercício da advocacia exige conduta compatível não só com os preceitos do Código de Ética ou Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, mas também com os princípios da moral individual, social e profissional, devendo o advogado ser um defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da justiça e da paz social (MONTEIRO, 2015).

A ética se caracteriza pela garantia das expectativas morais como prática de um comportamento reflexivo e cognitivo e que por ausência de referências éticas, se dão socialmente na frustração de intenções equivocadas por interesses pessoais acima dos interesses coletivos.

O comportamento ético do advogado constitui medida essencial para a relação profissional e até mesmo pessoal, dos envolvidos. Portando-se de forma ética, o advogado deve construir um pilar moral sólido, conduzindo suas relações de modo a trazer respeitabilidade para si e para sua classe, permitindo, assim que, diante da deficiência do Estado para resolver os problemas dos cidadãos, essa possa atuar em prol da comunidade.

2.0 Ética – conceitos centrais seguidos do estado da arte

La Taylle (2010) observa que as palavras “moral” e “ética” são empregadas como sinônimos. Uma das primeiras possibilidades de separação entre os termos refere-se ao fato de se reservar a palavra “ética” a deveres de ordem pública, como por exemplo “ética da política”, “ética da empresa”, “código de ética profissional”. Os códigos de ética por exemplo trazem normas que devem, de maneira obrigatória, reger as atividades dos

profissionais, e essas normas tem por base a moral legitimidade pela sociedade. Uma outra possibilidade de diferenciação é reservar a palavra “ética” para os estudos científicos e filosóficos” do fenômeno moral e esta é a diferenciação mais empregada no meio acadêmico.

Nalini (2004) considera que a ética não se confunde com a moral, pois a primeira é a ciência dos costumes, já a segunda não é uma ciência e sim o objeto da ciência. Assim, cabe a ética retirar dos fatos morais os princípios gerais a serem aplicados. Dessa forma, a ética é desconstrutora e fundadora, enunciadora de princípios ou de fundamentos.

Bretas (2018) acredita que a ética é a parte da filosofia que estuda os valores morais e que também se refere ao conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de uma profissão. Neste interim, atribui ao advogado, dentre outros pontos fundamentais em suas funções, a necessidade de difundir o conceito da palavra ética. Isso porque, o advogado representa uma referência dentro da sociedade e possui em suas mãos a competência intelectual para disseminar a essência da ética. Essa disseminação é essencial para o exercício da advocacia.

Monteiro (2015) acredita que o papel do advogado seja o de regulamentar o funcionamento da sociedade e o exercício da advocacia, indispensável à representação de interesses maiores, sendo sua atuação permeada por diferentes setores da atividade humana. O próprio termo “advogado” refere-se a alguém que foi chamado perante a justiça para defender interesses que lhe são confiados. A advocacia surgiu com a necessidade de patrocinar as partes, com os conhecimentos jurídicos do advogado, o acesso a justiça daqueles que necessitam. Isso foi algo que demandou séculos até que se disciplinasse com regras próprias o exercício da profissão.

Villas Boas e Svoboda (2017) observa que o Novo Código de Ética do Advogado mantém o seu Título I como “Da ética do Advogado” alterando a denominação do Capítulo I de “Das Regras Deontológicas Fundamentais” para “Dos Princípios Fundamentais” o que impõe ao jurista compreender a distinção entre regras e princípios. No Código de Ética do Advogado foram acrescidos no Título I, os incisos X, XI, XII, tendo sido mantidos o número

de 7 artigos conforme títulos anteriores. Assim, a alteração mais importante se refere à nova concepção ofertada às normas que compõem o Código de Ética, que passam a ser interpretadas não mais como regras deontológicas, mas como princípios fundamentais.

Figueiredo (2005) observa que existem princípios que norteiam a atividade do advogado. O primeiro deles é a pessoalidade, onde o primeiro contato do advogado com o cliente deve ocorrer pessoalmente, conquistando-se assim, a confiança. Tal confiança irá definir o segundo princípio, a confiabilidade, devendo esta ser recíproca para que a relação entre o advogado e o cliente se sustente. Surge também o princípio do sigilo profissional, visto que o advogado deve proteger todas as informações obtidas no exercício da atividade advocatícia. Há ainda o princípio da não mercantilização, visto que o exercício profissional não deve ter característica mercantil.

Monteiro (2015) afirma que o respeito pela profissão e pela sociedade serve como incentivo para uma conduta ética, não podendo o advogado se associar a qualquer outro serviço profissional que implique em captar clientes ou que tenha como busca essencial o captar dinheiro.

2.1 Ética e o dever profissional

LANGARO, (1996) diz que o dever profissional do operador do direito e mais especificamente do advogado, encontra-se não só no código de ética profissional, mas, ainda, no estatuto do Ordem dos Advogados do Brasil, no Código de processo civil, no Código Penal e nos códigos de organização judiciária dos Estados da União.

Observe-se o que estabelecem alguns artigos do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Art. 1º - O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Art. 2º - O Advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único – São deveres do advogado;

I – Preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – Atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

Art. 3º - O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

Do que se lê dos artigos acima, conclui-se que o advogado no exercício de sua profissão deve agir com decoro, dignidade, honestidade, boa-fé e que deve perseguir a aplicação da justiça para os casos em que representar seu cliente.

Infelizmente, tais preceitos, e por extensão os princípios, são em muitos casos, totalmente ignorados por alguns advogados que veem na profissão tão somente uma fonte de garantir seus honorários profissionais sem levar em consideração questões éticas, morais e não levando em consideração os anseios de seus clientes.

Notadamente a ética não é prerrogativa apenas do advogado, mas de todos os profissionais que laboram arduamente no âmbito Jurídico, com o objetivo não apenas de obterem seu sustento, mas sobretudo dignificar a profissão e honrar o juramento de boas práticas e uso sempre da boa-fé. Ética é um dever de todos, pois se depende dela – ou deveria depender nas relações não apenas profissionais, mas também humanas. É um conceito

que deve permear toda a sociedade, independentemente de classe profissional, social, sexo ou credo.

A Ética Profissional, ou moral profissional podem ser denominadas também como deontologia que compreende o estudo dos conceitos básicos do direito e do dever. Desse modo, ter ética profissional significa o indivíduo cumprir com todas as atividades de sua profissão, seguindo os princípios estabelecidos no Código de Ética da profissão e também verificados pela sociedade.

O Código de Ética pode ser entendido como um paradigma a ser respeitado e praticado por todos que escolheram a profissão. Ele deve nortear o comportamento daqueles indivíduos dos quais se espera a prática constante dos preceitos éticos no exercer da profissão. Ele visa o bem-estar da sociedade, de forma a garantir a sinceridade dos membros tanto de fora quanto de dentro da instituição. Assim, cada indivíduo em sua profissão e aqui, nos referimos aos operadores do direito, tem o dever de honrar a Profissão atuando com base na ética de modo a e semear valores morais que embase sua prática diária e o transforme cada vez mais num profissional que trabalha sobretudo, respaldado na ética como preconiza o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Por outro lado, se assim não agir, além de ser passivo de punição disciplinar conforme estabelece o Código, o operador do Direito ainda sofrerá com a reprovação social que cairá sobre ele, a partir do comportamento antiético que praticou, de modo que sentirá na pele toda uma negatividade por não observar em sua prática, os preceitos éticos como todos esperam que seja usado.

2.2 A deontologia, o dever ser, a ética e a importância do código de ética para o profissional em direito

Deontologia Jurídica é a ciência que especifica os deveres e os direitos dos operadores do direito, bem como trata dos seus fundamentos éticos e legais. Do ponto de vista etimológico, Deontologia vem do grego deonto (dever) e Logos (estudo), trata-se da origem, incidência dos deveres e consequentemente dos direitos inerentes ao comportamento e da liberdade individual em quanto sociedade justa, social e equilibrada, trata-

se da ciência dos deveres. Desse modo, Deontologia Jurídica é essa ciência aplicada àqueles que exercem alguma profissão jurídica, em especial os advogados, magistrados e promotores de justiça.

O termo Deontologia foi instituído pelo filósofo inglês no século XIX, Jeremias Bentham (1748 a 1832), um dos fundadores da denominada "filosofia utilitarista", no século XIX, autor da introdução os princípios de moral e da legislação de 1789, Deontologia é o nome de sua obra póstuma, de 1834, na qual procurou estabelecer uma moral em que a pena (castigo) e o prazer fossem os únicos motivos da ação humana, como regra geral, para daí fazer a distinção entre o bom e o mau, entre o bem e o mal, Langaro, 1996, p. 3.

Freixo (2017) ratifica que a deontologia se refere ao estudo de um conjunto de deveres, princípios e normas reguladoras dos comportamentos exigíveis aos profissionais, estabelecidos em códigos específicos. Profissões cujas atividades ou decisões tem um maior impacto social possuem códigos deontológicos próprios. Dessa forma, seus conteúdos vão além das regras, tornando-se impossível prever todos os casos e listar as normas de atuação, assim os códigos buscam definir princípios básicos que asseguram a transmissão do seu espírito profissional. A deontologia é utilizada pela ética moderna para aplicar princípios e conclusões desta em múltiplos aspectos da vida profissional.

Lima (2017) considera que na primeira metade do século XX, a formação dos profissionais do direito se configurou, entre outros pontos, a partir de publicações coletivas de intelectuais, e isso serviu na formação de uma cultura jurídica, que se traduziu especificamente no conceito de deontologia do direito, busca produção de um tipo de comportamento que se constitui em um exemplo dentro da sociedade, baseando-se em preceitos como a ética, conceito forte no discurso apresentado por diversos advogados que conduziam em certa medida a mobilização do pensamento jurídico do Brasil. O advogado dessa forma deveria ser reconhecido como exemplo de comportamento a partir da interpretação da lei, da compreensão da justiça e da constituição da cultura jurídica, o que se refletiu em exemplo como o de Rui Barbosa e Gilberto Freire, por exemplo.

Conforme cita Khalil (2014) as normas deontológicas dentro do direito contribuem para criar a imagem do advogado como sendo um ser diferentes dos demais. Apresenta-o como alguém que está acima dos interesses mesquinhos e das necessidades que constroem a compreensão humana. Acredita-se que o exercício da profissão pressupõe o domínio de uma série de técnicas, e no direito isso não é diferente. Assim, exige-se do advogado que ele seja qualificado juridicamente em relação às questões que lhes são apresentadas; que saiba decidir se é caso, ou não, de tratar tais questões em campo judicial, ou até mesmo que estratégia deve ser seguida para isso. Busca-se do profissional em direito um continuo aprimoramento, onde deve aprender novas técnicas para utilizar no seu dia-a-dia.

Fuhrmann (2016) diz que as prerrogativas profissionais do advogado, quer seja público ou privado, busca proteger e garantir o patrimônio, a liberdade e a honra dos cidadãos, bem como os fins sociais e institucionais do Estado, e se constituem como prerrogativas jurídicas para a defesa dos clientes e, em última análise, da própria cidadania. Além disso, a Constituição Federal define que o advogado é indispensável à administração da justiça e cumpre papel relevante no elo que liga o cidadão ao Poder Judiciário o que irá efetivar na prática o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e o próprio acesso à justiça.

Villas Boas (2017) explica que o Novo Código de Ética do Advogado traz em seu Título I “Da Ética do Advogado” que alterou a denominação do Capítulo I de “Das regras deontológicas fundamentais” para “Dos princípios fundamentais” e isso faz com que o jurista deva compreender a distinção entre regras e princípios. O novo código traz uma nova concepção em relação às normas que o compõem, que devem ser interpretadas não mais como regras deontológicas, mas como princípios fundamentais, integrando-se ainda mais aos conteúdos jurídicos e constitucionais.

Fuhrmann (2017) compreende que o Novo Código de Ética da OAB inova ao estabelecer condições jurídicas e éticas para a atuação na Advocacia pro bono, compreendendo-se essa como a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos assistidos por estas , nas condições onde

estes beneficiários não tenham recursos para contratar o profissional. É um instrumento para a prestação de serviços advocatícios aos que são mais necessitados economicamente, como forma de ter elevada função social e interesse público exercida pelo advogado, ainda que sob certas condições e limitações.

Eugenio (2012) acredita que o advogado tenha um papel fundamental na relação humanitária e seu trabalho busca facilitar o trabalho do juiz e aplicar a justiça de modo eficaz, sendo ele que faz a intermediação do cidadão com o Estado-Juiz permitindo assim que direitos sejam garantidos conforme se declara em lei. Seu papel é de conduzir a igualdade social, o próprio bem-estar de todos, e esse papel vai além dos ofícios de sua profissão. No ato de desenvolver tal papel ele usa seu conhecimento profissional e social e luta pela aplicação da justiça. Dessa forma, a função social do advogado está exclusivamente focada na sociedade, visando sempre o bem-estar da coletividade, e jamais desvia o seu foco na busca de uma sociedade justa e igualitária enfrentando problemas diversos, mas buscando a solução dos problemas.

A Deontologia serve de base para estabelecer a Ética do Magistrado cujo dever fundamental é o de exercer a jurisdição, que lhe foi confiada no momento da investidura no cargo. Todos os outros deveres que a lei impõe ao juiz constituem, em última análise, meios para que seja cumprido esse dever. Outro dever fundamental do juiz, só não mais importante do que o primeiro, é o de conhecer o direito. As regras relativas à profissão de juiz, no Brasil, encontram-se na Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), e espalhadas também em outros diplomas legais.

Na mesma linha, prescreve que a ética do promotor de Justiça e dos demais membros do Ministério Público, está no pleno desenvolvimento de suas funções e a fiel observância da Constituição Federal e das leis. No nosso país, a ética do promotor de justiça, é regulada principalmente pelo Código Nacional de Ética do Ministério Público, contemplado na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LEI Nº 8.625, DE 12/ 02/1993), que em seu Art. 43, descreve os principais deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

No caso da advocacia, a deontologia também estabelece a ética do advogado e começa por invocar duas espécies de requisitos que o indivíduo deve preencher para exercer a profissão de advogado: os legais e os pessoais. Os requisitos legais para o exercício da advocacia, são os decorrentes da lei, diploma de graduação em Direito, inscrição na OAB etc. Estes requisitos conferem ao profissional, capacidade técnica e legal para o exercício da profissão. No que tange aos requisitos pessoais, estes não estão previstos em leis, e dizem respeito à personalidade do advogado, aos seus atributos morais, éticos e intelectuais. Nesse caso, será ético para exercer a profissão, o profissional que busque desenvolver cultura geral e que tenha gosto pelo seu trabalho e amor à profissão, (APPLETON, 1928, apud LANGARO, 1996, p. 44).

No Brasil, a disciplina legal da profissão de advogado encontra-se na Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - EAOAB) e no Código de Ética e Disciplina, editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Outras leis, como o Código de Processo Civil, trazem algumas disposições a respeito de como ser ético profissionalmente falando.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, os quais se traduzem nos seguintes mandamentos:

Lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que o ordenamento jurídico seja interpretado com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum;

Ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais;

Proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício;

Empenhar-se na defesa das causas confiadas à sua responsabilidade profissional, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses;

Comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo fervor humildes e poderosos;

Exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve a finalidade social do seu trabalho;

Aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal;

Agir, em suma, com a dignidade e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe.

Inspirado nesses postulados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 33 e 54, V, da Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, aprova e edita este Código, exortando os advogados brasileiros à sua fiel observância.

2.3 Ética, moral e o direito

A época atual traz à tona o termo ética, segundo diferentes acepções, e a partir de conceitos que nem sempre se alinham na mesma direção. Muitos livros sobre a história da ética apresentam diferentes conceitos e em alguns deles existem explicações mais ou menos detalhadas, incluindo a relação com o conceito de moral e mostrando uma visão panorâmica da histórica da ética. Lins (2013) traz uma frase conhecida de Hipócrates que afirma que “a ética visa sempre eliminar o sofrimento, seja chamado doença, no organismo ou injustiça, na comunidade humana”, de forma que a visão de ética se associa a uma ação de cura. Tal metáfora insere que a ética não é algo de vivência privativa, mas uma prática social que visa a soluções também sociais, de forma que a ideia de ética não se aprisiona a um conceito, mas aparece em sua finalidade, sendo especificamente social

embora mostre a ação de cada pessoa no que diz respeito a lutar contra a injustiça.

Figueiredo (2008) explica que Aristóteles (384-322 a.C) considerava o homem como um animal político, o que remete à sua natureza social. Em seu livro *Ética a Nicômaco*, o autor cita que a ética nos ensina a viver, e que ela para ser vivida é práxis e não, propriamente, *theoria* ou *póesis*. Disso, pode-se deduzir que a ética se instala em solo moral, visto que ela se depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral. Daí pode-se definir ética ou filosofia da moral como a parte da filosofia que se ocupa com a reflexão a respeito dos fundamentos da vida moral.

Por sua vez, Nosella (2008) considera que o termo ética está associado ao termo moral, onde surge a dúvida de que os mesmos sejam sinônimos. No entanto, isso não acontece, pois etimologicamente, embora tanto a língua grega como a latina utilizem os dois termos, *éthos* se inscreve particularmente na cultura da Grécia clássica, e o termo *mos-moris* inscreve-se na cultura romano-latina. A civilização latina herda o conceito de ética do debate filosófico da Grécia clássica e preserva o sentido de reflexão teórica. Dessa forma, o termo ética significa, em primeiro lugar, o ramo da filosofia que fundamenta de forma científica e teórica a discussão sobre valores, opções (liberdade), consciência, responsabilidade, conceitos de bem e de mal, de bom e de ruim, dentre outros, enquanto o termo *mos-moris* (moral) refere-se aos hábitos, costumes, modo ou maneira de viver. Dessa maneira qualifica-se um certo hábito ou costume de virtuoso ou vicioso e um certo modo de agir ou viver de moral ou imoral. No entanto, o termo ética, por remeter a fundamentação filosófica da própria moral, não se qualifica.

Lins (2013) acredita que a iniciação aos elementos da ética é feita na família, e que posteriormente o indivíduo ao ingressar no sistema educacional começa o seu processo de construção ética. No entanto, antes de se observar a presença da ética na sociedade, como um conjunto de práticas virtuosas, é possível descobrir que estas começaram a ser apreendidas na vida familiar. Nesse raciocínio, uma pessoa sozinha não realiza a ética, nem a moral acontece na vida isolada de alguém, pelo contrário, qualquer que sejam os conceitos que se tenha de ética e/ou de

moral, somente nos relacionamentos humanos eles podem ser observados. Assim, é a partir do relacionamento das pessoas dentro da sociedade e nas decisões esperadas para esses momentos que aparecem a ética e a moral, pois estas são o fundamento básico da vida em comunidade.

Trazendo a concepção de ética e de moral para o campo do direito, Weber (2015) considera haver uma controvertida relação entre ética, direito e moral e que esta relação é objeto de intenso debate entre autores. Para o autor, a distinção entre regras e princípios é comum a eles e indica uma fundamentação moral do jurídico e do político. A justificação pública de leis e princípios, considera o critério da reciprocidade e o da universalidade. Partindo da distinção kantiana entre leis éticas e leis jurídicas a partir das leis morais, considerando-se os “contextos de justiça” de Forst e o debate entre liberais e comunitaristas, pode-se estabelecer uma relação entre os três níveis que envolvem uma teoria da justiça.

Melo (2012) explica que Forst estabeleceu quatro contextos de reconhecimento recíproco – como pessoa ética, pessoa do direito, cidadão com plenos direitos, pessoa moral – e esses correspondem a diferentes modos de justificação normativa de valores e de normas em diferentes comunidades de justificação. Tal divisão anterior faz com que as pessoas se situem em determinados contextos (ético, jurídico, político e moral), e ao se defrontar com possíveis conflitos normativos, as pessoas lidam com questões práticas que precisam ser respondidas com boas razões e onde se exigem justificações determinadas. Ou seja, ainda que os conflitos normativos sempre devam ser resolvidos por pessoas situadas no interior de contextos intersubjetivos é preciso diferenciá-los e entender que as questões práticas surgidas exigem respostas justificadas de formas diferentes.

Weber (2015) também se referindo a Forst considera que os níveis jurídico e político de modo geral coincidem, uma vez que as leis jurídicas têm sua vigência em determinada comunidade política. Dos diferentes conceitos de pessoa resultam diferentes conceitos de justiça, no entanto eles não se excluem. Trata-se da mesma pessoa enquanto faz parte de uma comunidade ética, de uma comunidade jurídica, de uma comunidade política ou de uma comunidade dos seres humanos (a comunidade moral).

As regras jurídicas podem não coincidir com os valores éticos, pois estes não exigem uma justificação pública e podem não ser universais. Nesse sentido temos a neutralidade ética do Direito. Mas os valores éticos precisam de proteção de leis jurídicas, na medida em que caracterizam a identidade das pessoas. O jurídico protege o ético e assim deve permanecer.

As leis éticas não têm a mesma pretensão das leis morais. Diferem nos níveis de abrangência: as leis morais valem para todas as diferentes comunidades éticas e jurídicas. As leis jurídicas, por sua vez, valem para as diferentes comunidades éticas que compõem a comunidade jurídica. Violar um direito humano é violar, acima de tudo, um direito de um ser humano enquanto tal, independente de seus valores éticos e seu status jurídico. Um valor ético pode não ter, e via de regra não tem, a pretensão de passar pelo teste da universalização, pois se refere a uma identidade individual e a uma determinada concepção de vida. A condição de pessoa de direitos se refere a proteção de sua identidade ética. O fato de serem portadores de direitos subjetivos faz com que todas as pessoas se encontrem em uma mesma base comum, sejam quais forem as suas convicções éticas (WEBER, 2015).

Beçak (2007) observou que a preocupação com a delimitação do campo da ética-moral e do direito e suas interações, vem por praticamente toda a história. Dessa forma, se para Aristóteles a questão era de certa forma clara, na medida em que a ética dizia respeito ao cumprimento da virtude, do que é reto, o direito ia pelo caminho do cumprimento da norma, ocupando campos muitas vezes excludentes, outras vezes não. Dimoulis (2003) apud Beçak (2007) acredita que existem cinco teses sobre esta relação, sendo elas:

- a) Os mandamentos jurídicos e morais coincidem (tese da identidade);
- b) As regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais (o direito como mínimo ético);
- c) As regras morais constituem o núcleo do direito que compreende muitas normas moralmente indiferentes (a moral como mínimo jurídico);

- d) As regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o direito sem considerar a moral (tese da conexão);
- e) Entre ambos os ordenamentos, há plena e absoluta separação (tese da separação).

Zanon Junior (2014) acredita que ética, moral e direito são esferas que estão intrinsecamente interligadas, numa confluência inseparável, não só pela gradação histórica de passagem de uma para outra, mas também pelas características complementares entre si. A moral reflete a pauta valorativa de cada pessoa, que serve de critério de julgamento, visto que o intérprete não tem como blindar suas operações mentais em relação aos próprios preconceitos que emprega como base deliberativa. A ética, de outro lado, representa os valores sociais dentro de determinado grupo cuja importância é determinante para estabelecer as políticas públicas que serão implementadas, pois estas refletem as opiniões axiológicas compartilhadas em sociedade. A eticidade pode vigorar em uma corporação, em uma cidade, e mesmo em um país inteiro e isso fará a diferença principalmente em termos de não corrupção. E, por fim, o direito representa o instituto imprescindível para orientar as decisões em sociedade, pois irá consubstanciar a fixação segura das políticas públicas que serão promovidas bem como dos padrões axiológicos que irão prevalecer em determinada comunidade, que geralmente são unificados por meio dos textos legislativos.

2.4 A dogmática jurídica e a abertura cognitiva: a práxis social que se revela complexa

Dogmática jurídica é a parte da ciência jurídica que expõe e classifica os princípios que serviram de fonte do Direito positivo. Assim, o dogmatismo é a tendência de um indivíduo, de afirmar ou crer em algo como verdadeiro e indiscutível, é um termo muito utilizado pela religião e pela filosofia. O dogmatismo ocorre quando uma pessoa considera uma verdade absoluta e indiscutível, o que é muito debatido nas religiões e no campo prático do direito, uma vez que compreendendo o dinamismo da sociedade, não se deve mais se colocar antolhado e se apegar a verdade

outrora justificável, pela visão simplista de mundo, hoje, não mais aconselhável pela própria dinâmica que a vida impõe a todos.

A Dogmática Jurídica é o estudo científico das normas e regras já postas ou vigentes. É o estudo sistemático do Direito Positivo e aborda os problemas da aplicação Jurídica. Para Miguel Reale (2001), é o "estudo sistemático das normas, ordenando-as segundo princípios e tendo em vista a sua aplicação".

Analisar o problema da dogmática jurídica pressupõe a necessidade de considerar, que só vale a pena insistir no tema de seu estudo e caracterização porque a partir daí, é possível sublinhar que se trata de um saber que tem, sobretudo, uma finalidade prática, destinado a dirigir e corrigir o funcionamento do sistema jurídico no momento da aplicação, da interpretação e da produção do direito. Por outro lado, é necessário saber que colocar a dogmática numa trincheira e entendê-la exclusivamente como dogmática da "ciência do direito" representa sempre o risco de oferecer uma visão excessivamente reducionista do fenômeno jurídico ou como diz Rose, 2000 *apud* FERNANDEZ, Atahualpa, 2010.

(...) no que se refere a sua finalidade prática, o problema principal consiste em responder à questão de se a dogmática exerce um papel significativo nas decisões dos tribunais de justiça (controlando possíveis fontes de arbitrariedade e irracionalidade) ou se, pelo contrário, tal como denunciam alguns críticos, representa uma atividade estéril para a prática jurisdicional. A melhor resposta a essa pergunta parece dar a impressão de que a imensa maioria dos trabalhos de dogmática que se levam a cabo na atualidade adoece de uma espécie de aliança ímpia tácita entre a verborreia relativista pós-moderna e pós-estruturalista, anticientífica e anti-racionalista, e uma retórica autocomplacente, pretendidamente muito "científica", dominada, sobretudo, por um positivismo e/ou jus naturalismo substancial ontológico e pela teoria da eleição racional: enquanto

os pós-modernos fogem da realidade social, científica e política com delirantes imposturas, os outros, os "científicos", os "filósofos do direito" e os "teóricos da hermenêutica" fogem da realidade social e científica construindo triviais pseudomodelos teóricos que não passam, com frequência, de grotescas paródias argumentativas sem qualquer escrutínio empírico minimamente sério, senão carentes da menor autoconsciência respeito da realidade biológica que nos constitui, dos problemas filosóficos e neuropsicológicos profundos que implica qualquer teoria da ação intencional humana, e em particular, de uma "teoria da racionalidade" compatível com um modelo darwiniano sensato sobre a natureza humana Rose, 2000 *apud* FERNANDEZ, Atahualpa, 2010.

A crise da atualidade de legitimação que a nossa sociedade atravessa, não está cimentada apenas nestes aspectos da dogmática jurídica, mas também na incapacidade do nosso sistema ser reflexivo frente a resolução das demandas sociais emergentes, e diante disto, necessário se faz repensar o sistema educacional do Direito em nosso país, que nos tempos passados, incontestavelmente contou com ilustres representantes conhecidos interno e externamente como Rui Barbosa, Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda e mais recentemente Miguel Realle, dentre outros cujas suas teses têm até hoje uma forte influência nos países que adotam o denominado *Civil Law* [sistema romano-germânico], ou como assevera Salas, (2007).

De fato, a dogmática (e a metodologia) contemporânea do direito se parece – para utilizar uma expressão forte, mas gráfica – a um cemitério de ideias mortas. Ali crescem, se reproduzem e morrem a diário distintas e muito heterogêneas concepções sobre o que é, sobre o que deveria ser e sobre como aplicar o direito. Cada uma das correntes, cada um dos autores, defende seu próprio conceito de interpretação e aplicação do direito, de argumentação jurídica, de racionalidade, de justiça... E surgem assim

as Escolas, com seus discípulos e mestres (e não poucas vezes com seus lacaios e mentores). Não sem razão já se disse – com ironia – que a disciplina jurídica é um templo com sacerdotes e Bíblias muito distintas e com credos contraditórios. É neste templo, donde os sacerdotes formulam suas teorias propondo fórmulas e técnicas, critérios e receitas para fazer do direito uma disciplina mais justa e racional. Dentro destas propostas existe, por certo, uma grande variedade de opiniões, encontrando-se desde aqueles que postulam incondicionalmente a racionalidade dos discursos jurídicos, até aqueles que renegam de tal possibilidade restringindo-se mais bem às doutrinas do escepticismo e do desencanto Salas,2007 apud FERNANDEZ, Atahualpa, 2010.

É nessa paisagem teoricamente ambígua, hermeticamente fechada e cognitivamente hostil à práxis por parte da dogmática jurídica, que os juristas fiéis à “pureza do direito” parecem estar sempre imunes a toda argumentação que não se ajuste ao seu dogmatismo e quase místico sistema de crenças. Um tipo de resistência construída durante anos de condicionamento e cujo resultado é a incapacidade de ver também o que não estão acostumados a ver ou que não têm de antemão na cabeça, isto é, de recordar, insistir e notar somente os fatos que confirmam suas respectivas crenças e olvidar aqueles que as desafiam.

Como consequência de tudo isso, os escritos de dogmática, longe de ser um fator de humanização e de adequada dinamização da cultura jurídica, contribuem a manter as coisas como estão. Para dizê-lo brevemente, a dogmática jurídica não somente persiste em oscilar entre um pós-modernismo “sem sentido” e/ou um acusado formalismo que se corresponde com uma fase já periclitada da cultura jurídica, senão que também persevera em formular construções doutrinárias cuja principal característica e “utilidade” é a de servir como mero mecanismo de legitimação posterior à decisão. Limita-se a outorgar às decisões dos juízes um aspecto de “cientificidade”, de “racionalidade”, de “objetividade” e valor

epistemológico que do contrário, se supõe, não teriam. Assim é que Rüdiger Lautmann, 1972, *apud* FERNANDEZ, Atahualpa, 2010, se referindo à outorgação dogmática das sentenças dos juízes, diz que “As citações literárias nos escritos das sentenças cumprem essencialmente, uma função de persuasão; ditas citações buscam outorgar à sentença a aparência de correção e de dignidade científica”.

Rüthers, 1999, *apud* FERNANDEZ, Atahualpa, 2010, fala, por sua parte, de uma “função de oferta” da dogmática, pondo em evidência *como* o uso de uma determinada construção depende de se esta lhe serve a alguém para justificar “racionalmente” sua decisão (ainda que seja arbitrária e completamente irracional). Parafraseando a Erich Kaufmann se poderia dizer, com uma frase certamente forte, que “*la dogmática es la 'prostituta' del derecho*”. Presta seus serviços àquele que a necessite para satisfazer suas pretensões pseudocientíficas. Se vende impudicamente ao melhor pagador. Entrega-se nos braços de quem (por vaidade ou por dinheiro) lhe faz propaganda a seu «saber». A dogmática se encarrega, pois, de outorgar aos juízes, seja nos casos fáceis ou nos casos difíceis e controvertidos, um catálogo de argumentos e opiniões de distinta ordem, para que escolham a que melhor lhes pareça e fundamentem dessa forma a decisão que desejam tomar.

Desse modo, fica evidente um contrassenso quando se quer atribuir à dogmática um papel essencial na vida jurídica acreditando e querendo fazer acreditar que cabe a ela tornar possível a determinação de limites e a definição de conceitos, além de uma aplicação segura e calculável do direito, subtraindo-lhe a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação. Pensar e socializar assim, é fake news, é um argumento tremendamente enganoso e falaz, porque, reduzir o funcionamento, a ordem, a aplicação “segura, racional e calculável” das normas jurídicas ao atual papel desempenhado pela dogmática, é atribuir a esta, faculdades de decisão e influência que na prática não tem e nem terá jamais, pelo simples fato de não representar a realidade, mas tão somente suas crenças pautadas em visão reducionista de sociedade jurídica. É predicar, sem mais, uma inocente “concepção missioneira” do “que fazer” jurídico. “A dogmática constitui, como muito, algo assim como uma “partitura” (muito trágica, por certo) que pode orientar, em maior ou menor medida, a execução da ‘peça musical’.

Mas jamais há que esquecer que a qualidade dessa peça depende, finalmente, dos músicos e não do papel” FERNANDEZ, Atahualpa, 2010.

O interessante é que surge um certo consenso crítico clamando por uma mudança de paradigma, explicitando que o atual modelo da dogmática jurídica já não atende mais às atuais exigências de justiça e bom senso provocados pelo crescente “pluralismo jurídico” do direito. Isso significa que o atual modelo dogmático, a despeito das garantias processuais, não parece dispor de mecanismos aptos para resolver o problema de como responder a pergunta central da interpretação jurídica: a de como deve proceder o sujeito-intérprete (no caso, os magistrados) frente à nova ordem social, efervescendo novas demandas para que os frutos de sua interpretação/aplicação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstantes razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade social, ou, ao menos, para que não possam reputar-se intolerantemente subjetivos e caprichosos, o qual, em direito, se assemelha a uma perigosíssima arbitrariedade que põe em questão nossa própria segurança enquanto cidadãos e a segurança jurídica, pilar basilar quando se vive sob o império da lei.

E uma vez que os operadores jurídicos ainda procedem em relação a este problema de uma forma um tanto quanto arbitrária e inusitada, em que entre o atual modelo dogmático e as exigências de uma justiça razoável, satisfatória e racionalmente aceitável ainda medeia um abismo que nem sequer os gurus da hermenêutica e da argumentação jurídica parecem capazes de superar, o que trataremos de fazer a seguir é fornecer algumas ideias em torno à utilidade do trabalho dogmático, não já como uma atividade puramente teórico-cognitiva, senão como uma práxis social, e cujo valor deve ser avaliado pelo grau com que suas formulações podem ser postas em prática, em que cabe efetuar por meio delas mudanças para o bem de uma comunidade ética de indivíduos em constante processo de construção.

Nesse sentido, necessário se faz admitir que o primeiro passo para este tipo de discussão gira em torno da pergunta sobre o que é a dogmática jurídica e qual é (ou deveria ser) sua função jurídica. O que se sabe a priori, é que qualquer disciplina representa não só um conjunto de

postulados lógicos unidos mais ou menos no interior de um sistema, mas também, um conjunto de atividades de algumas pessoas; quer dizer, uma maneira de vida, cujo substrato básico está baseado, irredutivelmente, por experiências vitais, prejuízos, interesses, convicções, crenças e preferências dos membros que fazem parte do grupo.

Quando definimos a dogmática como uma maneira de vida não nos referimos, por certo, ao que realizam os operadores do direito em sua esfera pessoal ou íntima, senão no que eles fazem enquanto membros de uma comunidade ética e jurídica. Isto tem que ver com métodos de trabalho, formas de aplicação do direito, controle intersubjetivo de seus discursos jurídicos. O fato de compreender que a dogmática é também uma atividade prática ajuda a incorrer em menos erros e ingenuidades e a entender a atividade interpretativa como uma atividade humana e não mecânica, dinâmica e não estática, vital e não morta.

Assim, nos damos conta de que os aspectos que conformam o direito, suas possibilidades de desenvolvimento, sua estrutura interna, etc., não apresentam só a forma ascética e imaculada que revelam os discursos jurídicos dominantes, senão que em sua formação, em sua gênese, em sua estrutura, em sua produção e reprodução, jaz sempre uma luta de interesses, de crenças, desejos, etc., quer dizer, de fatores não-lógicos e irracionais, em uma incessante dialética do câmbio. Tudo isso conforma a natureza oculta da dogmática jurídica, a qual não existe como entidade ontologicamente neutral, senão que sempre permanece sujeita às mais diversas ideologias e visões de mundo particulares e imperantes em um determinado momento e contexto histórico-social.

Portanto, é necessário reinventar e resignificar a dogmática e a metodologia jurídica, uma vez que tomar essa decisão além de ser a melhor alternativa para refinar nossos juízos ético-jurídicos e estabelecer novos padrões e critérios metodológicos sobre cimentos mais realistas, firmes e consistentes, e por assim dizer dentro do contexto social, mas que também permitirá uma maior contribuição para o desenho e a elaboração de decisões mais justas e dentro de uma segurança jurídica, do que a ilusão sobre a racionalidade ou as “emoções ideais” que gostaríamos que

motivassem o comportamento humano no que se refere à atividade interpretativa.

Assim sendo, desconhecer e desconsiderar essas condições da tarefa interpretativa, cuja observação resulta simplesmente na realidade da prática jurisdicional, enfraquece a confiança da dogmática não somente no Direito, mas também no conjunto do Estado de Direito, portanto na vida das pessoas que sempre esperam mais em termos de segurança jurídica e da própria democracia como forma de governo adotada em nosso território.

2.5 Considerações finais

As considerações finais aqui introduzidas, não pretendem em nenhuma hipótese, concluir definitivamente qualquer silogismo entre ética e direito, no entanto, via de regra, há que se pensar no direito e na sua prática, sempre permeado pela ética. Por outro lado, ao sujeito ético, cabe entender o direito como norma positivada, diante da qual, para continuar sendo ético, deve observar seus preceitos. Assim, vislumbra-se que direito e ética devem estar juntos na medida em que o direito sendo norma, estabelecerá segurança jurídica quanto mais éticos forem os sujeitos sociais. A ética enquanto ciência, fará com que os indivíduos vivenciem os deveres de ordem pública, o direito por sua vez, indicará o caminho do ponto de vista da lei. E, acredita-se será assim, a ética estabelecendo as regras da convivência social pautadas no respeito ao outro e a si mesmo, enquanto o direito vai interpretando essa convivência e dela retirando para seu bojo, as práticas que condizem com os preceitos legais, para se for o caso, normatizar, positivar esse ou aquele comportamento do ser em sociedade. Desse modo, espera-se que o profissional e operador do Direito, aja sempre com base em preceitos éticos e que pautar sua vida pessoal de maneira coerente com o agir profissional, o que por certo, ajudará de maneira direta na construção de uma sociedade cada vez mais democrática. Por outro lado, caso o operador do Direito não observe essas nuances entre ética e Direito e ouse ficar desprovido do dever ético em sua labuta diária, estará relegando seu compromisso social de cuidar de si e do outro, mas também estará entrando em conflito com os preceitos de sua profissão e com o código ao qual deve zelo e observância. Se agir assim, ou seja, sem

observar o código de ética do advogado, estará sujeito a sofrer sanções e até punições disciplinares.

Portanto, a todos, cabe ser eticamente correto na sociedade, respeitando os bons costumes e agindo de forma a preservar o equilíbrio social. Ao advogado, cabe ser antes de tudo ético, usar a moral para praticar seus atos e respeitar o direito como meio de promover a justiça social em nossa sociedade.

Referências

BRETAS, H. R. Ética, um compromisso social e profissional do advogado: advocacia “pro bono” e seus limites éticos. Disponível em: < <http://domtotal.com/direito/uploads/pdf/688bd5dee30b4c070247d1af49ade969.pdf> > Acesso em 18 Ago. 2018.

CARVALHO, Eliana Alves de; BRITO, Edson de Sousa. *Da ética no exercício da advocacia*. **Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1113**. Disponível em: < <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2858/da-etica-exercicio-advocacia> > Acesso em: 19 ago. 2018.

CHAUÍ, M. **Convite a Filosofia**. São Paulo: Ática, 2012.

FIGUEIREDO, L. T. **Ética Profissional**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

LA TAILLE, Y. Moral e ética: uma leitura psicológica. **Psicologia: teoria e pesquisa**. V. 26, pp 105-114, 2010.

MONTEIRO, T. A. **Advocacia pro Bono à luz da ética**. Disponível em: < <https://thicidireito.jusbrasil.com.br/artigos/296276676/advocacia-pro-bono-a-luz-da-etica> > Acesso em 18 Ago. 2018.

NALINI, J. R. **Ética Geral e Profissional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VILLAS BOAS, R. V.; SVOBODA, A. C. **Pequenas reflexões sobre o código de ética do profissional do direito, a conduta dos advogados e a justiça, na contemporaneidade.** Disponível em: < <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-regina-anna.pdf> > Acesso em 18 Ago 2018.

MARQUES, Luiz Guilherme. *Deontologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora AMC **Guedes**, 2016.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ BISNETO, Atahualpa. Dogmática jurídica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7614>. Acessado em 22 Agos. 2018.

Pereira MG. Estrutura do artigo científico: Epidemiologia e Serviços de Saúde. Brasília, 2012; 21(2) – 352.

Pereira MG. Artigos científicos: como redigir, publicar e avaliar. Rio de Janeiro: Editora Guanabara-Koogan, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. _

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 19 ed. – São Paulo: Cortez, 1993.

NOTA:

[1] Pós-doutoranda em Filosofia pela Universidade de Évora. PT, e-mail: zelia.ramos@hotmail.com

ESTUDO SOBRE AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS NA LEI DO AGROTÓXICO: UM OLHAR SOBRE A SAÚDE E O MEIO AMBIENTE

EGÍDIA CIPRIANO DE SOUSA:

Graduanda em Direito da Faculdade Serra do Carmo. FASEC.

LILIANE DE MOURA BORGES^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Encontra-se pronto para pauta de votação em plenário na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6299/2002, que propõe alterações nos artigos 3º e 9º da Lei Nº 7.802 de 11 de julho de 1989 -a Lei dos Agrotóxicos, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, além de outras providências. O objetivo deste trabalho é analisar os pontos nevrálgicos da regulamentação do uso de agrotóxico presente no projeto de lei, com intuito de alertar para os riscos à saúde humana e ao meio ambiente.

Palavras-chave: agrotóxicos, saúde, meio-ambiente.

ABSTRACT: Draft Bill 6299/2002, which proposes amendments to Articles 3 and 9 of Law No. 7,802 of July 11, 1989 - the Agrochemicals Act, which provides for the research, testing, production, packaging and labeling, transport, storage, marketing, commercial advertising, use, import, export, final destination of waste and packaging, registration, classification, control, inspection and inspection of pesticides, their components and the alike, and other measures. The objective of this work is to analyze the neuralgic points of the regulation of the use of pesticides present in the proposal of the bill, in order to alert to the risks to human health and the environment.

Keywords: pesticides, health, environment.

INTRODUÇÃO

O modelo econômico brasileiro é majoritariamente comandado pela produção agrícola, dando origem a um constante conflito entre as práticas

que fazem uso de agrotóxicos, incentivadas pelos benefícios na produção, e o direito fundamental a saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que a utilização dos agrotóxicos potencializa a geração de impactos ambientais nas práticas agrícolas (Castor, 2016). Através da Lei 7.802 de 1989, o Brasil procurou regular e prover obstáculos legais ao uso indiscriminado de agrotóxicos. A legislação dá providências desde a pesquisa e experimentação até a inspeção e fiscalização de agrotóxicos e seus componentes. A partir de então, a legislação brasileira tem evoluído a fim de aprimorar a regulação no uso de agrotóxicos no país. Em 2002, o decreto n. 4.074, introduziu modificações na Lei de Agrotóxicos no Brasil com o objetivo de regular melhor o registro e uso desses produtos (Pelaez; Terra e Silva, 2010). Todavia, tramita no Congresso Nacional, entre outros, o Projeto de Lei (PL) nº 6299 apresentado em 13/02/2002 pelo então, senador Blairo Maggi (atual Ministro da Agricultura) que propõe alterações na Lei Nº 7.802/89. A questão do uso de agrotóxico se tornou ainda mais preocupante quando em 2008 foi divulgado que o Brasil havia se tornado o líder do *ranking mundial* de consumo de agrotóxico.

O objetivo deste trabalho é analisar o texto desse Projeto de Lei, e comparar aos itens da lei que sofrerão alteração. Além disso, verificar os possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente caso sejam aprovadas tais alterações. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa e método dedutivo. A pesquisa bibliográfica foi margeada pela identificação de alguns descritores importantes: agrotóxicos, lei, saúde, meio-ambiente. Foi realizada uma busca sistemática de cada descritor nos principais bancos de dados científicos: a *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), o Google Acadêmico e o Portal de Periódicos da CAPES; selecionando teses, dissertações e artigos científicos, publicados a partir de 2000.

O texto foi dividido em quatro eixos de destaque: no primeiro se procura demonstrar o percurso histórico sobre o uso de agrotóxico no Brasil; no segundo se elabora um traçado sobre a legislação brasileira de uso de agrotóxico e, procurou-se demonstrar os itens de maior discussão e que demonstram retrocesso quanto às conquistas legislativas, no terceiro e quarto os possíveis riscos que tais alterações podem promover quanto à saúde e ao meio ambiente, respectivamente, e por fim, as considerações

finais que trazem uma reflexão sobre a possibilidade de desregulamentação da legislação brasileira sobre o uso do agrotóxico, as consequências danosas à saúde humana e ao meio ambiente e o prejuízo ao consumidor caso seja aprovado o “Pacote do Veneno”.

1 PERCURSO HISTÓRICO DA UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICO NO BRASIL

A partir da década de 1940 surge a chamada Revolução Verde, modelo que sustentava o uso intensivo de agrotóxicos e fertilizantes na agricultura, e que foi responsável por significativas mudanças no cenário agrícola dos países desenvolvidos. Essa revolução foi também fortemente marcada pelos inovadores processos de mecanização rural e técnicas de irrigação. As inovações que surgiram em decorrência da Revolução Verde melhoraram as condições de garantia da produção agrícola, elevando a produção e diminuindo as margens de risco (Pinotti e Santos, 2013).

Os anos 50, foram importante marco para o avanço mundial na utilização dos agrotóxicos. Com o fim da guerra, as indústrias bélicas e químicas, principalmente, dos Estados Unidos e da Europa voltaram sua produção para os defensivos agrícolas e maquinários de grande porte como tratores e colheitadeiras (Andrades e Ganimi, 2007).

A Revolução Verde chegou ao Brasil na década de 60, durante o período em que o país era regido pelo governo militar. Por conta das características essencialmente agrícolas do país o modelo, vastamente difundido na América do Norte e Europa, impactou fortemente a economia e proporcionou a ampliação da produção de alimentos (Castor, 2016).

Mas foi no transcorrer dos anos de 1970 que o governo brasileiro tomou medidas com objetivo de modernizar a política agrícola no país por meio da adoção da monocultura e do uso intensivo de agrotóxicos. A fim de que a nova demanda fosse atendida isenções fiscais foram concedidas às indústrias químicas formuladoras de agrotóxicos no Brasil (Alves Filho, 2000).

O período de 1974 até os anos 1990 é marcado no Brasil pela busca da potencialização da produção nacional de agrotóxicos. Neste período são estabelecidos o Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), e o Plano Nacional de Defensivos Agrícolas (PNDA), principais responsáveis pela obtenção de recursos financeiros para a criação de empresas nacionais,

proporcionando ao setor acelerado crescimento. Dentre os fatores apontados como estimuladores da expansão no uso dos agrotóxicos neste período, no Brasil, estão: o número elevado de aplicações praticadas por agricultores desinformados; a deficiência do aparato institucional de controle dos produtos; e a expansão das áreas de monocultura (Alves Filho, 2000).

A falta de regulamentação rigorosa e de controle no uso de agrotóxicos no Brasil facilitou a sua disseminação, e ainda a utilização de diversas substâncias tóxicas, inclusive proibidas em outros países. As primeiras barreiras legais que iniciaram a regulamentação no uso dos defensivos no país surgem em 1989 mediante a aprovação da Lei 7.802, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências (Pelaez; Terra e Silva, 2010).

Da perspectiva da produção é importante citar as informações disponibilizadas por Bombardi (2017) nas quais a autora destaca que a agricultura brasileira na perspectiva de sua mundialização tem se consolidado por meio da ampliação de cultivos voltados a transformarem-se em *commodities* ou agrocombustíveis que demandam intensa utilização de agrotóxicos. Neste contexto é possível compreender a dinâmica da produção agrícola no Brasil, na qual se produz em maior escala preferencialmente aquilo que é exportado, produzindo em menor escala o que é utilizado para a alimentação da população, ou seja, menos lucrativo.

Assim está configurada a lógica da globalização do capital, de acordo com Oliveira, neste sentido, a agricultura tem um papel específico:

(...) a agricultura sob o capitalismo monopolista mundializado, passou a estruturar-se sobre três pilares: na produção de commodities, nas bolsas de mercadorias e de futuro e nos monopólios mundiais. Primeiro, visou transformar toda produção agropecuária, silvicultura e extrativista, em produção de mercadorias para o mercado mundial. Portanto, a produção de alimentos deixou de ser

questão estratégica nacional, e, passou a ser mercadoria a ser adquirida no mercado mundial onde quer que ela seja produzida (OLIVEIRA, 2012, p. 6)

Na lógica desta agricultura moderna, há que considerar a supressão de áreas destinadas à produção de alimentos para abastecer a população interna, a expulsão de camponeses de suas terras, bem como a perda de direitos trabalhistas, e não menos grave, a contaminação ambiental pelo uso de agrotóxico, além da intoxicação de trabalhadores rurais e pequenos produtores pelo uso contínuo de agrotóxicos, itens que serão discutidos adiante.

2 A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA E O USO DE AGROTÓXICOS

A aprovação da Lei Federal nº 7.802, de julho de 1989, e a seguir sua regulamentação pelo Decreto nº 98.816, publicado em janeiro de 1990, foi uma importante etapa vencida para a organização e força do processo de regulamentação dos agrotóxicos no Brasil, provendo amparo desde o ciclo de produção até a comercialização e uso. Essa Lei substituiu o Decreto Federal nº 24.114, o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal de abril de 1934, que regulava o tema com o auxílio de outras Portarias e Regulamentos Ministeriais. Todavia, essa regulamentação compunha um conjunto complexo e burocratizado (Alves Filho, 2000).

Os principais aspectos regulados pela nova legislação envolviam o estabelecimento de regras mais estruturadas e rigorosas para a concessão de registro aos agrotóxicos, prevendo o registro de novos agrotóxicos mediante a comprovação de que sua ação tóxica sobre o ser humano e o meio ambiente fosse igual ou menor do que a daqueles já registrados, para o mesmo fim; a proibição do registro; a venda apenas por receituário próprio, prescrito por profissionais legalmente habilitados; e até a possibilidade de cancelamento do registro por solicitação de entidades representativas da sociedade civil (Pelaez; Terra e Silva, 2010).

Apesar da evolução no rigor e estrutura da nova Lei, principalmente, quanto ao registro de agrotóxicos e produção, comercialização e uso, os órgãos fiscalizadores dos Ministérios responsáveis não foram munidos com recursos materiais, humanos e financeiros necessários para alcançar os objetivos esperados. Diante da grande extensão territorial brasileira e de

suas fronteiras terrestres, o registro e fiscalização das atividades envolvendo agrotóxicos ficou muito aquém do necessário. O avanço da fronteira agrícola seguiu em ritmo acelerado e a fiscalização dos agrotóxicos não conseguiu acompanhar seu crescimento, permitindo assim a sua utilização intensiva, e algumas vezes inadequada, na produção agrícola nacional (Kageyama, 1990).

Nos anos 2000 outros decretos foram sancionados afim de complementar o Decreto 98.816/90, abaixo apresenta-se uma síntese da evolução legislativa ambiental brasileira sobre a utilização de agrotóxicos.

- **Ano: 1989, Lei 7.802, Escopo:** Lei dos Agrotóxicos, dispôs sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins; e dá outras providências.
- **Ano: 1990, Decreto 98.816, Escopo:** Regulamentou a Lei 7.802/89, sendo posteriormente revogado pelo Decreto 98.816/1990.
- **Ano: 2000, Decreto 3.550, Escopo:** Deu nova redação aos dispositivos do Decreto 98.816/1990, sendo posteriormente revogado pelo Decreto 4.074/2002.
- **Ano: 2000, Decreto 3.964, Escopo:** Altera e inclui dispositivos ao Decreto nº 98.816/1990, sendo posteriormente revogado pelo Decreto 4.074/2002.

- **Ano: 2002, Decreto 3.828/2001, Escopo:** Altera e inclui dispositivos ao Decreto nº 98.816/1990, sendo posteriormente revogado pelo Decreto 4.074/2002.

Fonte: Adaptado de Marques, Braga Junior e Silva, 2016.

3 TENTATIVAS DE MUDANÇAS NA LEI DE AGROTÓXICOS

Em 2000 foi criado um grupo para elaborar novo decreto regulamentador da Lei 7.802, em substituição ao de n. 98.816/90, com

intuito de solucionar divergências que surgiram contrárias ao Brasil no Mercosul, por conta dos atrasos nacionais na harmonização dos registros necessários à livre circulação dos agrotóxicos no bloco. Uma das demandas principais eram sobre agilizar o sistema de registro. Assim, em 4 de janeiro de 2002, foi publicado o decreto n. 4.074, responsável por introduzir modificações no sistema de registro com a finalidade de adequar a legislação brasileira ao Mercosul e tornar mais ágil o processo de obtenção de registros. Das modificações presentes no decreto a mais significativa foi o estabelecimento do registro para agrotóxicos equivalentes, ou seja, o processo do registro pode ocorrer por meio da comparação de características físico-químicas de determinado produto já registrado com as do candidato à equivalência (Pelaez; Terra e Silva, 2010).

Apesar da preocupação e do esforço em produzir uma regulamentação abrangente a intoxicação por agrotóxicos tem aumentado no país. Segundo o Ministério da Saúde, quase 14 mil pessoas foram vítimas do uso indevido de pesticidas no ano passado. Para cada ocorrência notificada, outras 50 não são registradas, estima a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Em 2017, 13.982 pessoas passaram por situações parecidas, segundo levantamento do Ministério da Saúde. Quantidade ainda maior que os 12.261 casos relatados em 2016 — ano em que 492 pessoas morreram por intoxicação de agrotóxicos, segundo os dados mais recentes da pasta. Esses são apenas os casos que foram notificados. O número pode ser 50 vezes maior, pelas estimativas da Fiocruz^[2].

A toxicidade intrínseca dessas substâncias, oferecem grave risco à saúde e ao meio ambiente, em razão disso, exigem cuidado e atenção quanto ao aprimoramento do controle e da restrição ao uso de agrotóxicos. Assim, surgiu o PRONARA – Programa Nacional de Redução de Agrotóxicos – que visa a promoção e ampliação das ações que promovem o desenvolvimento rural sustentável.

A fragilidade e as arbitrariedades da utilização de agrotóxicos no país corroboram ainda mais com a necessidade de implementar políticas de melhorias para os órgãos de controle e fiscalização, contudo, percebe-se uma tendência legislativa contrária, como se depreende da análise das propostas de Projeto de Lei no Congresso Nacional tais como PL 3215/2000, PL 5852/2001, PL 6189/2005, PL 1176/2015 ,3200/2015 e o PL 6299/2002, que é objeto de estudo desse artigo.

O Projeto de Lei nº 6299 de 2002, propõe alterações em alguns artigos da Lei Nº 7.802/89, é de autoria de Blairo Maggi, atual Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Presidente da Amaggi, uma das empresas líderes do Agronegócio na América Latina. O Ministro é considerado um dos maiores produtores individuais de soja do mundo e seu PL foi apresentado em 13/03/2002, propondo alterar os artigos 3º e 9º da Lei 7.802 de 11/07/89. O PL teve como relator o Deputado Luiz Nishimori, cujo parecer foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 25/06/2018 e atualmente está aguardando para pauta no Plenário.^[3]

4 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES: SUBSTITUIÇÃO DA TERMINOLOGIA E

MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA ANVISA E DO IBAMA

A aprovação do PL flexibilizará ainda mais a comercialização, utilização, armazenamento, transporte, e outros mecanismos que a atual Lei de Agrotóxicos regula. Hoje, os registros de agrotóxicos são coordenados pelos Ministérios da Agricultura, da Saúde e do Meio Ambiente, cabendo ao Ministério da Agricultura avaliar o desempenho agrônomo do produto, ao Ministério da Saúde avaliar a toxicologia, e, por fim, ao Ministério do Meio Ambiente avaliar os impactos ambientais provenientes do uso. Entre as alterações que o PL propõe está a criação da Comissão Técnica Nacional de Fitossanitário, que teria a função de avaliar a liberação de agrotóxicos, sem a necessidade de passar pela análise dos três órgãos governamentais atualmente responsáveis: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), do Ministério do Meio Ambiente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ligada ao Ministério da Saúde e, por fim, o Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento (MAPA). Além disso, a limitação de atuação dos Estados na regulamentação dos agrotóxicos.

Segundo Friedrich, Souza e Carneiro (2018) a alteração do PL quanto a mudança das competências reguladoras desvaloriza o trabalho de monitoramento realizado pela ANVISA, e lhe impõe atuação secundária de monitoramento de resíduos, inclusive, nas redes atacadistas e varejistas, locais onde o escopo de atuação da agricultura não alcança. Além disso, o

PL prevê a centralização de competências de registro, normatização e reavaliação de agrotóxicos no MAPA, delegando a esse Ministério uma série de ações que são de competência estabelecida atualmente para os setores de saúde e de meio ambiente, uma vez que o uso de agrotóxicos afeta não somente a agricultura.

Para os defensores da mudança a legislação retarda a obtenção do registro dos produtos por conta das muitas análises, e diversas vezes os agricultores não dispõem desse tempo em suas plantações no combate a algumas doenças e pragas.

Além disso, a atual legislação se refere a todos os produtos, cuja atuação física, química, ou biológica, alterarem a composição da flora ou da fauna, inclusive desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento pelo nome de "agrotóxicos". A proposta do PL em seu art. 1º é substituir o termo "agrotóxico" por "defensivo fitossanitário e produtos de controle ambiental".

Os defensores da alteração alegam que o termo agrotóxico é depreciativo e que sua utilização se restringe ao Brasil. Já as entidades contrárias à mudança afirmam que o objetivo é aumentar a aceitação do uso dos agrotóxicos, por meio da utilização de um nome que causa menos impacto.

5 OUTRAS ALTERAÇÕES

5.1 Risco a saúde humana

Atualmente é proibido o registro de agrotóxicos que revelem características teratogênicas, carcinogênicas, mutagênicas, distúrbios hormonais, e danos ao aparelho reprodutor. O PL prevê proibição apenas em caso de registros de agrotóxicos com as características citadas em caso comprovados cientificamente com risco inaceitável.

Almeida *et al.* (2017) aponta em sua pesquisa as considerações que esclarecem a impossibilidade de se estabelecer um risco inaceitável, dentre elas inexistência de estudos sobre o efeito da exposição a múltiplas substâncias, e análise dos efeitos de todas as substâncias com ação mutagênica podem ocorrer na prole da população exposta.

Além disso, diversas entidades, como a ANVISA, apontam os prejuízos quanto a adoção dessa ideia, uma vez que uma parte considerável dos

produtos constituintes dos agrotóxicos não há definição de limiar de dose, logo o risco de seu uso é sempre inaceitável. Outra ressalva é o fato de todos os produtos proibidos pela Anvisa já são proibidos em diversos lugares do mundo.

Quem defende a aprovação aponta que os avanços das pesquisas e dos conhecimentos técnicos e científicos possibilitam maior segurança na utilização dos produtos e a restrição da margem de divergência nas interpretações quanto ao uso.

5.2 Regras e fiscalização

Na atual forma da lei, cada ente federativo tem sua contribuição na regulação do uso de agrotóxicos. Cabe a União criar e fiscalizar regras, podendo legislar sobre a produção, registro, comércio interestadual, exportação, importação, transporte, classificação e controle tecnológico e toxicológico, bem como controlar e fiscalizar os estabelecimentos de produção, importação e exportação, além de analisar os produtos agrotóxicos, seus componentes e afins, nacionais e importados.

Compete também aos estados criar leis e fiscalizar, podendo legislar sobre o uso, a produção, o consumo, o comércio e o armazenamento dos agrotóxicos, seus componentes e afins, bem como fiscalizar o uso, o consumo, o comércio, o armazenamento e o transporte interno. Os municípios, por sua vez, atuam de forma suplementar legislando sobre o uso e o armazenamento dos agrotóxicos, seus componentes e afins, uma vez que não haja determinação federal ou estadual sobre o assunto.

No tocante a este assunto o PL altera os poderes estaduais e municipais, minorando sua atuação, e centralizando o poder na União. Logo, os estados seriam impedidos de criar legislações próprias quanto a suas competências anteriores, e na inexistência de diretriz da União essas legislações estaduais teriam caráter suplementar.

Um das principais preocupações quando a essa alteração é a possibilidade de acontecer um aumento na comercialização de agrotóxicos ilegais e a exposição dos trabalhadores e da população a estes produtos, problemas atualmente combatidos pelas restrições e fiscalização estaduais.

5.3 Propaganda sobre agrotóxicos

Atualmente, em seu art. 8º a Lei de Agrotóxicos do Brasil determina que propaganda comercial de agrotóxicos, componentes e afins, em qualquer meio de comunicação, conterà, obrigatoriamente, clara advertência sobre os riscos do produto à saúde dos homens, animais e ao meio ambiente. Além disso, deve estimular os compradores e usuários a ler atentamente o rótulo e, se for o caso, o folheto, ou a pedir que alguém os leia para eles, se não souberem ler; e não deve conter nenhuma representação visual de práticas potencialmente perigosas, tais como a manipulação ou aplicação sem equipamento protetor, o uso em proximidade de alimentos ou em presença de crianças.

De acordo com o PL a previsão é de que não haja mais regra específica sobre propaganda, passando a valer a regra da Lei 9.294/1996, que determina que propaganda de defensivos agrícolas que contenham produtos de efeito tóxico, mediato ou imediato, para o ser humano, deverá restringir-se a programas e publicações dirigidas aos agricultores e pecuaristas, contendo completa explicação sobre a sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, sem prejuízo das normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde ou outro órgão do Sistema Único de Saúde.

5.4 Agrotóxicos genéricos e equivalentes

O Decreto 5.981/2006, passou a determinar um procedimento específico para registro de produtos técnicos equivalentes, afim de facilitar e agilizar o registro de produtos com composição equivalentes a outros já registrados no Brasil. O procedimento conta com a análise e liberação tripla dos órgãos reguladores dos Ministérios da Agricultura, Saúde e Meio Ambiente, atendendo os padrões de equivalência estabelecidos pela FAO (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação).

Com a mudança sugerida no PL a avaliação de registros de agrotóxicos genéricos e equivalentes fica exclusivamente à cargo do MAPA, mesmo que essa avaliação tenha que levar em consideração os impactos na saúde humana e no meio ambiente, e não apenas à eficácia agrônômica. Esse

cenário é possível por conta da retirada da autoridade do IBAMA e da ANVISA, e concessão de centralidade de decisão à CTNFito.

O Quadro 2 a seguir sintetiza os resultados encontrados nessa pesquisa apresentando a comparação entre as determinações da Lei 7.802/89 e do PL 6.299/02.

A seguir, uma síntese mostrando os resultados encontrados nessa pesquisa apresentando a comparação entre as determinações da Lei 7.802/89 e do PL 6.299/02.

· **MUDANÇA DO NOME AGROTÓXICO:**

ATUALMENTE: Refere-se como "agrotóxico" os produtos, cuja atuação física, química, ou biológica, altera a composição da flora ou da fauna.

PL 6299/02: Substitui o termo "agrotóxico" por "defensivo fitossanitário e produtos de controle ambiental".

· **Avaliações sobre novos agrotóxicos:**

ATUALMENTE: Tripla análise realizada pelo IBAMA, ANVISA e MAPA.

PL 6299/02: Criação do CTNFito, que passa a ter a responsabilidade pela aprovação dos novos agrotóxicos

· **Risco a saúde:**

ATUALMENTE: Avaliação do risco para fins de registro de agrotóxicos que revelem características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, que provoquem distúrbios hormonais ou danos ao aparelho reprodutor.

PL 6299/02: Proíbe o registro de produtos que apresentem risco inaceitável para os seres humanos ou para o meio ambiente.

· **Regras e fiscalização:**

ATUALMENTE: Cada ente federativo tem sua contribuição na regulação do uso de agrotóxicos.

PL 6299/02: Altera os poderes estaduais e municipais, minorando sua atuação, e centralizando o poder na União.

· **Propaganda de agrotóxicos:**

ATUALMENTE: Cada ente federativo tem sua contribuição na regulação do uso de agrotóxicos.

PL 6299/02: Proíbe o registro de produtos que apresentem risco inaceitável para os seres humanos ou para o meio ambiente.

Produtos Genéricos e Equivalentes

ATUALMENTE: Análise e liberação tripla do MAPA, ANVISA e IBAMA, atendendo os padrões de equivalência estabelecidos pela FAO.

PL 6299/02: A avaliação de registros de agrotóxicos genéricos e equivalentes fica exclusivamente à cargo do MAPA.

6 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

E O USO DE AGROTÓXICOS

Segundo Peterke (2009) os Direitos Humanos eram tratados como assuntos de Estado até a Segunda Guerra Mundial, quando as atrocidades nazistas contra os judeus despertaram na comunidade internacional a urgente necessidade de estender esses direitos para o âmbito internacional.

A Organização das Nações Unidas (ONU), fundada em 1945, publicou em 1948 um tratado constitutivo internacional que apresenta os princípios básicos dos Direitos Humanos Internacionais. Diante da pretendida perspectiva universal desses direitos Kälin e Künzli (2005, p. 28) os definem como “[...] a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos estipulados pelos instrumentos internacionais e regionais e pelo costume internacional”.

A medida que esses Direitos Humanos Internacionais evoluem, tornam-se mais abrangentes as esferas que procuram assegurar. Os chamados direitos de terceira geração, por exemplo, direito de natureza coletiva, essencialmente fundamentados na solidariedade entre os povos, procuram assegurar, entre outros, o direito ao desenvolvimento sustentável ou ao meio ambiente equilibrado (Peterke, 2009).

Na Legislação brasileira é possível notar a evidente relação entre os direitos fundamentais e o meio ambiente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 dispõe um capítulo específico para apresentar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito coletivo fundamental, e diretamente associado à qualidade de vida. Em seu artigo 225 a CRFB apresenta que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o

dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Lemes e Paiva, 2014).

Deste modo, todas atividades do país deveriam levar em conta a preservação do meio ambiente, inclusive as econômicas, entendendo que o equilíbrio do meio ambiente deveria ser compreendido como um dos objetivos e valores da própria atividade, garantindo a sua continuidade mediante a manutenção da dignidade humana. Contudo, a grande barreira encontrada para existência desse cenário ideal são os conflitos entre o direito fundamental ao desenvolvimento econômico e o próprio direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Deste modo, entende Castor (2016) que o modelo econômico brasileiro é, atualmente, sustentado pelo agronegócio, onde a utilização de agrotóxicos é fortemente incentivada com o objetivo de aumentar a produção e lucro. Essa realidade permeia o conflito entre as polarizadas práticas do agronegócio atual e as práticas agroecológicas, que propõe a utilização de técnicas de produção agrícola sem agrotóxicos.

Para Ferreira Júnior (2011) o equilíbrio entre as atuais práticas agrícolas, que envolvem a utilização intensiva de agrotóxicos, e a preservação do meio ambiente deve ser dinâmico, procurando mediar seus conflitos na constituição e objetivando garantir efetividade, eficácia e qualidade ao meio ambiente. Segundo Lemes e Paiva (2014) a utilização intensiva de agrotóxicos tem potencial de causar dano não apenas ao meio ambiente e à saúde humana, mas prejudica os recursos ambientais ultrapassando assim o próprio indivíduo, e impactando diretamente a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, para alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado diante da ordem econômica brasileira, é preciso desenvolver e aplicar instrumentos que prestigiem a adoção dos princípios do desenvolvimento sustentável e da responsabilização de danos, caso sejam atestados (Ferreira Júnior, 2011).

7 O DIREITO À SAÚDE E O USO DE AGROTÓXICOS

O direito à saúde é também um direito fundamental e presente na constituição brasileira para a seguridade da dignidade da pessoa humana. Contudo, no Brasil, a questão do agrotóxico está relacionada à produção

agrícola, uma das forças motrizes da economia do país. Essa realidade sublevoou o Brasil ao patamar de maior consumidor de agrotóxicos do mundo, em 2012 (Pignati, 2016).

Ainda preleciona o autor que a utilização de agrotóxicos está presente em todas as etapas do agronegócio, produzindo riscos sanitários, ocupacionais e ambientais. Dentre os vários danos e impactos oriundos da cadeia agrícola produtiva do Brasil os de maior relevância para a saúde e ambiente são as poluições e intoxicações, agudas e crônicas, relacionadas aos agrotóxicos.

Segundo Peres, Moreira e Claudio (2007) o alimento ingerido pela população possui altas taxas de agrotóxicos, e o meio ambiente, o solo, os lençóis freáticos e rios estão sendo gradativamente contaminados, situações essas, que ferem, diretamente a legislação e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Silva (2001) complementa, que no meio rural essa realidade é ainda mais danosa, pois têm aumentado os casos de intoxicação relacionados ao trabalho do lavrador, configurando um dos principais problemas de saúde pública no meio rural do Brasil.

A saúde constitui um bem público constitucionalmente assegurado, garantido e protegido ao pleno bem-estar coletivo, portanto, na relação de produção agrícola a saúde, como direito fundamental, deve ser assegurada pelos princípios e normas constitucionais e legais. Além disso, a manutenção da saúde deve constituir como dever e responsabilidade, além de inerentes aos Poderes Públicos, à coletividade, ou seja, todos os indivíduos e instituições por determinação constitucional (Custódio, 2001). Ainda preleciona o autor, que o direito à saúde é, portanto, de caráter obrigatório, que por consequência impõe deveres inerentes à contínua vigilância de todos, todavia a coparticipação coletiva na responsabilidade pela seguridade do direito à saúde não exime a comunidade jurídica do país como principal encarregado de defender a Constituição e lutar pela boa aplicação da legislação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto é perceptível a inclinação do PL 6.299/02 em entender os interesses do mercado produtor de agrotóxicos, em detrimento

ao cuidado ao meio ambiente e a saúde humana, e fragilizar a Lei dos Agrotóxicos do Brasil, que atualmente é reconhecida internacionalmente como uma das legislações mais evoluídas quanto a regulação dos agrotóxicos e preservação da saúde e meio ambiente.

O PL é, não apenas polêmico, como claramente retrógrado quando posto diante das diretrizes da legislação atualmente que procura restringir a utilização e exposição de pessoas aos efeitos dos agrotóxicos. A tentativa de retirada de órgãos que estão diretamente associados à manutenção e proteção da saúde (ANVISA) e do meio ambiente (IBAMA) apenas torna claro a intenção econômica do PL.

Dados os impactos a longo prazo do uso de agrotóxicos a preocupação na flexibilização de seu registro, comercialização e uso não é apenas para a geração presente, mas uma preocupação e um risco à saúde pública das gerações futuras. E um ataque mascarado a direitos fundamentais do ser humano, o direito à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, M. D. et al. **A flexibilização da legislação brasileira de agrotóxicos e os riscos à saúde humana: análise do Projeto de Lei no 3.200/2015**. Cad. Saúde Pública, v. 33, n. 7, p. 1-11, 2017. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00181016> >. Acesso em: 30 set. 2018.

ALVES FILHO, J. P. **Receituário agrônomo: a construção de um instrumento de apoio à gestão dos agrotóxicos e sua controvérsia**. 2000. 235 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Ambiental, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000.

ANDRADES, T. O.; GANIMI, R. N. **Revolução Verde e a apropriação capitalista**. CES Revista, Juiz de Fora, v. 21, p. 43-56, 2007. Disponível em: < https://www.cesjf.br/revistas/cesrevista/edicoes/2007/revolucao_verde.pdf >. Acesso em: 30 set. 2018.

BOMBARDI, Larissa Mies. **Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a União Europeia** - São Paulo: FFLCH - USP, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 24.114 de 12 de abril de 1934**. Aprova o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal. Rio de Janeiro, 12 de abril de 1934.

BRASIL. **Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002**. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 4 jan. 2002.

BRASIL. **Decreto nº 5.981 de 6 de dezembro de 2006**. Dá nova redação e inclui dispositivos ao Decreto no 4.074. Brasília, DF, 6 de dez. de 2006.

BRASIL. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 de jul. de 1996.

BRASIL. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989**. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jul. 1989.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6299 de 13 de março de 2002**. Altera os arts 3º e 9º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 13 mar. 2002.

CASTOR, A. B. C. **Uso de agrotóxicos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. 2016. 86 f. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

CUSTÓDIO, H. B. **Direito à Saúde e problemática dos agrotóxicos**. Revista de Direito Sanitário, v. 2, n. 3, p. 9-35, nov. 2001. Disponível em:

< <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v2i3p9-35> >. Acesso em: 09 out. 2018.

FERREIRA JUNIOR, V. O. C. **A ordem econômica e a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Revista em Agronegócios e Meio Ambiente, v. 4, n. 2, p. 330-349, maio/ago. 2011. Disponível em: < <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/view/1445/1248> >. Acesso em: 09 out. 2018.

FRIEDRICH, K.; SOUZA, M. M. O.; CARNEIRO, F. F. (Org.). **Dossiê científico e técnico contra o Projeto de Lei do Veneno (PL 6.299/2002) e a favor do Projeto de Lei que institui a Política Nacional de Redução de Agrotóxicos – PNARA**. ABRASCO, Rio de Janeiro, jul. 2018. 288p. Disponível em: < https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2018/08/DOSSIE_NOVO_26_JULHO_Final-compressed2.pdf >. Acesso em: 09 out. 2018.

KAGEYAMA, A. et al. **O novo padrão agrícola brasileiro: do complexo rural aos complexos agroindustriais**. In: DELGADO, Guilherme Costa et al. (orgs.), Agricultura e políticas públicas. Brasília, IPEA, (Série IPEA, 127), 1990, p. 113-223.

KÄLIN, W.; KÜNZLI, J. *Universeller Menschenrechtsschutz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005.

LEMES, J. V. M.; PAIVA, M. R. **Agrotóxicos e supressão dos Direitos Fundamentais: Análise do Conflito Socioambiental de São José do Pontal em Rio Verde, Goiás**. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 23.; 2014, Florianópolis... Anais eletrônicos... Florianópolis: COPENDI, 2014. p. 242-257. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3dce18d1998152ee> >. Acesso em: 09 out. 2018.

MARQUES, M. D.; BRAGA JUNIOR, S. S.; SILVA, D. **A Lei dos Agrotóxicos: um estudo sobre responsabilidade prevista, perante os produtores rurais do interior do Estado de São Paulo**. InterfacEHS, São

Paulo, v. 11, n. 1, p. 26-41, jun. 2016. Disponível em: < <http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2016/06/4.11.1.pdf> >. Acesso em: 08 out. 2018.

OLIVEIRA, A. U. de. **A mundialização da agricultura no Brasil** Depto de Geografia - FFLCH - Universidade de São Paulo – Brasil. XII Colóquio Internacional de Geocrítica. Disponível em: < <http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/14-A-Oliveira.pdf> >. Acesso em: 4 nov. 2018.

PELAEZ, V.; TERRA, F. H. B.; SILVA, L. R. **A regulamentação dos agrotóxicos no Brasil: entre o poder de mercado e a defesa da saúde e do meio ambiente**. Revista de Economia, Paraná, v. 36, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2010. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.5380/re.v36i1.20523> >. Acesso em: 30 set. 2018.

PERES, F; MOREIRA, J. C.; CLAUDIO, L. **Os impactos dos agrotóxicos sobre a saúde e o ambiente**. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, n. 1, p. 4-5, 2007. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63012101> >. Acesso em: 09 out. 2018.

PETERKE, S. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos... [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIGNATI, W. **Agronegócio, agrotóxicos e saúde**. In: SOUZA, M. M. O.; FOLGADO, C. A. R. (Org.). *Agrotóxicos – violações socioambientais e direitos humanos no Brasil*. Anápolis: Editora Universidade Estadual de Goiás, 2016. p. 17-45.

PINOTTI, M. M. Z.; SANTOS, J. C. P. **From the ancient times of the agriculture to the biological control in plants: a little of the history**. *Ciência Rural*, v. 43, n. 10, p. 1797-1803, 2013. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-84782013001000011> >. Acesso em: 30 set. 2018.

SILVA, J. J. O. et al. **Influência de fatores socioeconômicos na contaminação por agrotóxicos**. *Revista Saúde Pública*, v. 35, n. 2, p. 130-

135, 2001. Disponível em?
< <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v35n2/4396.pdf> >. Acesso em: 09 out. 2018.

NOTAS:

[1] Advogada, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na Faculdade Serra do Carmo, e-mail: prof.lilianeborges@fasec.edu.br.

[2] <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/08/13/interna-brasil,700105/casos-de-pessoas-intoxicadas-por-agrotoxicos-sobem-no-brasil.shtml>

[3] <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idPr oposicao=46249#marcacao-conteudo-portal>

CRIMES VIRTUAIS NA ERA DA INFORMAÇÃO - PELA NECESSIDADE DE UM DIREITO INFORMÁTICO

ANTONIO JOSÉ CACHEADO LOUREIRO:

Universidade do Estado do Amazonas (UEA); Mestrando em Direito Ambiental (UEA), Especialista em Direito Penal e Processual Penal e Direito Público(ESBAM), Especialista em Direito Penal Militar, Direito Ambiental e Direitos Humanos (UNIASSELVI), Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário (PUC-Minas), Advogado, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade do Estado do Amazonas.

RESUMO: As tecnologias na Era da Informação trouxeram inúmeras vantagens aos seus usuários, como a facilidade em comprar, estabelecer contatos, negócios, compartilhar conteúdo e conhecimento, além de uma infinidade de benefícios. No entanto, também se observa que as mesmas ferramentas usadas para dotar as sociedades das benesses da tecnologia, também acabam sendo utilizadas para prejudicar as pessoas, pelo cometimento de ações no ambiente virtual capazes de trazer danos das mais diversas ordens. Algumas dessas condutas são enquadradas como tipos normativos, descritos na legislação. Outras, por um descompasso entre a atividade legislativa e o surgimento de novos delitos, acabam não tendo uma regulamentação adequada para garantir a segurança dos usuários de sistemas informáticos. Por isso, mostra-se urgente e necessário o debate frente à necessidade de consolidação de um Direito Informático, que possa trabalhar de maneira sistêmica, em consonância com a Constituição Federal e as normas penais. Este trabalho visa discutir esta questão, demonstrando o problema social ocasionado pela Era da Informação, passando pelos crimes virtuais e seu tratamento jurídico atual no Brasil, até chegar às perspectivas jurídicas para a questão, o que pode ser feito por meio da formulação e consolidação de um Direito Informático.

PALAVRAS-CHAVE: Era da Informação; Direito Informático; crimes virtuais; regulamentação jurídica.

ABSTRACT: *Technologies in the Information Age have brought a number of benefits to its users, such as ease of purchase, networking, business, content and knowledge sharing, and countless benefits. However, it is also observed that the same tools used to endow societies with the benefits of technology also end up being used to harm people by committing actions in the virtual environment capable of bringing damages of the most diverse orders. Some of these behaviors are classified as normative types, described in the legislation. Others, by a natural mismatch between legislative activity and the emergence of new offenses, end up not having adequate regulation to guarantee the security of the users of computer systems. Therefore, it is urgent and necessary to debate the need to consolidate a Computer Law, which can work in a systemic manner, in line with the Federal Constitution and criminal law. This paper aims to discuss this issue, demonstrating the social problem caused by the Information Age, virtual crimes and its current legal treatment in Brazil, until reaching the legal perspectives for the issue, which can be done through the formulation and consolidation of a Computer Law.*

KEYWORDS: *Information Age; Computer Law; virtual crimes; legal regulation.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contextualizando a Era da Informação: Conhecimento e Transações Além do Controle Estatal. 3. Crimes Virtuais e Legislação Vigente. 4. Pela Defesa de um Direito Eletrônico. 5. Conclusão. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, pode-se perceber a sua intensa dinâmica, proporcionada pela criatividade dos seres humanos e seu processo de evolução natural, modificando, de tempos em tempos, as suas relações de forma substancial. Desde que ser humano passou a desenvolver novas tecnologias para suprir suas necessidades, desde o primeiro uso da pedra lascada na pré-história, a vida vem se modificando gradativamente

pela adoção de ferramentas concebidas para dar maior qualidade de vida às sociedades.

Nos últimos anos, num passado muito recente, desenvolveu-se de forma inédita a tecnologia da informação, em especial pela popularização do uso de computadores e afins, juntamente com o acesso à rede mundial de computadores (internet). Conforme conhecimento geral, a internet trouxe inúmeras vantagens aos usuários, que, utilizando-a, podem acessar conteúdos advindos de qualquer lugar do mundo, bem como comercializar, conhecer pessoas e se comunicar em tempo real, não importante a distância física.

Não obstante, a internet também possibilitou a utilização da rede para fins criminosos, seja na disseminação de conteúdo ilegal, ou mesmo para a prática de delitos no ambiente virtual, o que dificulta em muito a responsabilização por parte do poder público e o combate a tais práticas, devido à dificuldade de identificação e acesso físico aos praticantes deste tipo de delito.

Por este motivo, reputa-se de fundamental importância a compreensão dos crimes em ambiente virtual, do contexto em que se inserem, bem como o *status* do tratamento normativo da questão e perspectivas para o futuro. Para atender a estes objetivos, o presente texto fará uso do método dialético, demonstrando como a questão se posta frente à realidade, até chegar às possibilidades envolvendo o tema, numa perspectiva crítica.

1 CONTEXTUALIZANDO A ERA DA INFORMAÇÃO: CONHECIMENTO E TRANSAÇÕES ALÉM DO CONTROLE ESTATAL

Analisando-se os registros históricos disponíveis às sociedades, observa-se a existência de diversas formas de comunicação praticadas, desde as pinturas rupestres pré-históricas, as primeiras formas de escrita, até as avançadas redes de intercâmbio de informações observadas atualmente.

A informatização da sociedade é um processo que começa com o advento da escrita, através da qual foi possível ao ser humano artificializar,

exteriorizar e virtualizar a memória, o que certamente contribuiu para que a figura humana se sobressaísse frente aos demais seres vivos, num processo que ele denomina como “hominização”. Afinal, esta capacidade de guardar fatos, informações, memórias ou perpetuar histórias é algo encontrado nas sociedades humanas (LÈVY, 2011, p. 38).

De acordo com Theotônio dos Santos (1983, p. 14), o desenvolvimento tecnológico é uma realidade da humanidade, mesmo em períodos anteriores ao capitalismo. No entanto, aduz o autor, que seu ritmo era demasiado lento, de modo que na?o havia uma clara correspondência entre o conhecimento cienti?fico do mundo fi?sico e social e sua aplicac?a?o ao sistema de produc?a?o. Nesse sentido, há que se perceber que as demandas do modelo capitalista nascente via na tecnologia existente até então, uma barreira a ser superada, defendendo-se o progresso científico e a busca por modelos que tornassem possível o incremento de lucros. Deste modo, considerando que na?o seria possi?vel ao capitalista aumentar seus lucros em razão dos limites biolo?gicos do trabalhador, na?o haveria condic?o?es de render o suficiente para o aumento exponencial de lucro esperado.

De acordo com o referido autor, um fator que diferencia o modelo capitalista de outros modos anteriores de produc?a?o esta? na sua necessidade e possibilidade de aplicar os conhecimentos cienti?ficos e tecnolo?gicos a? produc?a?o e aos processos produtivos. De fato, a aplicação desses conhecimentos para incrementar as redes econômicas e, conseqüentemente, as sociais, ocorre na chamada “Era da Informação”.

Portanto, o termo se relaciona a um processo de longa data. Para sua compreensão é necessário remeter a um momento histórico em que o processo tomou dimensões muito mais aprofundadas, precisamente, no último quarto do Século XX, quando ocorre uma mudança significativa na forma de comunicação. Tal mudança pode ser situada na transição do industrialismo para o pós-industrialismo (RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 16).

A ideia de pós-industrialismo é explicada por Daniel Bell (1974, p. 148-149), segundo o qual é possível pensar a evolução do modelo industrial em três momentos: a) era pré-industrial, caracterizada por ser de

base agrária e tradicional; b) a era industrial, apoiada na produção de bens industriais e c) a era pós-industrial, pautada pela ascensão dos serviços e pelo poder exercido por meio da informação. Ou seja, desde que a base de produção econômica mudou para o modelo industrial, com produção em série e massificada, seguem-se várias transformações, com o objetivo de perpetuar a lógica proposta, permitindo ao sistema não apenas a sua manutenção, mas também, o paulatino incremento dos lucros possíveis. A transformação mais relevante para o presente estudo, não obstante, refere-se à constante inovação tecnológica buscada para potencializar os lucros. É neste sentido, que se apresenta o papel da era da informação.

Consoante ao raciocínio apresentado pelos autores trazidos, cada um desses momentos históricos possui uma forte influência da questão econômica, uma vez que as criações tecnológicas são voltadas, predominantemente, ao fortalecimento das redes de comércio, porém, com consequências que vão muito além.

Segundo Manuel Castells (2010, p. 231), o informacionalismo surge como um novo modelo de desenvolvimento que não solapa o modo de produção estabelecido anteriormente, mas o modifica consideravelmente. Ou seja, a busca pelo lucro no modelo capitalista não é afetada, porém, são alteradas as formas e ferramentas como isto é buscado pelas sociedades.

Deste modo, analisa Fritjof Capra (2006, p. 143-144), que a Revolução Industrial originou a sociedade industrial, assim como a Revolução da Informática está dando origem à sociedade da informação, e estabelecendo a ascensão das ligações em rede (*networking*) como nova forma de organização das atividades humanas, sejam elas econômicas ou sociais. Na perspectiva do autor a Revolução da Informática é o resultado de uma complexa dinâmica de interações tecnológicas e humanas que gerou efeitos sinérgicos em três grandes setores da eletrônica: os computadores, a microeletrônica e as telecomunicações.

Além disso, tanto na Europa e nos Estados Unidos, nas décadas de 60 e 70 não havia somente revoluções de ordem tecnológica, mas também de ordem social. Com isso, observa-se naquele contexto, uma “contracultura” (atitudes irreverentes, forte sentido de comunidade e

sofisticação cosmopolita) – o que deu à revolução informática características de informal, aberta, descentralizada e futurista. Estes movimentos, juntamente com a ideia de globalização que passou a ser defendida, influenciaram em muito a formulação de uma nova economia que se movimenta rapidamente pelas redes financeiras internacionais, proporcionadas pelas novas tecnologias informáticas (CAPRA, 2006, p. 146).

Com isto, deve-se destacar que há consequências que se seguem ao fenômeno da globalização, em especial no que tange à distribuição do poder, conforme defende o autor. Segundo sua análise, as funções sociais dominantes organizam-se em redes globais de informação e riqueza, acompanhadas do declínio do Estado como entidade soberana, pois os governos mostram-se incapazes de controlar a política econômica nacional, não podendo mais fornecer as vantagens de um Estado de bem-estar e vinham perdendo a guerra contra a economia globalizada do crime. Nesse sentido, há que se reconhecer uma intensa atividade de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e violência impiedosa nessas redes, constituindo organizações globais criminosas (CAPRA, 2006, p. 160-161).

Nesse sentido, defende Juan Ramón Capella (2008, p. 317) que está em curso um processo de desregulação jurídica que acompanha uma crise incontestável do poder estatal, pois enquanto o poder econômico ocupa os espaços das redes digitais de comunicação e de transações, o Estado acaba perdendo em soberania, pois nem sempre consegue abarcar o complexo sistema informacional, que, muitas vezes, desenvolve-se fora do seu alcance. Além dessa ausência de ferramentas do Estado para lidar com as novas formas de transações, há ainda a perda de soberania institucionalizada, o que ocorre pela imposição de regras de maneira cada vez mais habitual, advindas de organismos internacionais.

Portanto, há que se ter em mente uma nova situação vivenciada pelas sociedades: a existência de uma rede diferenciada de disseminação de informações, que circulam de forma livre e muitas vezes fogem ao controle do Estado e do Direito, que deve, por definição regular as relações sociais. Como observado, está em curso uma crise do poder estatal, uma vez que muitas dessas relações agora se dão em outros âmbitos (o meio digital), graças à Revolução Informática. Conforme observado, há muitas vantagens

neste novo modelo informacional, pois o conhecimento nunca foi tão disseminado e acessado como neste momento. No entanto, esses benefícios também são acompanhados de aspectos negativos, como o uso da rede para cometimento de crimes ou demais condutas prejudiciais aos usuários, o que será analisado na sequência.

2 CRIMES VIRTUAIS E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

A possibilidade de estabelecer transações de maneira não-física/material, é algo característico da Era Informática, trazendo-se a necessidade de um tratamento jurídico para a questão, especialmente quando se trata de atividade delituosa.

Trazendo a discussão para a esfera do Direito Penal, Augusto Rossini (2002) conceitua “delito informático” como:

[...] aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade.

Ou seja, o conceito se apropria da ideia jurídica de crime adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, porém, especificando que o seu cometimento é realizado por meio de uso da tecnologia informática. Além disso, incluem-se no conceito aquelas condutas em que não é utilizada necessariamente a internet, ou outra rede, mas os delitos em que se utilizam computadores.

Complementarmente, observa-se a conceituação de Guilherme Guimarães Feliciano (2000, p. 42), segundo o qual, a criminalidade informática corresponde a um fenômeno histórico-sócio-cultural, caracterizado pela ocorrência de ilícitos penais, sejam eles delitos tipificados, crimes e contravenções, tendo por objeto material ou meio de execução, alguma tecnologia informática (*hardware, software, redes* e etc.).

De acordo com estudos de Emeline Piva Pinheiro (2018, p. 17), “o ambiente virtual proporciona um sentimento de liberdade plena, possibilitando o anonimato (o que é vedado no Brasil pela Constituição Federal, art. 5º, IV), além do acesso sem fronteiras a informações que favorece a prática de crimes”. Para a autora, entre as condutas ilícitas mais comuns no ambiente virtual são os crimes contra a honra, os crimes contra a liberdade individual, crimes contra o patrimônio, crimes contra os costumes e outros.

No que se refere aos crimes contra a honra, destacam-se aqueles relacionados à calúnia^[1], difamação^[2] e injúria^[3] (artigos, 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro, respectivamente). Tais delitos são muito comuns em redes sociais ou em sites de notícias, *blogs* e afins, uma vez que nesses canais é possível disseminar a informação criminosa com muito mais facilidade, aumentando potencialmente a possibilidade de dano à vítima, devido à facilidade de acesso por um grande número de pessoas.

Nos crimes que atentam contra a liberdade individual, predominam os crimes de ameaça (artigo 147 do Código Penal), inviolabilidade de correspondência (artigos 151 e 152), divulgação de segredos (artigos 153 e 154) e divulgação de segredos contidos ou não em sistemas de informação ou outros bancos de dados relacionados à Administração Pública (artigo 153, par. 1º-A). No que tange à inviolabilidade de correspondência, há que se aplicar uma interpretação sistêmica e extensiva, pois, se o dispositivo legal cita a comunicação telegráfica ou radioelétrica, bem como as conversações via telefone, havendo-se que incluir, ainda que por analogia, as comunicações pela via da internet. Além disso, o sigilo de informações também é resguardado pela Constituição Federal como direito fundamental expresso no artigo 5º, XII, perfeitamente aplicável em relação às relações em questão.

Quanto aos crimes contra o patrimônio, citam-se os crimes de furto (artigo 155), extorsão (artigo 158), crime de dano (artigo 163) e estelionato (artigo 171), todos previstos no Código Penal Brasileiro, visando a proteção do patrimônio. Tais delitos podem ser cometidos pela manipulação dos dados de maneira fraudulenta, modificando-se dados bancários como senhas e números de acesso com a finalidade de obter vantagem financeira

em prejuízo da vítima. Sobre o crime de dano, o autor aduz que um típico exemplo, é a danificação de *hardware* ou *software* por meio de vírus informático, trazendo prejuízos a milhares de usuários da rede (PINHEIRO, 2018, p. 20).

Já sobre os crimes contra os costumes, vejam-se o favorecimento à prostituição (artigo 228 do Código Penal) e a pedofilia (artigo 241 da Lei 8.069/90), o que é uma realidade no ambiente virtual, devendo despender o Estado de um aparelhamento e pessoal eficazes para o combate deste tipo de crime, em especial no combate à pedofilia, pela gravidade do dano social que representa.

Não obstante, além dos dispositivos que podem ser considerados como crime informáticos pela via de realização, sem determinação no tipo legal, há também aqueles definidos pelo legislador. No Brasil, recentemente foram tipificados alguns delitos informáticos, por meio da Lei n. 12.737 de 30 de novembro de 2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, alterando o Código Penal.

A lei em questão ganhou o apelido de “Lei Carolina Dieckman” em virtude de uma pressão midiática ocasionada depois que a atriz Carolina Dieckman teve seu computador invadido por *crakers*^[4], que se apropriaram de fotos íntimas da atriz e passaram a chantageá-la. Para não divulgar o conteúdo, os criminosos solicitavam da vítima o valor de dez mil reais (R\$10.000,00). Por não ceder à chantagem, a atriz teve suas fotos íntimas divulgadas (REIS, 2013, p. 33).

Esta lei acresceu ao artigo 154, o artigo 154-A, referente à divulgação de segredos, com a seguinte redação:

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

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

Este dispositivo sanou uma lacuna legislativa que poderia ser argumentada para deixar impunes praticantes das condutas definidas. No artigo citado, passa a ser crime a invasão de dispositivo informático alheio, incluindo-se a simples obtenção de dados ou informações, além da sua adulteração ou destruição, além da instalação de dispositivo ou vulnerabilidades (vírus) com o fim de obter vantagens indevidas da vítima.

Complementarmente, o legislador optou por proteger os usuários de recursos informáticos daqueles que pretendem obter vantagens do ilícito informático praticado por terceiros, ainda que apenas oferecendo, distribuindo, vendendo ou difundindo o conteúdo objeto do ato ilícito, conforme aduz a redação legal:

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

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

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

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

Além de outros dispositivos constantes na lei, também houve a previsão do crime de falsificação de documento particular, incluindo-se no tipo penal a falsificação de cartão de débito ou crédito para realização de

transações indevidas e sem a autorização dos titulares, conforme previsto no artigo 298 do Código Penal em sua nova redação.

Deste modo, as condutas tipificadas pela legislação penal em que é possível incluir os crimes cibernéticos, contam com certa segurança jurídica fornecida pelo ordenamento. No entanto, nem todas as condutas encontram-se tuteladas pelo Direito pátrio, de modo que ainda há uma série de condutas que ainda precisam de maior proteção jurídica por serem caracterizadas por uma elevada periculosidade social e que necessitam ser reprimidas de forma mais efetiva pelo Direito. Assim, pugna-se pelo fortalecimento e consolidação de um Direito Eletrônico.

3 PELA DEFESA DE UM DIREITO ELETRÔNICO

Conforme observado, é inegável que a sociedade e suas tecnologias evoluem num ritmo alarmante, de modo que a cada dia surgem novos dispositivos, programas de computador, aplicativos e demais tecnologias que são absorvidas pelos usuários e passam a ser utilizadas por estes. Com isto, novos formatos de transações e também de crimes acabam surgindo, agregando-se às condutas delitivas já existentes e que seguem sem soluções jurídicas mais específicas.

Um exemplo de problema que ainda pode ser melhorado do ponto de vista jurídico é a disseminação de pornografia não autorizada via internet. Nesse sentido, tem se destacado o que se tem denominado como “pornografia de vingança”, em alusão à expressão em inglês *revengeporn*, que consiste na divulgação de imagens (fotos ou vídeos) com conteúdo pornográfico pelo parceiro da vítima que, não aceitando separação, ou por outro motivo, faz a divulgação das imagens, com o objetivo de vingar-se do ex-companheiro ou companheira:

O termo consiste em divulgar em sites e redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo à dois ou grupal, sensualidade, orgias ou coisas similares, que, por assim circularem, findam por, inevitavelmente, colocar a pessoa escolhida a sentir-se em situação vexatória e constrangedora diante da sociedade, vez que tais imagens foram utilizadas com

um único propósito, e este era promover de forma sagaz e maliciosa a quão terrível e temível vingança. (BURÉGIO, 2015)

Além disso, o número de casos de pornografia de vingança que envolvem menores de idade tem sofrido um acréscimo preocupante. No Brasil foram registrados, apenas no ano de 2015, 224 casos, sendo que 25% das vítimas são de 12 e 17 anos, o que é de extrema gravidade. Na visão de especialistas em psicologia, o adolescente acaba por permitir-se fotografar ou filmar, sem ter a consciência da dimensão que seus atos podem tomar na internet, devido à facilidade de disseminar informações. Os menores, via de regra, não tem condições de avaliar o quanto a troca de fotos pornográficas pode lhe render incômodo futuro e lhes afetar em toda a vida (VARELLA, 2016).

A pornografia de vingança no Brasil, é tratada juridicamente como crime contra a honra, o que acaba muitas vezes trazendo como consequências, somente penas como indenizações ou substitutivas. Por um lado, alguns defendem que as punições cominadas deveriam ser mais gravosas para quem cometem crimes análogos utilizando a internet, dado o poder de alcance da informação na rede, já que as imagens acabam sendo espalhadas sem qualquer limite, afetando gravemente a subjetividade da vítima. Por outro lado, defende-se também que além das penas convencionais, agreguem-se punições alternativas, como medidas socioeducativas que contenham um cunho pedagógico ao invés de penas restritivas de liberdade, já que tais indivíduos, em geral, não são pessoas que representem perigo à sociedade e que precisem ter sua liberdade privada (OLIVEIRA e PAULINO, 2017).

Este é um típico caso em que há necessidade de dispositivos legais específicos, pois a Lei n. 12.737/ 2012, apesar de tratar de delitos informáticos, não contempla este tipo de situação, visto que não se trata de "invasão de dispositivo" e nem de disseminação decorrente deste ato. No caso da pornografia de vingança, as imagens, no geral, são feitas com a anuência da vítima e encontram-se armazenadas no dispositivo de propriedade de quem comete o delito. Deste modo, demonstra-se a necessidade de tratar o tema considerando os aspectos subjetivos em

questão, visando coibir tais ações e buscar amenizar o sofrimento da vítima da melhor maneira possível.

Outra questão que também pode ser citada como exemplo de desafio para o Direito Informático é a necessidade de combate às chamadas *fakenews*. A ideia remete à formulação e disseminação de histórias falsas com aparência de matéria jornalística que são disponibilizadas pela internet com a intenção de obter vantagem, normalmente financeira ou de outra natureza. No Brasil, este debate tem tomado força em virtude da aproximação do período eleitoral, de modo que defensores de um ou outro polo ideológico político, disseminam falsas notícias para afetar indevidamente as ideias das pessoas, podendo inclusive influenciar o resultado das eleições (CARVALHO e KANFFER, 2018).

Portanto, trata-se de uma conduta de extrema gravidade, posto que é capaz de atingir o próprio sentido da democracia e servir de guia para a tomada de decisões políticas dos cidadãos. Assim, há que se ter um devido e sério combate ao problema pela via jurídica.

De acordo com Carvalho e Kanffer (2018):

Esta questão deve ser combatida, observando-se primeiramente a necessidade de salvaguardar os princípios da liberdade de imprensa e de opinião, contidos na Carta Magna (art. 5º, IV e IX, além do art. 220 e seguintes), que não podem ser aviltados e viciados por condutas desta natureza.

Segundo os autores, algumas iniciativas no campo jurídico já estão sendo adotadas em outros países, dando-se o exemplo da União Europeia que sinalizou sua disposição em regulamentar e combater o problema, fazendo o monitoramento das notícias falsas e retirando-as do ar o mais rápido possível, utilizando-se os recursos informáticos disponíveis. Assim, a União Europeia, na visão dos autores, considera que a busca por fontes de informações confiáveis é algo fundamental à democracia e que carece da intervenção do poder político.

É necessária a regulamentação da questão porque nem sempre as *fakenews* podem ser enquadradas em tipos penais como os delitos contra a honra. Caso não sejam enquadráveis nessas categorias, a prática de tais atos permanece impune, prejudicando a qualidade de informação dos usuários e, em última instância, prejudica até as instituições democráticas.

Por conta de problemas desta natureza, defende-se o fortalecimento e consolidação de um Direito Eletrônico.

A ideia defendida, refere-se a um ramo do Direito que se propõe a tratar esses problemas ocorridos no âmbito digital. Monteiro (2015) demonstra que este ramo que se tem buscado consolidar tem assumido diversas nomenclaturas, tais como Direito da Informática, Direito e Internet, Informática Jurídica, Direito Eletrônico, Direito Digital^[5]. No entanto, tem-se utilizado com mais força, no Brasil, o nome "Direito Informático", devido às influências internacionais: no alemão, usa-se o termo *Informatikrecht*; nos países de língua hispana *Derecho Informático* ou *Derecho de las Nuevas Tecnologías*; nos Estados Unidos, *Cyber Law* ou *Computer Law*; no francês *Droit de l'informatique*.

De acordo com Mário Paiva (2018), entende-se como Direito Informático:

Conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador – como meio e como fim- que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do software; o comércio eletrônico, e as relações humanas realizadas de maneira *sui generis* nas redes, em redes ou via internet.

O conceito trazido pelo autor parece interessante, pois se preocupa além das transações de cunho comercial ou econômico, vindo a contemplar problemas advindos das relações humanas via internet. O autor explica que a autonomia do Direito Informático tem sido ainda discutida no âmbito

acadêmico trazendo certas divergências. Segundo ele, no VI Congresso Ibero-americano de Direito e Informática celebrado em Montevideo, Uruguay, em 1998, a questão foi exposta para discussão a respeito da autonomia do Direito Informático. A partir daquele momento surgiram diferentes critérios, pois alguns defendiam que o Direito Informático nunca compreenderia um ramo autônomo do Direito, porquanto dependia em sua essência de outros ramos do Direito. Já, em outro polo de ideias, argumentou-se acerca do Direito Informático como um ramo potencial do direito, devido a sua insuficiência de conteúdo e desenvolvimento, não obstante a relevância dos problemas postos (PAIVA, 2018). Atualmente, no entanto, em discussões atuais, observa-se uma defesa maior da importância em se consolidar este ramo do Direito, devido à complexidade das redes de informação que caracterizam a sociedade atual, expostas no primeiro item deste escrito.

Obviamente, há muitos outros problemas envolvendo Direito e Informática que poderiam ser trazidos para a discussão, pois a criatividade humana em encontrar formas para delinquir não encontra limites. Porém, da análise dos exemplos demonstrados, resta clara a necessidade de consolidação deste novo ramo do Direito, que precisa ser melhor sistematizado pelo estudiosos jurídicos.

CONCLUSÃO

A Era da Informação é uma realidade da qual a humanidade não tem como se escusar. É notável o crescimento da dependência tecnológica das sociedades para movimentar suas relações. Conforme visto, a globalização enquanto um movimento mundial teve como fator principal a necessidade de remover as barreiras econômicas para tornar possível a continuidade de lucros, que se limitava às capacidades humanas. Com o desenvolvimento das tecnologias informáticas, foi possível superar este problema, multiplicando-se as possibilidades de transações pela via de sistemas automatizados, dinamizando a sociedade, mas, ao mesmo tempo, trazendo prejuízos em virtude do mau uso dessas tecnologias.

O presente artigo tratou exatamente desta questão, demonstrando-se de forma geral, como a Era da Informação tem modificado as relações da

sociedade e favorecendo o surgimento de novas formas de delitos: os crimes virtuais. Apesar de não haver, no geral, destruído as relações existentes, a Era da Informação constitui-se um fato, fazendo com que tais relações sejam modificadas em sua forma e efeitos. A difamação, por exemplo, antes possível pela via oral, ou pela via da comunicação impressa, hoje é agravada pela existência da internet, através do qual, a informação difamante atinge um número muito maior de pessoas, em poucos segundos, apenas por meio de alguns cliques. O mundo modificou e as relações humanas agora mostram-se muito mais complexas do que outrora.

Na economia também se observam diversas modificações. Com as tecnologias informáticas postas atualmente, observa-se a possibilidade de transações comerciais sem que as partes envolvidas sequer se conheçam ou tenham tido algum contato físico. Não há assinatura de contratos, mas a aceitação dos termos dos negócios pela via digital, através de cliques através dos quais a vontade é manifesta. Com isso, também se observa a possibilidade de fraudes no meio eletrônico, visando vantagens financeiras. Ao mesmo tempo, vê-se a necessidade do Estado de superar este desafio como requisito para recuperar a soberania que é perdida sempre que tais transações escapam à sua capacidade regulatória. Ou seja, se hoje é possível desenvolver relações no ambiente virtual, imprescindível se torna a presença do Estado e do Direito.

Enfim, muitos são os âmbitos de afetação da vida no mundo digital que possuem consequências jurídicas na esfera penal. Porém, como visto, nem todas as condutas delitivas observadas atualmente encontram um tratamento jurídico condizente pelo ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de as normas penais atualmente abarcarem parte das condutas em seus tipos penais, deve-se ter em mente que a complexidade dos crimes virtuais exige ações e penalidades específicas, o que poderia advir do fortalecimento e consolidação de um Direito Informático como condição para a segurança jurídica necessária às demandas da contemporaneidade. Enquanto isto não se concretiza de forma satisfatória, cabe tratar as questões postas de maneira sistêmica, observando os direitos fundamentais, amplamente protegidos pelo ordenamento pátrio, e que

devem ser considerados na aplicação de penalidades. Assim, será possível caminhar para um tratamento adequado para a questão.

REFERÊNCIAS

BELL, Daniel. **O Advento da Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo. Cultrix. 1974.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2012.

BURÉGIO, Fátima. **Pornografia da vingança: você sabe o que é isto?** Disponível em:. 2015.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta proibida: una aproximación historico-teorética al estudio Del derecho y del estado**. Madrid: Trotta, 2008.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006. P. 141-167. P. 141-167.

CARVALHO, Gustavo Arthur e KANFFER, Gustavo Guilherme. **O tratamento jurídico das notícias falsas (fake news)**. Disponível em: . Acesso em 22 de maio de 2018.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. 1 – A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FELICIANO, Guilherme Guimaraes. Informática e criminalidade: parte I: lineamentos e definições. **Boletim 15 do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 35-45, set. 2000.

LE?VY, Pierre. Traduc?a?o: Paulo Neves. **O que e? o virtual**. Sa?o Paulo Editora 34, 2011.

OLIVEIRA, Alyne Farias de; PAULINO, Letícia Andrade. **A vítima da pornografia de vingança no âmbito penal**: amparo judicial frente a ausência de tipo penal incriminador. Disponível em:< <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/32>>.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Primeiras linhas em direito eletrônico**. 2002. Disponível em: . Acesso em: 09 de maio de 2018.

_____. **Os institutos do Direito Informático**. Disponível em: . Acesso em 02 de junho de 2018.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes virtuais: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal**. Disponível em: . Acesso em 01 de junho de 2018.

REIS, Wanderley José. Delitos cibernéticos: Implicações da Lei n. 12.737/12. **Revista Jurídica Consulex**. Ano VXII, N. 405 – 1ª de dezembro/2013.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informa?tica, telema?tica e direito penal**. Sa?o Paulo: Memo?ria Juri?dica, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Luiz. **Aspectos sobre a era da informação, o Direito Eletrônico e a horizontalidade global dos direitos**. Caicó: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2015.

SANTOS, Theotonio. **Revolução técnico-científica e capitalismo contemporâneo**. Petrópolis: Vozes, 1983.

VARELLA, Gabriela; SOPRANA, Paula. **Pornografia de vingança**: crime rápido, trauma permanente: Mulheres que viram sua intimidade exposta a milhares de usuários na internet relatam como conseguiram apoio para superar um crime ainda impune. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias->

digitais/noticia/2016/02/pornografia-de-vinganca-crime-rapido-trauma-permanente.html, 2016.

NOTAS:

[1] Art. 138 - *Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:*

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - *Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.*

§ 2º - *É punível a calúnia contra os mortos.*

[2] Art. 139 - *Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:*

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

[3] Art. 140 - *Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:*

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - *O juiz pode deixar de aplicar a pena:*

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - *Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:*

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º *Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)*

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

[4] Na linguagem utilizada na internet, trata-se de indivíduos que violam sistemas de segurança de maneira ilegal ou sem ética.

[5] Os termos apresentam significados análogos, com exceção do termo "informática jurídica que se ocupa com o estudo dos mecanismos materiais eletrônicos aplicados na consecução do Direito, ou seja, a utilidade dos mesmos para a busca de uma justiça mais próxima da realidade e atualidade fornecendo bases físicas que proporcionem ao estudioso alcançar os instrumentos necessários para a proposição e composição de sua pretensão" (PAIVA, 2002, p. 1).

A INTERFERÊNCIA DAS NORMAS PENAS INQUISITÓRIAS NO "LIVRE" CONVENCIMENTO DO JUIZ

BRUNO SILVA GUIMARÃES: Graduando do curso de Direito, FACAPE/AEVSF-Petrolina.

ANDRÉ LIMA CERQUEIRA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo discutir as interferências das normas penais inquisitivas no "livre" convencimento do juiz. Analisaremos normas presentes no Código de Processo Penal que se aproximam de um juiz, autor e soberano, dentro do processo, fato que transforma o processo penal em uma fantasiosa busca da verdade real, reduzindo garantias constitucionais do acusado. Através de intensa pesquisa bibliográfica, sob a perspectivas de autores como Aury Lopes Jr. (2015), Alexandre Rosa (2013) e Luigi Ferrajoli (2002), buscaremos comprovar a necessidade de adequação do Código de Processo Penal ao Sistema Garantista da nossa Constituição Federal, evitando, assim, o abuso do poder estatal, transformando o juiz num mero espectador, criando, desta forma, condições de imparcialidade e de livre convencimento.

Palavras-chave: *Inquisitório. Acusatório. Livre convencimento. Garantias Processuais.*

THE INTERFERENCE OF THE INQUISITORY CRIMINAL RULES IN THE "FREE" CONVENTION OF THE JUDGE.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to discuss the interference of criminal law inquiries in the "free" conviction of the judge. We will analyze norms present in the Code of Criminal Procedure that approach a judge, author and sovereign, within the process, a fact that transforms the criminal process into a fanciful search for real truth, reducing constitutional guarantees of the accused. Through intense bibliographical research, under the perspective of authors such as Aury Lopes Jr. (2015), Alexandre Rosa (2013) and Luigi Ferrajoli (2002), we will seek to prove the need to adapt the*

Criminal Procedure Code to the Guarantor System of our Federal Constitution , thus avoiding the abuse of state power, transforming the judge into a mere spectator, thus creating conditions of impartiality and free conviction.

Keywords: *Inquisitorial. Accusatory. Free convincing. Procedural Guarantees.*

1. INTRODUÇÃO

Analisar o “livre” convencimento do juiz é de extrema importância para que possamos contribuir com uma análise crítica do nosso ordenamento processual penal a fim de buscarmos adequá-lo aos preceitos internacionais de Direitos Humanos e à nossa Constituição Federal.

Para tal, temos como objetivos demonstrar que as normas penais inquisitórias presentes no sistema processual penal brasileiro, influenciam no convencimento do juiz, desrespeitando assim a regra do jogo processual. Será aqui verificado, que o juiz ao acumular a função de julgador e acusador, limita a aplicação das Garantias constitucionais do acusado, aumentando seu poder autoritário e soberano dentro do processo.

De início, abordaremos a evolução histórica, o conceito e a variação do Sistema Processual Penal ao longo do tempo, conforme o predomínio da ideologia presente a cada época. Nesse contexto, será discutido como se desenvolveu o sistema processual inquisitório e como ocorreu a transição paulatinamente para o sistema acusatório. Assim, pontuaremos as características de ambos os sistemas, buscando explicar que o sistema inquisitório traz uma aglutinação de funções nas mãos dos juízes, atribuindo poder instrutório ao julgador, diminuindo a estrutura dialética e fazendo do juiz o senhor soberano do processo, afetando assim, Direitos e Garantias constitucionais do acusado.

Logo após, dando seguimento ao contexto, serão avaliadas quais as possíveis incidências das normas inquisitórias no Sistema Processual

Brasileiro, verificando a sua inadequação à Carta Magna de 1988, que adotou o sistema acusatório. Concluindo esse primeiro momento, abordaremos a necessidade do cumprimento das Garantias Processuais e esclarecendo a importância de limitar o poder do Estado.

Em seguida mostraremos que a verdade real não passa de um mito, servindo de justificativa para o ativismo judicial, acalmado a consciência do julgador, onde o juiz transforma-se em inquisidor, buscando alcançar uma verdade inalcançável. Provaremos, neste trabalho, sob a perspectiva de teóricos renomados como Aury Lopes Jr. (2015), Alexandre Rosa(2013) e Luigi Ferrajoli (2002) entre outros, que a verdade processual a ser alcançada é a verdade aproximada, a qual as partes trazem toda a carga probatória ao processo, cabendo ao juiz apenas o papel de julgar conforme as provas e informações trazidas pelas partes.

Procura-se comprovar que a aplicação de normas inquisitórias dentro do processo, induz o julgador ao erro, contaminando seu “livre” convencimento, fazendo o juiz agir intuitivamente e muitas vezes por clamor social, tornando-o um verdadeiro justiceiro em nome da sociedade.

Concluindo, demonstraremos a necessidade de uma adequação do processo penal brasileiro as normas constitucionais. Entendemos que o Código de Processo Penal deve ser reformulado de maneira a estimular a sociedade brasileira a pensar conforme o sistema acusatório, visto que, hoje, tem-se um pensamento totalmente preso à mentalidade inquisitória.

2. SISTEMA INQUISITÓRIO VERSUS SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema processual variou ao longo dos séculos, influenciado por diferentes culturas, ideologias e governos. Lopes Jr. (2015) como maior parte da doutrina, defende que até meados do século XII havia a predominância do sistema acusatório e que partir de então com o controle da igreja católica sobre o Estado e com instituição do *tribunal de inquisição*, o sistema inquisitório passou a prevalecer, acumulando na mão do julgador o poder de investigar, acusar, defender e julgar.

Ainda de acordo com Lopez Jr. (2015), somente a partir do início século XIX com a Revolução Francesa, onde se começou a privilegiar a valorização do homem, é que o sistema inquisitório veio a perder força, sendo esse movimento intensificado a partir dos séculos seguintes com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais, paulatinamente, vêm sendo implantados pelo mundo, demonstrando a necessidade de sistemas processuais de cunho acusatório.

Os traços do sistema inquisitório e acusatório são bem definidos, ao passo que, seguindo a perspectiva de Lopes Jr. (2015), o sistema inquisitório tem como principais características: a gestão e iniciativa probatória na mão do juiz, inexistindo uma separação entre a função de acusar e julgar, violando as normas garantidoras de direitos humanos, pois torna o juiz imparcial, contamina o contraditório e torna desigual a paridade de armas e oportunidades entre as partes.

O juiz no sistema inquisitório é o senhor das ações. Ele atua de acordo com suas vontades e convicções, restringindo os direitos dos acusados, Fernando da Costa Tourinho Filho, assim descreve o Juiz inquisidor:

[...] é ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, afinal, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação, que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito. (TOURINHO FILHO, 1992, p.83).

Já o sistema acusatório na mesma linha de Lopes Jr. (2015), tem como principais características: uma clara distinção entre acusar e julgar, onde as partes são responsáveis pela iniciativa probatória, mantendo o juiz como um terceiro parcial, o que contribui para um tratamento igualitário entre partes, garantido o contraditório e a ampla defesa. Desta forma, o juiz

fica livre para decidir de acordo com o que foi trazido ao processo pelas partes, aumentando assim, a segurança jurídica. Luigi Ferrajoli (2002) define o sistema inquisitivo e acusatório da seguinte maneira:

Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete ônus da prova, desenvolvido com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em uma livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.(FERRAJOLI,2002,p.452).

Em relação ao Sistema Processual Brasileiro, o qual variou ao longo tempo, assim como o Sistema Processo Penal em qualquer outro país, essa variabilidade segue os elementos democráticos ou autoritários de cada constituição. No Brasil, no entanto, temos uma inadequação: o atual [Código de Processo Penal](#) é 1941, conta com mais de 72 anos e durante todo esse período sofreu apenas algumas alterações, ainda mantendo resquícios inquisitórios.

A Constituição Federal é norma suprema, base norteadora de todas as leis do sistema jurídico brasileiro. O fato é que o nosso Código Processual Penal foi promulgado durante o Estado Novo, da era Vargas, na vigência da Carta Magna de 1937. Seguindo a linha de pensamento de Lenza (2013), a Constituição Federal de 1937, foi promulgada em uma época conturbada e inserida de conflitos, onde existia um grande antagonismo entre a direita fascista, defendendo um Estado autoritário, e o movimento de esquerda que destacava os ideais socialistas, comunistas e sindicais.

A carta de 1937 teve forte influência fascista, razão pela qual os direitos fundamentais foram fortemente enfraquecidos, instaurando a

ditadura. Esse regime autoritário da época trouxe ao Processo Penal Brasileiro, um sistema inquisitório, o Governo tinha todo domínio sobre o judiciário e o juiz amplo poder sobre o processo, o que comprometia fortemente os direitos de defesa dos acusados.

Ainda segundo Lenza (2013), com o fim da Ditadura Militar, surgiu uma nova ordem política, baseada em um Estado Democrático. Foi promulgada a nossa atual Constituição Federal, com valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. Esse novo modelo constitucional irradiou-se por todo o sistema jurídico, visto a necessidade de adequação à nova ordem constitucional, inclusive, com reformas completas do Código Civil e Código de Processo Civil e a criação de novas leis, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e Adolescente. Diferentemente, nosso Código de Processo penal, sofreu simples alterações.

O sistema inquisitório não é compatível com os preceitos da nossa atual Carta Magna, que claramente adotou o sistema acusatório, garantindo trato digno e respeitoso ao acusado, a ampla defesa e o contraditório pleno e a imparcialidade do juiz. Ainda estamos longe de uma total adequação do processo penal brasileiro aos princípios norteadores do novo Estado democrático de direito, visto que nosso sistema processual ainda possui fortes traços de inquisitorialidade.

Apesar de alguns doutrinadores defenderem a ideia de um sistema processual misto, visto a presença de normas dentro do processo penal de cunho acusatório e inquisitório, esse pensamento deve ser afastado. Não existe sistema misto, porque o sistema inquisitório não é compatível com o Sistema Acusatório. Portanto, não há possibilidade de mistura entre os dois sistemas. Nesta linha de pensamento, Miranda Coutinho (2011) afirma que não há um princípio unificador entre os dois sistemas, sendo o nosso sistema inquisitório, assim disposto:

[...] o dito sistema misto é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o

nosso), com algo (características secundárias) prove niente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.(COUTINHO, 2001, p. 11).

Ainda estamos dentro de um Sistema Inquisitivo, visto que nosso Código de Processo Penal encontra-se em desconformidade com as garantias alcançadas pelos Tratados de Direitos Humanos (dos quais o Brasil é signatário) por aqui ratificados e com a própria Constituição Federal. Esses resquícios inquisitórios dentro do Processo Penal Brasileiro trazem sérios problemas às Garantias Constitucionais dos acusados, assim como é de se extrair das palavras de Aury Lopes Junior:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tão pouco contraditório. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-autor) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (LOPES JR., 2015, p.42).

Estamos, então, diante um sistema que precisa ser revisto e que seja orientado pelo modelo acusatório, de modo a tornar as decisões dos tribunais brasileiros livres de qualquer influência inquisitória, aplicando assim, as Garantias Processuais previstas nos ordenamentos internacionais e nacionais.

3. A FUNÇÃO DO SISTEMA GARANTISTA NA LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL E INFLUÊNCIA DAS NORMAS INQUISITIVAS AO “LIVRE” CONVENCIMENTO DO JUIZ

As normas de cunho Garantista vieram para limitar o poder do Estado sobre seus subordinados. Com a Constituição Federal de 1988, normas fundamentais dos Direitos dos Homens ganharam relevante força na tentativa de evitar atrocidades já vistas no passado sombrio da humanidade.

A fim de garantir a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, foram trazidas para dentro da nossa Constituição Federal as Garantias Processuais Penais na tentativa de tornar o processo penal justo, com paridade de armas entre a defesa e a acusação, afastando o juiz da atividade probatória, permanecendo, este, na sua real função que é a de julgar. Com isso, devemos levar em consideração as palavras do grandioso Alexandre Morais da Rosa:

[...] a constituição, nesta concepção garantista, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas às práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do processo penal. (ROSA, 2013 p.32).

A aplicação das Garantias Constitucionais, dentro do processo, inibe o poder autoritário do Estado, combatendo, dentro do processo penal, o ativismo judicial. Somente com a utilização para um modelo Garantista é que o sistema processual está autorizado a emitir um juízo condenatório. Segundo FERRAJOLI (2002, p.37) “toda atividade judicial – é um “saber-poder”, quer dizer, uma combinação de conhecimento (veritas) e decisão (autorictas). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder menor será o saber, e vice-versa”.

Feitas as explanações sobre as Garantias constitucionais, cabe agora analisarmos o impacto das normas inquisitivas dentro Processo Penal Brasileiro quanto à sua influência sobre o “livre” convencimento do juiz, verificando os efeitos dessas normas na decisão final tomada pelo juiz. Diversos dispositivos legais do Código de Processo Penal demonstram um caráter inquisitivo, a exemplo dos artigos 156, 209 e 234, todos do referido Código, que assim dispõem:

· Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas

consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

- Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.
 - § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.
 - § 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.
- Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

E o que todas essas normas acima têm em comum? São normas inquisitivas que estão presentes no título VII do Código de Processo Penal, que tratam sobre as provas do processo, destinadas ao convencimento do juiz na sua tomada de decisão final. E qual a consequência disso dentro do processo? É o que explanaremos mais adiante.

Faz-se necessário esclarecer que todas essas normas acima citadas têm como base o princípio da Verdade Real. Assim Guilherme de Souza Nucci escreve:

Atuação de ofício pelo juiz: trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a

acusação ou a defesa, mas unicamente e tão somente atingir a verdade. (NUCCI, 2014, p.337).

Ocorre que a verdade real não passa de um mito para justificar o poder autoritário do Estado sobre aqueles que, teoricamente, devem ser afastados da sociedade, ou seja, a verdade real é um poder oferecido ao juiz, e quanto mais poder nas mãos do juiz, menor será seu saber sobre a realidade na sua tomada de decisões.

A fantasiosa verdade real cria para o juiz uma ilusória e sedutora consciência de que o ele pode reconstruir os fatos como eles se deram. Esse jogo de poder e busca por uma verdade real impossível de ser alcançada, acaba por criar, na consciência do juiz, uma ilusória informação perfeita, fato que, fatalmente, poderá levá-lo às decisões precipitadas, injustas e, muitas vezes, sem observância às Garantias Processuais do acusado.

A fantasiosa verdade real não passa de um mero instrumento inquisitório, capaz de justificar como verdade, fatos incapazes de serem alcançados, servindo apenas como modelo de justificativa ideológica para acalmar a consciência dos acusadores e julgadores. CARNELUTTI (1965) já demonstrou brilhantemente que a verdade no processo jamais pode ser real, pois o homem é incapaz de alcançar fatos passados, e que a verdade processual não existe, sendo a verdade real mera criação do Sistema Inquisitório. Por essa mesma linha, doutrinadores como Aury Lopez Junior afirmam o seguinte:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o "interesse público"(cláusula geral que serviu de argumentos para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários, com a busca de uma "verdade" a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinado momento históricos); e com a figura do juiz-autor (inquisidor).(LOPES JR. 2015, p.381).

A busca por essa fantasiosa verdade real faz com que o juiz abandone seu fiel papel de julgador dentro do processo e passe a justificar

sua interferência no processo no papel de jogador, o que não lhe cabe, ou seja, acumula papéis: o de acusador e o de julgador. Isso acaba por contaminar o seu “livre” conhecimento, ocasionando, inevitavelmente, uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal, podendo acarretar sérias consequências aos direitos dos acusados.

O “livre” convencimento do juiz deve sempre existir nos seus decisórios, porém, é preciso que esse “livre” convencimento tenha seus limites, limites estes, que devem ser impostos por um sistema acusatório, onde o juiz exerça puramente a qualidade de julgador, cabendo às partes a responsabilidade de trazerem a seu conhecimento os fatos necessários para que o julgador tome sua decisão final. Com cada jogador cumprindo seu papel dentro do jogo processual, a verdade será aquela mais aproximada da realidade, respeitando as garantias da defesa e acusação, podendo dizer que o “livre” convencimento do juiz foi respeitado e sem interferências externas conforme o entendimento de LOPES JR. (2015).

A estrapolação do “livre” convencimento do juiz gera atos decisórios intuitivos e subconscientes. Somos enseivados de ideologias próprias do ser humano (políticas, religiosas, culturais, etc.) e esse pensamento intuitivo e ideológico é o mais comum que usamos, porque é o mais fácil de ser aplicado, levando-nos, na maioria das vezes, ao erro, pois julgamos o que nos propomos a acreditar. Acabamos criando criminosos e o discurso político e social leva-nos sempre a obsessão de punir. Assim é dentro da própria sociedade, e o juiz por estar dentro dela acaba sendo levado por esse sentimento coletivo de justiça, onde o “inimigo” deve ser afastado do meio social, nem que para isso sejam restringidas garantias conferidas ao cidadão.

Segundo Lopes Jr.. (2015), quando não limitados o poder do juiz, criamos figuras que na aparência são boas pessoas, preocupadas em fazer justiça, ou, pelo menos, o que se entende por justiça. Assim, criamos figuras que acreditam fazer milagres em prol de um coletivo revoltado com os problemas sociais e uma mídia altamente incentivadora da comoção social.

Esse modo intuitivo do juiz, faz com que ele trabalhe com “presunção de culpa”, pois convivemos com meios sociais e midiáticos,

onde condenamos antes de realmente conhecer o acusado ou seu contexto fático, típico do modelo inquisitório, ainda presente no nosso ordenamento processual. Reforçando esse pensamento, Zanoide (2010, p.637) diz que “O círculo vicioso começa com a violação da presunção de inocência como “norma de tratamento”, pois há desautorizada e indevida exposição do imputado à mídia”.

É preciso um maior controle do juiz dentro do processo, buscando não uma verdade real, mas sim, uma verdade processual mais próxima da realidade na qual o modelo acusatório prevaleça, mantendo o juiz na posição de juiz-espectador, cabendo às partes a parte probatória. Só assim conseguiremos alcançar com plenitude, as Garantias Processuais destinadas a todo cidadão. Diante do que foi dito, não podemos deixar de trazer o pensamento de Alexandre Morais da Rosa, ao afirmar que:

A função do jogo denominado processo é a de acerto do “caso penal”: Cometida a conduta imputada, a pena somente será executada a partir de uma decisão jurisdicional, prese ao pressuposto: a reconstituição da conduta imputadano presente, acolhida por decisão fundamentada, a partir de uma visão de verdade processual decorrente em contraditório e com julgador sem função de jogador. (ROSA, 2013, p.58).

As normas inquisitórias acabam por induzir o julgador ao erro, mesmo que inconscientemente. Elas podem limitar as Garantias Constitucionais prevista pela nossa Constituição. A imparcialidade do juiz, o *In Dubio Pro Reo* e a Presunção de Inocência ficam comprometidas desde o momento que o juiz sai em busca de provas e acumula a função de acusador e de julgador. Sabemos que é impossível o juiz manter a neutralidade, mas, esta não pode ser confundida com imparcialidade. A presença do julgador fora da regra do jogo pode influenciar significativamente na sua posição, seja por indução ou por uma dúvida, fundada em uma certeza criada pelo próprio sentido de inconsciência. Não podemos assim, deixar de trazer o pensamento do estimado professor Geraldo Prado, que diz:

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (PRADO, 2005, p.218).

Podemos afirmar que o Princípio do Contraditório também é seriamente afetado pelas normas inquisitivas, pois não basta permitir que as partes debatam dentro do processo, é necessário que o juiz respeite as regras do jogo, que abra possibilidades para que as partes prequestionem, questionem e contraquestionem, a fim de analisar todas as posições trazidas ao processo e tomar a decisão mais conveniente, legal e justa. O julgador, então, deve participar ativamente dessa discussão entre as partes e buscar sempre a verdade aproximada trazida pelos argumentos das partes.

A participação ativa do juiz dentro processo do contraditório deve ser limitada com objetivo de evitar a sua participação como juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutores do juiz, o que contaminaria o contraditório e prejudicaria a defesa das partes. Deve-se evitar a atuação inquisitória do magistrado, evitando atuação de ofício e as surpresas. O contraditório pleno é o que deve sempre ser buscado. Considerando essa imposição de limite sobre juiz no contraditório, Aury Lopes Jr. Diz o seguinte:

[...] Contraditório é uma abertura necessária para evitar a manipulação da prova por parte do juiz (ainda

que inconscientemente). Sua ausência, além de constituir uma grave e insanável violação das regras do jogo (forma enquanto garantia), faz com que, segundo CORDERO, abram-se portas ao pensamento paranoide, pois, como dono do tabuleiro, o (juiz) inquisidor dispõe de peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante e se movem em quadros manipuláveis.(LOPES JR., 2015, p.373 - 374)

O nosso Código de Processo Penal, infelizmente, persiste em inúmeros traços inquisitórios, e, por mais que não possa existir um sistema puro, essas normas têm forte influência dentro do processo penal, portanto, estamos presos às amarras da inquisitoriedade. É preciso abandonarmos a “verdade real” e buscarmos uma “verdade aproximativa”, limitando o poder do juiz e estabelecendo seu papel de simples julgador. Cabendo as partes anunciarem seus argumentos e produzem as provas.

Só assim poderemos garantir o LIVRE CONVENCIMENTO do magistrado, sem qualquer interferência, tornando o Sistema Processual Brasileiro Acusatório, cumprindo o que estabelece os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, assinados e ratificados pelo Brasil, e deixando nosso Código de Processo Penal totalmente preso às normas Constitucionais brasileiras.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda fundamentação teórica exposta, chegamos à conclusão que ainda nos encontramos dentro de um modelo processual que enfraquece a defesa, modelo este, próximo de Estados autoritários. É necessário, portanto, uma readequação do Sistema processual brasileiro à nossa Constituição Federal de 1988. A utilização de normas inquisitivas em contrassenso a normas de Direitos Fundamentais são normas substancialmente inconstitucionais e não devem mais ser aplicadas dentro do Processo Penal Brasileiro.

A nossa Constituição Federal de 1988 foi um marco na legislação brasileira, a qual deve ser rigorosamente cumprida. O Brasil assumiu vários

compromissos internacionais, e tem a obrigação de adequar o Código Processual Penal brasileiro às Garantias Constitucionais estabelecidas diante da comunidade internacional e, para isso, deve-se moldar a um sistema fielmente acusatório.

Ressaltamos, que diante de tudo que foi pesquisado bibliograficamente, ficou cientificamente comprovado, que o juiz brasileiro é afetado seriamente pelas normas inquisitórias presente no nosso Código de Processo Penal, sendo este, impulsionado a agir inconscientemente, perdendo o laço com seu “livre convencimento” , induzindo-se ao próprio erro e afetando as Garantias Processuais dos acusados.

Restou, provado também aqui, que não basta apenas uma reforma no Código de Processo Penal brasileiro, adequando-se ao sistema acusatório. É preciso mudar a mentalidade da sociedade brasileira para que todos tenham ciência do que verdadeiramente é política social, pois, como já foi tratado neste trabalho, o juiz tende a agir inconscientemente e intuitivamente dentro do que a sociedade lhe impõe, ou seja, um senso de justiça muitas vezes precipitados e maléficos as Garantias constitucionais.

Sabemos que não iremos criar uma mentalidade acusatória na sociedade brasileira somente com a mudança da Lei Processual Penal brasileira, mas estamos cientes que o “ponta pé” inicial é uma ampla reforma do nosso Sistema Processual. Propomos aqui uma ampla filtragem na Lei Processual brasileira, com objetivo de eliminar ou de readequar os dispositivos incompatíveis com o Sistema Acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Gisele F.de ;**CHOI**, Vania P.;**ALMEIDA**, Andreia. Manual ABNT: regras gerais de estilo de formatação de trabalhos acadêmicos, 4º edição. São Paulo,2014.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza, V.200. Padova: RivistadiDirittoProcessuale, 1965.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda.
O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar,2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal, 3º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2002.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado, 17º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 12º edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MANUAL DE MONOGRAFIA – FACAPE. Disponível em: <http://www.facape.br/>.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Processual Penal Comentado,13º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense,2014.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 3º Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2005.

PRADO, Geraldo. Aula de Processo Penal, 2016. disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9WvxLen0rYQ>

ROSA, Alexandre de Moraes da. Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

VADE MECUM. Código de processo penal. Editora Saraiva. 26º edição. 2º semestre de 2018.

ZANOIDE, Maurício. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: análise de sua estrutura normativa para a elaboração

legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ZANOIDE, Maurício. Aula de Mentalidade Inquisitória, 2017, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WEXVUmUOSWU>

NOTA:

[1] Graduando do curso de Direito, Professor Especialista em Processo Penal

GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

CARILENE XISTO BONFIM: Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE.

DIANE JÉSSICA MORAIS AMORIM [1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise de duas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da Bahia a fim de perceber qual o posicionamento do referido órgão quanto à fixação da guarda compartilhada, que passou a ser a regra desde a publicação da Lei nº 13.058/2014, bem como entender quais os critérios para aferir a existência da Alienação Parental e a aplicação das sanções previstas pela Lei nº 12.318/2010. Toda a análise do tema foi norteadada com os conceitos doutrinários e a apreciação das leis que dispõem sobre a Guarda Compartilhada e a Alienação Parental.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, Alienação Parental, Jurisprudência do TJ-BA.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze two decisions handed down by the Bahia Court of Justice in order to understand the position of this body regarding the establishment of joint custody, which has become the rule since the publication of Law 13.058 / 2014, as well as to understand the criteria for assessing the existence of Parental Alienation and the application of the sanctions established by Law 12.318 / 2010. The whole analysis of the theme was guided by the doctrinal concepts and the appreciation of the laws that dispose on joint Guidance and Parental Alienation.

Keywords: Joint Custody, Parental Alienation, Jurisprudence of the TJ-BA.

1. INTRODUÇÃO

O direito de família trata de algo inerente a todas as pessoas, porém, a maioria da população não sabe conduzir suas relações interpessoais, suas diferenças nos relacionamentos amorosos e ter os devidos cuidados com a prole fruto dessas relações.

Nesse contexto, muitas vezes conturbado, ocorrem os divórcios ou rompimentos nas relações entre os cônjuges. Deste modo, são desfeitas as famílias; os lares perdem o aconchego e o caráter de segurança, assim se perdem as referências que são imprescindíveis para ensinar, incentivar, acolher, educar e preparar para a vida de crianças e adolescentes.

Contudo, a grande celeuma do tema não são os divórcios, mas as consequências destes, já que os filhos são expostos a vários tipos de traumas quando os pais não se entendem após o rompimento e, na maioria dos casos, expõem os menores a conflitos sem precedentes e que não deveriam presenciar.

Surgem, nesse contexto, os inúmeros casos da Alienação Parental, que ocorrem quando os genitores tentam, por vários meios, afastar o outro progenitor do convívio com os filhos. Muitas vezes, inconformados com o fim do relacionamento, veem nos menores um instrumento de vingança contra o ex-companheiro(a).

O presente trabalho se dispõe, primeiramente, a fazer uma breve exposição acerca do poder familiar, que é inerente a todos os genitores, cujo dever é de criar, educar e proteger sua prole. Em seguida, de forma sucinta, explicita os tipos de guarda, dando enfoque à guarda compartilhada, prevista em lei extravagante (Lei nº 13.058/2014) e, por fim, conceitua a Alienação Parental e trata do que dispõem os principais artigos da Lei nº 12.318/10 (Lei da Alienação parental).

A Lei nº 12.318/2010 traz mecanismos para inibir os atos alienatórios, sempre tendo um cuidado em apurar os fatos buscando, assim, a proteção dos infantes e a continuidade dos seus laços familiares sempre levando em consideração o princípio do melhor interesse do menor. O intuito da

Lei em comento é nortear as ações tomadas pelo ordenamento jurídico para frear ou inibir os atos cometidos pelos genitores ou responsáveis da criança ou adolescente, que caracterizam a alienação.

Neste sentido, este artigo se dispõe a trazer duas decisões do Tribunal de Justiça da Bahia que abordam os temas da guarda compartilhada e da alienação parental, com o intento de evidenciar a forma de identificação, combate, tratamento e as consequências punitivas dadas pelo Judiciário.

Ante o exposto, o que se pretende é ver como o Judiciário, em especial, o Tribunal de Justiça da Bahia, tem enfrentado a questão do ponto de vista prático, por meio de seus acórdãos, analisando se tais questões têm sido suscitadas pelas partes e aplicadas no cotidiano com a garantia da preservação do interesse da criança e do adolescente.

2. PODER FAMILIAR

É sabido que a nomenclatura Poder Familiar, adotada pelo Código Civil, advém do antigo pátrio poder estabelecido no direito romano, no qual, somente o *pater* (pai) exercia seu poderio sobre os filhos. E, mesmo com toda a evolução da sociedade, esse poderio masculino continuou arraigado na ideia de patriarcalismo.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu nos seus artigos fundamentais o tratamento isonômico entre homem e mulher, e com isso, passou a assegurar a igualdade de direitos e deveres entre ambos na sociedade conjugal, conforme preceitua o artigo 5º, inciso I, da CF.

De outro lado, o Código Civil Brasileiro de 2002 seguiu uma nova perspectiva em que as leis estão em consonância com a Constituição Federal. Essa nova perspectiva levou a uma evolução na igualdade de condições entre homens e mulheres. Nesse sentido, estabeleceu-se uma nova visão de como as relações familiares são formadas e quais são os papéis dos genitores, que, atualmente, estão equiparados, conforme estabelece artigo 226, § 5º da CF.

O doutrinador Miguel Reale (2014) destaca que houve uma substituição imprescindível do termo “pátrio poder” para “poder familiar” a fim de torná-lo adequado à igualdade entre homens e mulheres determinada pela Constituição, adotada pelo Código Civil e, posteriormente, seguida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por conseguinte, o Poder Familiar é um conjunto de direitos e deveres dos genitores em relação à sua prole. Tendo como premissa básica, segundo Maria Berenice (DIAS, 2016), que os filhos deixaram de ser objeto do poder familiar e passaram a ser sujeitos de direitos. Diante dessa nova visão, foi necessária a modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que o envolve. Não se trata somente do exercício de uma autoridade, mas também de um encargo imposto por lei aos pais.

Vale mencionar ainda, o doutrinador Miguel Reale, o qual defende que o Estado é responsável por estabelecer limites ao poder de atuação dos titulares do poder familiar, situação esta que até então não era prevista no Código Civil de 1916. A ideia predominante é de que poder deixou de ser somente dos pais e passou a ser incumbido ao Estado, como uma fixação jurídica do interesse dos filhos.

Tal entendimento também é defendido pela doutrinadora Maria Berenice Dias, a qual ressalta que o Estado pode agir de forma subsidiária na autonomia familiar:

“A autonomia da família não é absoluta, sendo cabível, e vez por outra salutar, a intervenção subsidiária do Estado. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre as duas situações opostas; a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assume o poder de direção da família”. (DIAS, 2016, pág. 783)

Por fim, ainda nessa linha, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, com base no Princípio da Proteção Integral, em seu artigo 249, que o inadimplemento dos deveres inerentes ao poder familiar configura infração susceptível à pena de multa, “*in verbis*”:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009).

Malgrado o pátrio poder seja no âmbito privado, quando não exercido conforme os preceitos legais, torna-se um múnus público imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Assim sendo, mesmo que o Estatuto esteja regulado no Princípio do melhor interesse, que determina prioridade das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da Lei, tal sanção, prevista no artigo em comento, não possui grande incidência do seu uso pelo Judiciário.

3. DA GUARDA E SEUS TIPOS

A guarda é a consequência do poder familiar e se traduz no binômio: direitos e deveres dos pais em relação às crianças e adolescentes, projetados na assistência material e moral, conforme preceitua a legislação pátria vigente. Essa noção de guarda não era prevista no Código Civil de 1916, pois não havia o reconhecimento dos filhos como seres humanos e, sim, como objetos. Destarte, somente no Código Civil de 2002 os filhos passaram a ser reconhecidos como seres humanos dotados de dignidade, sendo relacionados seus direitos fundamentais, apontando também o direito de convívio com ambos os pais, independente de coabitação.

Essa abordagem surgiu somente no Código Civil de 2002, sendo alterado, posteriormente, pela Lei nº 13.058/2014, sempre pautando a guarda em premissas como inalterabilidade das relações pais e filhos e da continuidade das relações parentais.

Segundo Dias (2016), a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. Assim, hodiernamente, o que importa para o direito de família é a afetividade, os laços de afeto e solidariedade entre os familiares.

O tema guarda gera muitos conflitos, no sentido de que as pessoas têm confundido a guarda compartilhada com o regime de convivência que é estabelecido após o divórcio.

O Código Civil, no capítulo atinente ao direito de família, traz, de forma expressa, que quando o casal tem seu divórcio decretado, o poder familiar dos genitores e a convivência com seus filhos deve permanecer de forma íntegra. E isso é indiferente ao tipo de guarda adotada pelo casal ou, até mesmo a estabelecida por lei.

Levando em conta que o poder familiar é bastante complexo no que tange aos direitos e deveres, e que para seu exercício não é necessário que os pais estejam convivendo, vez que a titularidade desses direitos e obrigações subsistem ao fim da sociedade conjugal, cabe aos pais – mesmo após o divórcio – a responsabilidade de manutenção da criança, educá-la, cuidar da saúde, bem como definir os melhores caminhos, tanto no âmbito extrapatrimonial quanto patrimonial.

Dissolvida a sociedade conjugal, o poder familiar é exercido de diversas formas pelos genitores, sendo por meio da guarda, a qual pode ser unilateral, compartilhada ou alternada.

Neste sentido, o artigo 1583 do Código Civil de 2002:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Extraí-se do Código Civil que a denominada guarda unilateral ou exclusiva é exercida por apenas um dos genitores, quando um deles não tem interesse em exercer a guarda (art. 1.584, § 2º). Mesmo com a guarda unilateral, subsiste o direito de convivência, vez que não retira ou impõe limitações ao poder familiar do genitor que não é guardião.

Cabe registrar que somente é suspenso ou extinto o poder familiar quando a guarda da criança é deferida a um terceiro. A lei estabelece que ocorrendo situações em que a criança é colocada em família substituta (ECA art. 28) ou a guarda é deferida a um terceiro (art. 1.584, § 5º CC/02), ocorrem as hipóteses de suspensão ou extinção desse poder familiar, persistindo tão somente a obrigação de prestar alimentos. Confira:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

Frise-se ainda que não há transferência ou perda do poder familiar quando o cônjuge guardião contrai nova sociedade conjugal, haja vista o Princípio da Incomunicabilidade previsto no art. 1.636 do CC/02. A lei, novamente, põe a salvo qualquer modalidade de interferência do novo cônjuge ou companheiro na relação entre os genitores e seus filhos.

Outra modalidade de guarda é conhecida como alternada e ocorre quando os genitores se revezam em períodos exclusivos de guarda, resguardado o direito de visita. A doutrina defende que não é recomendável que esse tipo de guarda seja deferido, pois, na prática, pode gerar confusões psicológicas ao menor, fazendo com que a criança perca um referencial, já que receberá tratamentos diferentes quando na casa da mãe ou do pai.

Já a modalidade de guarda conhecida como Compartilhada ou Conjunta, que será objeto desse artigo, ocorre quando ambos os genitores são responsáveis pela guarda do filho.

Estabelece o art. 1.583, § 1º CC/02, segunda parte, compreende-se “por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

Com a guarda compartilhada, manter-se-á, mesmo que impositivamente, o casal parental, ou seja, será conservado o contato da prole com os seus dois genitores: pai e mãe dividirão isonomicamente o mesmo tempo e a mesma responsabilidade legal em relação aos filhos, compartilhando as obrigações e resolvendo conjuntamente todas as questões importantes da vida do infante, tais como a escolha da escola que o menor iniciará e permanecerá até o fim de seus estudos, as atividades extracurriculares (judô, ballet, línguas estrangeiras, natação etc.), as decisões relativas à saúde, além de outras questões importantes e fundamentais para o bom desenvolvimento da criança. Esse rol de incumbências deixa de ser uma obrigação unilateral (genitor guardião), passando a ser dever de ambos os genitores, que participarão de forma intensa e efetiva da vida de seus filhos. (DELGADO, 2018, pág. 39)

Nesse sentido, a alteração do Código Civil foi no sentido de que a regra para a fixação da guarda será a compartilhada, mesmo que residam em lugares distintos não será empecilho. Nestes casos específicos, o critério para fixação da guarda será a moradia que atenderá o melhor interesse do infante conforme preceitua o artigo 1583, § 3º, CC.

Além do elencado, percebe-se que para que se tenha sucesso na guarda compartilhada os pais devem se dar bem, pois é necessário que convivam em harmonia para entrar num acordo e perceberem o que é melhor para os filhos. Ressaltando que a guarda tem efeitos limitados, não se confunde com o exercício do poder familiar, pois este sempre será de ambos os genitores.

Assim, na guarda compartilhada, a modificação foi somente no convívio que passou a ser dividido entre os genitores, já que o direito de custódia e as responsabilidades permanecem os mesmos para ambos. Portanto, essa modalidade de guarda deve ser interpretada como um incentivo à participação igualitária dos genitores na educação, convivência e responsabilidade afetiva e financeira dos filhos.

4. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O fenômeno da alienação Parental ocorre há muitas décadas, mas somente começou a ser reconhecido e ter destaque na década de 80, com o professor de psiquiatria dos EUA Richard Gardner, que definiu a existência da síndrome da alienação parental. Assim:

A síndrome de alienação parental é um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças, sua manifestação preliminar é acompanhada da denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para

caluniar o genitor-alvo. (GARDNER, 2002, não paginado).

No Brasil, esse problema, que é enfrentado por muitas famílias, era tratado como uma doença, denominada Síndrome da Alienação Parental, a qual era regulada, inicialmente, pela Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 e, posteriormente, em 2003, mas não foi reconhecida pelo Poder Judiciário (devido à incidência desse fenômeno nas lides familiares) como uma patologia. Assim, para analisar de forma aprofundada esses casos, o Judiciário passou a se utilizar de profissionais como psicólogos e assistentes sociais, para a possível identificação do transtorno em crianças.

No entanto, somente em 2010 foi criada a Lei nº 12.318/2010 que trata especificamente do assunto. Maria Berenice Dias (2016, pág. 907) explica que:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, como sentimento da rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo da vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal.

A alienação acontece, na maioria das vezes, de forma sutil e traz consequências desastrosas na vida da criança. Os pais as utilizam como “moeda de troca”, com forma de atingir o ex-cônjuge de forma que esquecem que aquele “objeto” é um ser humano, uma folha de papel em branco que necessita de bons exemplos para crescer e construir sua própria história.

Assim sendo, percebe-se que os critérios de identificação da alienação se dão quando o genitor alienado (vítima) percebe que o infante passa a atacá-lo, profere palavras injuriosas e agressões desmotivadas. Esse momento inicial caracteriza-se quando a criança já absorveu a campanha do genitor alienante (autor) e, ela mesma, passa a assumir o papel de atacar o genitor alienado.

Outra forma de identificação da patologia é a ausência de ambivalência no ódio dirigido a progenitor, pois é inerente ao ser humano a noção de que ninguém é absolutamente bom que não tenha uma parte má, pois todas as situações têm dois lados. Mas para o infante, nessa situação, só há maldade. Nesse sentido, Madaleno (2014, não paginado) explica que:

O ódio demonstrado pelo filho em relação ao pai alienado é equiparado ao fanatismo terrorista, não existem brechas, não há espaço para diálogo ou concessões. De outro modo, o genitor alienador é visto como um indivíduo totalmente bom, imaculado e sem falhas, onde qualquer reprovação à sua conduta é prontamente refutada, em defesa visceral, como se fosse um ataque à sua própria pessoa, sendo o conflito entre os pais vivido pelos filhos, que, ao se aliarem a um dos genitores, se transformam em guerreiros fiéis e cruéis.

A alienação parental causa uma confusão mental à criança, pois esta se sente desencantada pelo genitor alienado (vítima) ou acredita que odeia, mas, no seu íntimo, ama-o. Esse turbilhão de sentimentos reflete de forma incisiva na sua personalidade, vez que a mesma passa a definir que seus atos e decisões são de sua vontade e que não há interferência do outro genitor. Ainda sobre o assunto, destaca Maria Berenice:

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade – quando atingida - revela-se remorso de ter alienado e desprezado um genitor

ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afeto (DIAS, 2016, pág. 909).

Diante da patologia instalada, os filhos demonstram ausência de culpa em relação aos sentimentos do genitor alienado. Assim, o vínculo afetivo começa a se deteriorar, há um distanciamento qualitativo, não apenas com a relação ao genitor, mas também em relação à sua família.

Enfrentar essa síndrome é extremamente difícil também para o pai alienado que se sente impotente e, em muitos casos, acaba se afastando do filho tornando irreparável a lacuna formada nessa unidade familiar. Nesse mesmo sentido, também é difícil para o profissional do direito demonstrar que ocorre essa patologia, muitos não sabem como alegar, pois as provas são subjetivas e difíceis de serem colhidas.

Porém, mesmo recrutada, a equipe multidisciplinar (composta por psicólogos e assistentes sociais), muitas vezes esses profissionais podem ser, inicialmente, ludibriados pelo genitor alienador. Isso é muito comum, há livros e documentários com relatos que tratam de tal conduta, como “A morte inventada” dos cineastas Alan Minas e Daniela Vitorino. E até ser descoberta a farsa, o mal já se entranhou e devastou o lar desse infante.

Há uma forma ainda mais perigosa de alienação parental que é posta em prática ao afirmar que houve abuso sexual daquela criança, trazendo para a mesma uma falsa memória do ocorrido em época passada. Além disso, traz ainda a sensação de que aquela situação de fato aconteceu, causando uma repulsa e uma revolta muito maior dentro do infante. Além de criminosa, essa conduta é de uma crueldade imensurável que pode causar problemas psicológicos infinitos na vítima e isso, infelizmente, interferirá decisivamente no modo de conduzir sua vida bem como em suas relações interpessoais.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), visando amenizar tais casos. A Lei considera a alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida por um dos genitores, avós, ou qualquer outra pessoa que

detenha a guarda na tentativa de fazer com que o menor não estabeleça vínculos com um dos seus genitores.

Nesse sentido, a referida Lei foi sancionada com intuito de abortar qualquer início ou tentativa de alienação parental, pois impõe ao juiz a tomada de providências de urgência, tendo prioridade na tramitação do processo nos casos de suspeita de alienação.

A legislação posta foi essencial para sanar a lacuna no direito familiar, pois, anteriormente, não havia legislação específica tratando do assunto. A doutrina majoritária adota apenas o termo alienação parental, não a considerando uma síndrome, conforme os estudos de Richard Gardner, sendo termo o adotado também pela lei e pelos posicionamentos dos próprios tribunais.

A doutrina e a Lei esclarecem o conceito da alienação parental, em seus incisos, e estabelece um rol exemplificativo de condutas da prática de alienação. Assim, além de servir de parâmetro para a atuação dos operadores do direito, esclarece que a função precípua do Judiciário, nesses casos, é restabelecer os laços entre o infante e o ascendente alienado e, havendo necessidade, ordenará a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, com perito que tenha experiência na área e, inclusive, acompanhando o juiz na oitiva do infante.

O artigo 2º da lei, no caput e seus incisos, estabelece um rol exemplificativo de casos de alienação parental, prescrevendo de forma incisiva que seu exercício fere os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. *In verbis*:

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 avós 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 à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Já o artigo 4º estabelece alguns cuidados que o Poder Judiciário deve ter ante a situação, vejamos:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz

determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

O parágrafo único do artigo 4º impõe um combate à alienação parental, sendo necessária uma imediata e rigorosa aplicação das medidas impostas para assegurar ao genitor e ao menor o direito ao contato constante, ressalvados os casos de riscos à integridade física ou psicológica do infante, mediante laudo atestado por profissional designado pelo juiz para o acompanhamento das visitas.

[...] O ato declaratório de indício de alienação parental opera-se, pois, em cognição sumária, devendo haver a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para que se torne possível a designação de medidas urgentes de reaproximação da criança ou do adolescente com o pai ou mãe em relação ao qual esteja havendo a prática de embaraço ao exercício do poder familiar (LÉPORE e ROSSATO, **2010**).

O artigo 6º da Lei estabelece, mediante laudo comprobatório, várias sanções possíveis de serem aplicadas ao genitor alienante, num processo judicial, estando listadas nos incisos deste artigo. Portanto, a lei tem caráter educativo e punitivo, devendo ser enérgica nas punições para que haja uma perfeita harmonia do discurso previsto na lei e a efetiva sanção e, assim,

tentar coibir a prática desse mal que assola grande parte dos lares brasileiros.

Portanto, a referida lei está em perfeita consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual já prevê mecanismos de punição para inibir os efeitos da alienação parental, tais como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental.

Além da efetiva utilização da lei, é necessária a conscientização da população quanto à prática dessa violência silenciosa e que é assunto de caráter público que deve ser extirpado da nossa sociedade.

5. TRIBUNAL DE JUSTIÇA -BA: DECISÕES DE GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

A pesquisa do presente trabalho tem por finalidade a análise das decisões gerais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre os casos de guarda compartilhada e a comprovação da existência da alienação parental. Assim, primou-se por uma análise sucinta, do ponto de vista prático, das decisões relativas a agravos de instrumento, apelações e sentenças que são submetidas ao duplo grau de jurisdição.

Todavia, como tais processos, que envolvem o direito de família, correm em segredo de justiça, não foi feita uma análise com maior profundidade. Porém, teve-se acesso, através da pesquisa, a duas decisões distintas proferidas pelo Tribunal de Justiça da Bahia, a respeito da fixação da guarda compartilhada e da comprovação da prática da alienação parental.

A principal finalidade da análise é a verificação da ocorrência dos casos de alienação parental e as sanções aplicadas, embasadas na lei que dispõe sobre a alienação parental. Para isso, em consulta ao site do Tribunal de Justiça da Bahia foi pesquisada, do dia 27 de outubro ao dia 31 de outubro, jurisprudência contendo as expressões "alienação parental e guarda compartilhada".

Eis, o primeiro caso: a ementa em comento trata-se do indeferimento da guarda compartilhada, por estar patente a ausência de condição da genitora cumulada com a comprovação da alienação parental de ambos os genitores.

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DE CADA CASO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA MÃE EM EXERCER A GUARDA UNILATERAL OU COMPARTILHADA. ATRIBUIÇÃO DA GUARDA UNILATERAL AO PAI. DIREITO DE VISITAS DESACOMPANHADAS. NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO. ALIENAÇÃO PARENTAL. OCORRÊNCIA. ADVERTÊNCIA. CABIMENTO. 1. A fixação da guarda dos filhos menores, no casos de separação do casal, deve atender ao princípio do melhor interesse da criança, diante de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Somente o exame atento das circunstâncias de cada caso concreto, com sensibilidade, poderá revelar a melhor solução para a criança, de modo que não há falar em preferência pela mãe, inclusive em face do princípio constitucional da igualdade entre os genitores. 2. **Constatada a inaptidão da mãe para o exercício da guarda unilateral ou mesmo compartilhada, revela-se acertada a sentença que determina a permanência dos filhos menores sob a guarda unilateral do pai, sobretudo quando amparada em relatórios psicossociais, lavrados por profissionais qualificados e imparciais.** 3. Em respeito à vontade dos filhos, deve ser resguardado e ampliado o direito de visitação, fora da residência paterna e sem vigilância, a fim de que aqueles possam cultivar e reforçar os laços afetivos com a mãe. 4. Verificada a prática de atos de alienação parental pelos genitores,

deve o magistrado aplicar uma das sanções previstas no art. 6º, da Lei nº. 12.318/2010, com atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo certo que a advertência é a mais branda dentre elas. Apelo do autor improvido. Apelo da ré parcialmente provido. (TJ-BA 2016).

No primeiro caso, em apertada síntese, o juízo de Direito da Vara Cível da Comarca de Poções, julgou procedentes os pedidos formulados em ação de modificação de guarda pelo autor (genitor), em desfavor da ré (genitora), para conceder a guarda dos filhos ao autor e conceder à ré o direito de visitas não supervisionadas em finais de semanas alternados, julgando improcedente o pedido contraposto em face da inaptidão da ré para o exercício do poder familiar, revelando-se desaconselhável, ainda, a guarda compartilhada, até porque comprovada a existência de graves conflitos entre os genitores. Ao final, o juiz advertiu as partes a não mais praticar atos de alienação parental.

Nesse contexto, as partes ainda interpuseram Apelações cíveis simultâneas, cuja análise coube aos desembargadores componentes da terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, que em unanimidade de votos, conheceram e negaram provimento à apelação. O colegiado ratificou, assim, a decisão do juízo *a quo* em que ficou estabelecida a guarda unilateral, visto que há a ausência de condições da genitora exercer a guarda. Restou patente a alienação parental por ambos os genitores, conforme atestam os depoimentos do infante, das testemunhas e os relatórios psicossociais.

No caso em comento, foi aplicada aos genitores também, uma advertência em razão da prática de atos de alienação parental e, o juízo ainda, determinou que o direito de visita fosse exercido pela genitora sem vigilância. Da leitura dos autos, ficou demonstrado que o autor praticou a alienação parental ao dificultar o contato da criança ou adolescente com o genitor e dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar, ambos previstos no artigo 2º, incisos III e IV da Lei 12.318/ 2010.

Segue a ementa do segundo caso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. DIREITO DE VISITA REVOGADO. **FIXADO REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA.** INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESACONSELHASSE A MEDIDA. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DO INFANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. O convívio familiar é uma garantia prevista na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, e tem como objetivo atender ao melhor interesse do menor. Vale ressaltar que tal direito sofrerá restrições apenas quando evidenciados indícios de violência ou alienação parental, situação não comprovada no bojo dos autos. O § 2º do art. 1.584 do CC, com as alterações introduzidas pela Lei 13.058/2014, prevê, como regra, que deve ser aplicada a guarda compartilhada no âmbito familiar em que ocorrer a separação dos pais, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar. Inexiste nos autos elementos que desaconselhassem a medida, ainda mais que os pais dispensam os melhores cuidados com o filho e somado a isso, disputam usufruir por maior tempo com a criança. A decisão combatida de ser mantida, na medida em que preserva os interesses do menor. (TJ-BA, 2016)

O segundo caso escolhido trata-se de um agravo de instrumento interposto pelo autor, vez que o Tribunal de Justiça da Bahia negou o provimento do recurso entendendo de modo diverso do primeiro caso quanto à fixação da guarda compartilhada. Neste caso, fez-se necessário estabelecer o regime de guarda compartilhada, baseando-se em dados relevantes que foram apanhados no desenvolvimento do processo, e levou em conta os fortes vínculos afetivos, recíprocos, da criança com os pais, fixando a guarda compartilhada para resguardar a convivência com ambos

e para que os pais possam, conjuntamente, responsabilizar-se pelo exercício de direitos e deveres do filho.

Com base em tudo que foi apresentado, percebe-se que a justiça possui um papel imprescindível na resolução dos conflitos, mas para a justa resolução de casos tão subjetivos, quanto os de direito de família, faz-se necessário uma equipe permanente de técnicos qualificados (psicólogos e assistentes sociais), especialistas em alienação, para saber a gradação da mesma, ou seja, para saber até que ponto a saúde física e psicológica da criança ou adolescente está comprometida.

Assim, pode-se inferir que mesmo com as leis vigentes tanto a guarda compartilhada quanto a alienação parental ainda são considerados temas novos para os tribunais brasileiros, pois tratam-se de novos rumos para as famílias e sem muitos precedentes disponíveis no Tribunal de Justiça da Bahia, sendo, portanto, muito incipientes os julgados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo de diversas posições doutrinárias de dois julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia, percebe-se que a fixação da guarda compartilhada não será o medicamento milagroso para a cura dos distúrbios familiares e, mesmo sendo a regra estabelecida pela *novatio legis*, não tem representado a maioria dos casos que ainda permanecem como guarda unilateral. Constatou-se ainda que situações desse naipe, ocorrem por diversos fatores como, por exemplo, a falta de interesse dos genitores/responsável em manter/obter a guarda bem como as condições psicológicas dos responsáveis.

De um modo geral, tanto na doutrina quanto no texto da Lei, a mãe, que normalmente é quem exerce a guarda da criança, é considerada a alienante. Porém, hodiernamente, considera-se alienante não somente quem tem a guarda, mas o pai ou outra pessoa que possua o direito de visita.

É válido salientar que o Judiciário não deve ser a primeira opção a ser procurada para a resolução desses conflitos. Pois, ao detectar um caso de

alienação parental, deverá o genitor (a) alienado procurar apoio psicossocial, tentar manter um diálogo constante com o filho e conversar com o (a) genitor (a) alienante no intuito de dirimir o conflito. Somente após tomar tais medidas, deverá o (a) alienado (a) requerer ao Juízo da Vara de Família, Infância e Juventude as providências cabíveis.

O Judiciário pugna sempre pelo melhor interesse da criança. Sendo que a forma de aferir é medida pelo apego ou indiferença a algum dos pais; condições materiais, como alojamento, proximidade da escola, círculo de amizades, ambiente social, qualidade dos cuidados; e convivência com os irmãos, que não devem ser separados.

Dessa forma, estabelecem qual o melhor para o infante. Assim, na guarda compartilhada, buscam devolver aos pais separados a cogestão na autoridade parental para que os filhos não percam suas referências e sigam de forma igualitária com ambos os genitores/responsáveis.

Conclui-se, portanto, que a Lei nº 12.318/2010 apresenta-se como um instrumento de grande importância no Direito de Família, porém a mesma não possui como primordial objetivo, a prevenção da Alienação Parental, serve somente na fase do combate à anomalia. Afinal, a mesma virá a ser utilizada somente após a comprovação por meio de laudos técnicos periciais elaborados por equipe multidisciplinar e somente após tal perícia, é que o magistrado deverá decretar o fato impondo as sanções devidas.

Em suma, mesmo sendo uma lei recente, o Poder Judiciário tem se utilizado dos dispositivos desta para assegurar o bem estar do menor, no intuito de amenizar os danos causados com essa prática tão perversa, de privar o filho do convívio paterno ou materno-filial. Sabe-se que a lei, por si só, não é suficiente para extinguir a alienação parental, porém, trouxe um grande avanço para atenuar os desmandos do pai guardião e assegurar um convívio familiar, da forma mais saudável possível, ao filho.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Tribunal de Justiça. **APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** APL: 00000519320148050199, Relator: Rosita Falcão de Almeida

Maia, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 05/10/2016. Disponível em: <https://tjba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422929439/apelacao-apl-519320148050199>. Acesso em outubro de 2018.

BAHIA, Tribunal de Justiça. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. FIXADO REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA. AI: 00181664620158050000**, Relator: Edmilson Jatamy Fonseca Júnior, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 20/04/2016, disponível em: Acesso em outubro de 2018.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Lei 8069/90, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: Acesso em setembro 2018.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre Código Civil. Disponível em: Acesso em outubro 2018.

_____. **Lei 12.318/10, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a Alienação Parental São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Lei 13058/2014 de 22 de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Guarda Compartilhada. Disponível em: Acesso em setembro 2018.

CLEMENTE, Isabel. **Filhos usados na vingança**. Disponível em <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/isabel-clemente/noticia/2014/11/filhos-usados-na-bvingancab.html> Acesso dia 25 de outubro de 2018.

DELGADO, Mario./ Antônio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. – 3ª ed. rev., atual. e ampliada – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** (livro eletrônico) 4ª ed- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cespedes e Fabiana Dias da Rocha. – 14ªed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

GARDNER, Richard. **O DSM tem equivalente para diagnóstico de síndrome de alienação parental SAP**. Disponível em Acesso dia 23 de outubro de 2018.

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. **Comentários à lei de alienação parental: Lei nº 12.318/10**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: . Acesso em: outubro de 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, A. R. Artigo: **LEI 12.318/10 – Uma análise da Lei da Alienação Parental**. Disponível em: < <https://adrianaribeiroprado.jusbrasil.com.br/artigos/185391957/lei-12318-10-uma-analise-da-lei-da-alienacao-parental>.> Acesso em outubro de 2018.

REALE, Miguel. **Função Social da família no código civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>.> Acesso em outubro de 2018.

NOTA:

[1] Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil na especialização lato sensu promovida pela ESA/OAB em parceria com a Faculdade Maurício de Nassau. Professora Auxiliar da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE).E-mail: diane.amorim@facape.br.

O DIREITO À VIDA DEVE SER ENTENDIDO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

WELTON CHARLES BRITO MACÊDO:

Advogado. Sócio Sênior da sociedade Santos e Saint Martin Advogados Associados. Pós-graduado em Direito Processual Civil Ex-Professor de Direito Processual Civil da Universidade UNIRG. Formação Continuada em Direito Constitucional, Direito Médico e Direito Civil

A Dignidade da Pessoa Humana é o vetor de todos os direitos e garantias individuais. O Estado deve respeitar as decisões pessoais de caráter existencial como a que é tomada por um paciente adulto e capaz que recusa um determinado tratamento (v.g., transfusão de sangue) por motivos de convicções religiosas (como no caso das Testemunhas de Jeová).

É fato facilmente perceptível que existe no Brasil uma concepção sacra e com origem religiosa a respeito da vida, o que acaba interferindo na interpretação neutra do “direito à vida” insculpido no artigo 5.º, *caput* da Constituição Federal. Esse artigo, contém os chamados direitos e *garantias* fundamentais do cidadão. Nas palavras sempre autorizadas do **Professor Nelson Nery Junior** em palestra proferida no ano de 2017 no *VII Congresso de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina*, ‘o artigo 5.º da Constituição Federal baliza até onde o Estado pode ir e a partir de onde o Estado não pode intervir. Esses direitos e garantias fundamentais existem exatamente para que o cidadão possa se contrapor ao poder do Estado e de terceiros em *relação* a ele’. Desta forma, logo de entrada é possível apontar que os direitos e garantias fundamentais não podem ser interpretados em desfavor do próprio cidadão, porque isso acarretaria um contrassenso, ou seja, anularia a proteção a que o cidadão tem direito.

Como então deve ser entendido o direito à vida previsto no artigo 5.º da Constituição Federal? Para responder a essa pergunta é preciso ter em mente que paralelo aos direitos *fundamentais*, a Constituição Federal em

seu artigo 1.º, inciso III, erigiu como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o direito à vida deve ser interpretado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o ordenamento jurídico pátrio não protege apenas o direito à vida biológica, mas protege o direito à vida digna, considerando o ser humano como um todo, com todas as suas peculiaridades, desdobramentos e valores.

Isso nos leva a uma primeira conclusão: O valor objetivo da vida humana deve ser conciliado com o conjunto de liberdades básicas decorrentes da dignidade com autonomia, não se restringindo apenas à existência biológica da pessoa (**CARVALHO, Kildare Gonçalves**, Direito Constitucional Didático, p. 189, 3ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994). Ou seja, quando a *Constituição* Federal fala em direito à vida, ela não está falando na vida no sentido *stricto sensu*, mas sim no sentido *lato sensu*.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco – CREMEPE enfrentou essa temática quando analisou a recusa de paciente Testemunha de Jeová em permitir transfusão sanguínea. Desse estudo resultou o Parecer n.º 29/2016, em que foi relatora a Conselheira Helena Maria Carneiro Leão. Ao abordar qual deveria ser a concepção do direito à vida expresso na *Carta Magna*, esse parecer destacou com muita correção que o paciente ao afirmar a sua recusa a um determinado tratamento, está na verdade exercendo o próprio direito à vida digna, o qual considera o ser humano como um todo, incluindo seus valores e sentimentos, dentro do escopo da liberdade pessoal e da autonomia moral. E o mencionado parecer concluiu destacando que sopesar a dignidade humana transcende o entendimento de ter que salvar uma vida a qualquer custo, partindo do princípio de que a vida humana não é apenas biológica, mas é também biográfica e simbólica, e que a dimensão humana vai além da sua mera capacidade orgânica.

Essa concepção de vida digna por vezes faz levantar uma questão de alta indagação: O direito à vida é indisponível? Ou dito de outro modo, o direito à vida é um direito absoluto? A resposta é inequivocamente negativa. Embora seja um direito de primeira grandeza, há hipóteses constitucionais

e legais em que se admite a sua flexibilização. A assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se trate do exercício de outras liberdades básicas pelo próprio titular do direito. A este respeito, o **Colendo Supremo Tribunal Federal** já decidiu que "*Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.*" (STF - MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/5/2000).

Realmente, a ordem jurídica já garante e o Estado tem respeitado decisões pessoais de caráter existencial, *mesmo* quando tais decisões parecem ir de encontro à proteção da vida. São inúmeras as situações em que o direito à vida costuma ser relativizado, sem maiores controvérsias, permitindo-se ao indivíduo fazer escolhas que colocam em risco a sua existência física para defender um valor, um mandado de consciência ou uma liberdade eticamente inviolável. O eminente **Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal**, quando ainda era Procurador do Estado do Rio de Janeiro, em parecer sobre a *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová* (abril de 2010), cita como exemplo o fato de o Estado não proibir alguém de prestar ajuda humanitária em uma região de guerra ou de praticar esportes radicais como o alpinismo, o paraquedismo e o *wingsuit*, ainda que o risco seja elevado ao extremo. Essas são escolhas pessoais legítimas nas quais o Estado não interfere. E ele continua: "*Os exemplos poderiam ser multiplicados. Uma pessoa que tenha histórico familiar de câncer não pode ser obrigada a se submeter a exames periódicos ou a evitar fatores de risco para a doença. Não se pode impedir uma mulher de engravidar pelo fato de ser portadora de alguma condição que esteja associada a elevado risco de morte na gestação.*" De fato, nessa mesma linha, uma mulher estaria legitimada jurídica e eticamente a colocar sua vida em risco para se defender de uma tentativa de estupro. Isso significa que ela pode, lícitamente, valorizar mais a sua liberdade sexual (que compõe o conjunto de valores de uma vida digna) do que a sua própria vida biológica.

Nas palavras do **Ministro Luís Roberto Barroso** "*O Estado não pode pretender viver as nossas vidas para nos poupar de escolhas equivocadas, até porque o que parece equivocado para um não será equivocado para*

*outro. Portanto, o papel do Estado é permitir que cada um viva a sua própria convicção, o seu ideal de vida boa". (RE 898.450/SP, STF, Pleno, j. 17/08/2016, excerto do voto). E no parecer já citado, o **Ministro Barroso** explica que "A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas." E nas 'decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros, o Estado não pode interferir para subtraí-las do indivíduo, sob pena de violar a sua dignidade'.*

De fato, o direito de livremente se manifestar é condição mínima a ser observada em um Estado Democrático de Direito. É uma condição indispensável para que o cidadão possa desenvolver sua personalidade em seu meio social. A liberdade implica, no dizer do doutrinador **José Adércio Leite Sampaio**, a não intromissão e o direito de escolha (*Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 264). Em relação à não intromissão, há um espaço individual sobre o qual o Estado não pode interferir, na medida em que *representa* um sentido afirmativo da própria personalidade do indivíduo.

Assim, não há como refutar que a ordem jurídica permite que o indivíduo faça escolhas existenciais *legítimas*, relacionadas com seu projeto de vida, ainda que isso resulte em risco à sua integridade física. Contudo, assumir tal risco não constitui renúncia ao direito à vida. O Estado deve se refrear de interferir numa escolha existencial como a que é tomada por um paciente adulto, que por motivos religiosos recusa uma determinada terapia médica. Trata-se de uma decisão consciente e esclarecida do paciente, baseada nas suas convicções e valores mais íntimos, que o definem como ser humano, sujeito de direitos e merecedor de dignidade.

São *diversos* os precedentes jurisprudenciais pátrios em que o direito à vida tem sido observado à luz do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, especificamente em casos de cidadãos que

se recusam a receber transfusão de sangue por motivos religiosos, como ocorre com as Testemunhas de Jeová. Como exemplo:

“CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PACIENTE INTERNADO. TRATAMENTO APLICADO PELA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. TRANSFUSÃO DE SANGUE COMPULSÓRIA. RECUSA DA PESSOA ENFERMA. OPÇÃO POR MODALIDADE DIVERSA DE TRATAMENTO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À LIBERDADE. DIREITO DE ESCOLHA DA ESPÉCIE DE TRATAMENTO MÉDICO. LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A opção de escolha pela modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, é conduta que possui a natureza de direito fundamental, protegida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

2. É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal. (...)”

(TRF da 1.ª Região – Agravo de Instrumento n.º 0017343-82.2016.4.01.0000/MG, Rel. Kassio Nunes Marques, Julg. em 16/5/16; grifos acrescentados).

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE

CRENÇA. (...) Aparentemente, o direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. (TJMG - Agravo de Instrumento [1.0701.07.191519-6/001](#), Rel. Alberto Vilas Boas, Julg. em 14/08/07; destaques acrescentados).

No mesmo sentido: **TJSP** - AI nº 0065972-63.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, 9/4/2013; **TJSC** – Apelação nº 2011.042775-0, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, 26/4/2012; **TJSC** – AI nº 2011.016822-7, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, 25/3/2011; **TJSP** – AI nº 0573992-88.2010.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, 6/4/2011; et al.

Nesta linha de raciocínio, convém trazer à lume mais duas decisões primorosas proferidas por magistradas integrantes do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, que contêm relevantes *fundamentos* para o tema em foco, a saber, a preservação dos direitos e garantias fundamentais impressos na Lei Maior, notadamente a salvaguarda da dignidade humana.

A primeira *delas* foi proferida pela **Juíza Wanessa Lorena Martins de Sousa Motta**, nos autos do processo nº 5006372-28.2011.827.2729, que tramitou perante a 1ª Vara dos Feitos das Fazendas e Registros Públicos da Comarca de Palmas/TO. Nessa decisão restou destacado, com muito acerto, que "*sob o enfoque do princípio constitucional da 'dignidade da pessoa humana' (art. 1.º, III, da CF), o direito do paciente Testemunha de Jeová de receber tratamento médico sem transfusão de sangue*" deve ser respeitado e protegido pelo Estado, não cabendo à Administração Pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los.

De fato, conforme ressaltado nessa decisão, "*o direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes*". E concluiu a magistrada prolatora da decisão

acima que *"o direito de escolher tratamento médico sem transfusão de sangue motivado por questões religiosas, é uma projeção da dignidade da pessoa humana"*.

A segunda decisão foi proferida pela **Juíza Ana Paula Araújo Toríbio**, nos autos do processo nº 5005200-51.2011.827.2729, respondendo pela 3ª Vara dos Feitos das Fazendas e Registros Públicos da *Comarca* de Palmas/TO. Ao conceder o direito da paciente de ser tratada de acordo com as suas convicções religiosas, a julgadora anotou que *"na espécie, não se trata de capricho, teimosia ou intolerância da requerente, mas de princípios religiosos, que proíbem a transfusão de sangue, sendo certo, que a liberdade de crença religiosa é direito que, a despeito de ser natural, é voltado contra o próprio Estado para que não seja fator de discriminação entre os homens que formam a nação, entendo, pelo menos, que nessa análise perfunctória a liminar deve ser indeferida"*.

E conferindo força ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, a juíza em tela, buscando reforço na doutrina especializada, fez questão de registrar em sua decisão que *"o direito à vida, [...] não tem apenas um aspecto físico (conservação biológica do corpo), mas envolve, principalmente, elementos morais, espirituais e emocionais e à dignidade da pessoa humana, consubstanciado no dever do Estado de efetivar a liberdade religiosa"*.

As duas *decisões* judiciais referenciadas acima podem ser consultadas através do endereço https://consultaeproc.tjto.jus.br/eprocV2_prod_1grau/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica&hash=8ea1df7a37a4da6883a7caa6e3779961.

O preâmbulo da Constituição Federal diz que o Brasil deve ser compreendido como um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Partindo dessa premissa, a Professora,

Mestra e Doutora **Ana Carolina da Costa Fonseca**, leciona: "*Escolher entre dar ênfase ao direito à vida, que aparece pela primeira vez no 'caput' do art. 5.º, em detrimento do reconhecimento do Brasil como um estado pluralista, constante no preâmbulo da constituição, revela preconceitos morais do julgador que considera inadmissível que outros atribuam à própria vida um valor distinto do seu.*" (*Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica*, Revista de Bioética do CFM, 2011).

Já que o Brasil se anuncia como um Estado Democrático de Direito, é preciso ter em mente que uma sociedade democrática não é e não pode ser um corpo de pessoas unidas por uma mesma *doutrina* abrangente. A democracia pressupõe a existência de um pluralismo razoável, que se caracteriza por uma sociedade com instituições livres. A democracia convive com profundas e irreconciliáveis diferenças nas concepções religiosas, filosóficas, políticas e morais que os cidadãos têm do mundo, e na ideia que eles têm dos valores pessoais e éticos a serem alcançados na vida. Não é preciso estar de acordo com o que os outros fazem com suas vidas, não é preciso, por exemplo, concordar com as razões das Testemunhas de Jeová para recusar transfusões de sangue, mas é preciso reconhecer que se tratam de situações em que decisões autônomas devem ser respeitadas dentro do contexto da democracia.

Com efeito, a realização de tratamento médico forçado, contra a decisão esclarecida de paciente adulto fere o próprio direito à vida, na medida em que esse direito não envolve apenas a existência biológica da pessoa, mas tudo o que lhe compõe, incluindo sua faceta moral e *psíquica*. Retirar do cidadão o direito de fazer suas escolhas existenciais, como exercício de suas garantias fundamentais, significa retirar-lhe o direito de viver com dignidade.

Para finalizar, aqui cabem as reflexões feitas pela ilustre **Ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal**: "*É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe*

para a vida, não a vida para o Direito." – Min. Cármen Lúcia, STF, ADI 4277/DF, Pleno.

Em *conclusão*, o Estado deve se refrear de interferir numa escolha existencial legítima de pacientes adultos que fazem opção por um determinado tipo de tratamento médico. É inconstitucional e fere o direito à vida com dignidade, qualquer determinação tendente a realizar de maneira forçada transfusão de sangue em pacientes adultos e capazes que manifestaram explicitamente discordância, por motivo de crença religiosa.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM ACIDENTES DO TRABALHO COM MATERIAL BIOLÓGICO

REGINA ALVES DA SILVA: Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O trabalho enfatiza a responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho com material biológico. O objetivo inicial foi de compreender a importância do instituto da responsabilidade civil a ser aplicada aos empregadores quando ocorre acidente de trabalho envolvendo contaminação por material biológico. Os métodos científicos utilizados foram: exploratório, descritivo e dedutivo. A natureza qualitativa e a pesquisa biográfica também fizeram parte do caminho metodológico. As fontes de consulta foram: livros, revistas, artigos científicos, legislação e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro que abordam a temática. Observou-se que os empregadores respondem civilmente e de forma objetiva quando da ocorrência de acidentes de trabalho, pois, tem o dever de proteger os empregados, garantindo a segurança necessária em suas atividades profissionais.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente de Trabalho. Risco biológico. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The work emphasizes the employer's liability in work accidents with biological material. The initial objective was to understand the importance of the institute of civil liability to be applied to employers when a work accident involving contamination by biological material occurs. The scientific methods used were: exploratory, descriptive and deductive. Qualitative nature and biographical research were also part of the methodological path. The sources of consultation were: books, journals, scientific articles, legislation and jurisprudence of the Brazilian legal system that approach the subject. It was observed that employers respond civilly

and objectively when accidents occur at work, as it has the duty to protect employees, ensuring the necessary safety in their professional activities.

KEYWORDS: Work accident. Biological risk. Civil responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a questão da responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho com material biológico. O instituto da responsabilidade civil na relação de empregadores e empregados que se envolvem em acidentes de trabalho com materiais biológicos é comum, apesar de pouco discutido na literatura.

O estudo se justifica e foi motivado, em primeiro lugar, a fim de contribuir para a comunidade acadêmica, com releitura de materiais existentes, propiciando fontes de consulta adicional sobre o tema. Além do mais, o estudo foi motivado em função de a acadêmica atuar como enfermeira, pois, com frequência ocorrem acidentes envolvendo material biológico. Muitos profissionais da área desconhecem informações básicas sobre o que fazer mediante situação de risco deixando as vítimas temerosas diante de situação de insegurança jurídica e no trabalho.

Deste modo, quando os profissionais desconhecem ou negligenciam o protocolo de atendimento, possibilita os acidentados a desenvolverem algum tipo de doença grave como: por exemplo: *Human Immunodeficiency Virus* - HIV, elevando as questões relativas à saúde pública. Assim é de suma importância que os profissionais da saúde estejam conscientes dos riscos que correm no manuseio de material biológico em ambientes hospitalares, laboratoriais, clínicas dentre outros. A cada dia a segurança no trabalho deve ser valorizada e se constituir como prioridade do poder público, instituições, empresas e trabalhadores.

Cabe às empresas garantir segurança laboral aos empregados, em ambiente com boas condições, saudável, com equipamentos de proteção e segurança, capacitação, treinamento para que a utilização seja de acordo com norma de segurança e trabalho. É essencial que se tenha disponível a

dispensação^[2], por não usar corretamente os equipamentos de proteção individual e, na falta destes potencializa-se risco de se contaminar. Daí o estudo da responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho torna-se de suma importância.

Mediante tais observações é possível atestar que a exposição acidental a material biológico é uma realidade no cotidiano laboral e principalmente dos profissionais da área de saúde.

Diante deste contexto, o problema inicial da pesquisa consiste em descobrir qual a responsabilidade civil dos empregadores quanto aos acidentes de trabalho decorrente do contato com material biológico?

O objetivo geral do estudo foi compreender a importância do instituto da responsabilidade civil objetiva a ser aplicada aos empregadores quando ocorre acidente de trabalho envolvendo contaminação por material biológico. Os objetivos específicos foram: discorrer sobre a responsabilidade civil objetiva; abordar aspectos relativos ao empregador e empregado nas relações de trabalho e enfatizar sobre acidentes de trabalho e material biológico.

Para a realização do estudo utilizou-se os métodos exploratório, descritivo e dedutivo, a técnica a pesquisa bibliográfica em livros, revistas, artigos científicos, legislação e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro que abordam a temática.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 7º, XXVIII estabelece a necessidade de segurança contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

A responsabilidade civil quanto à culpa, divide-se em subjetiva e objetiva.

A regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é a responsabilidade subjetiva, ou seja, para configurar a obrigação de indenizar é necessária a comprovação de dolo ou culpa.

No entanto, o Código Civil Brasileiro, em seu parágrafo único do art. 927 afirma:

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 específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim sendo, o art. 927 do novo Código Civil de 2002 aborda a questão da responsabilidade civil, coerente com o conceito de ato ilícito adotado no art. 186, afirma o princípio de que ao agente que cometer ato ilícito e desse comportamento resultar dano a outrem, impõe-se a obrigação a repará-lo. Considerando que o ato ilícito, no âmbito civil, traduz-se em comportamento antijurídico e culpável, a regra é da responsabilidade subjetiva, cabendo reiterar este aspecto até a exaustão.

Em conformidade com o parágrafo único do mencionado artigo do Código Civil de 2002 há necessidade de reparar o dano mesmo que não seja comprovada a culpa, principalmente quando envolve terceiros.

Observa-se que a princípio, o preceito encerra afirmação redundante e até mesmo dispensável. Mostra-se evidente que, se a regra é a adoção da teoria da culpa, apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei é que se poderá aplicar a responsabilidade objetiva, escorada na teoria do risco.

3 AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Com relação às características e especificações do trabalho pode-se afirmar que está sempre relacionado à forma de prestação de serviços por meio do pagamento de salários, ou remuneração. Para Martinez (2010) o trabalho também apresenta valor social ao homem, uma vez que transmite sentimentos, uma vez que dignifica o homem que se torna capaz de sobreviver e oferecer sustento a outras pessoas, no caso à família.

Nascimento (2009) aduz que o exercício do trabalho dá ao homem satisfação, hombridade, senso de responsabilidade e a certeza de que pode arcar com sua própria sobrevivência e de seus entes queridos. De certa

forma, é uma maneira de se estar garantindo a dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Duarte (1998) entende-se por relação de trabalho situação vista sob diversos pontos de vistas. A princípio, a relação de trabalho se relaciona com a organização jurídica e social sem a presença de trocas de valores ou bens, mas o comprometimento de si mesmo com a ocupação.

O art. 2º da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho depreende que o empregador geralmente é a empresa, seja individual ou coletiva, pessoa jurídica que assume a responsabilidade econômica, salarial e dirige o serviço prestado. Sendo que o § 1º equipara o empregador aos profissionais liberais e outros.

O art. 3º da CLT entende como empregado toda pessoa física que presta serviços que não sejam eventuais ao empregador, ou seja, de modo fíco e tenha dependência do ofício recebendo salário mensal para tal.

A partir da reforma trabalhista em 2017 o art. 442-B afirma que “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

Melhor seria se a lei dissesse que empregador é pessoa física ou jurídica que se utiliza de empregados, pois, não é somente empresas que podem ter empregados prestando serviços. Assim sendo, a empresa é sempre pessoa jurídica, seja ela a individual ou coletiva.

De acordo com o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Na relação de trabalho entre os empregadores e os profissionais de saúde que têm contato direto com materiais biológicos nem sempre é segura. Donatelli et al (2015) afirma que os profissionais de saúde se expõem em sua prática a inúmeras substâncias, principalmente quando estão em contato com sangue ou material biológico, sendo os mais atingidos a equipe de enfermagem, incluindo-se enfermeiros, técnicos, auxiliares. Desta forma o risco de infecção é bastante elevado.

No intuito de prevenir acidentes de trabalho envolvendo exposição a materiais biológicos há a exigência de se notificar informações no Sistema de Informações de Agravos de Notificações (SINAN). Isto porque são acidentes urgentes e que deve ser atendido o mais rápido possível. O próprio Ministério da Saúde criou manual contendo diretrizes para o trabalho com materiais biológicos que deve ser seguido tanto pelos empregadores da área quanto pelos profissionais da saúde, com vistas a reduzir os acidentes e promover trabalho seguro no manuseio com materiais biológicos. (DONATELLI ET AL, 2015).

Na relação de trabalho entre empregador e profissionais da saúde que atuam diretamente com materiais biológicos ainda prevalece visão tradicional conforme ressalta Donatelli et al (2015, p.1259) "A visão tradicional da segurança baseia-se no dueto: ato inseguro/condição insegura, que foi desenvolvida nos anos de 1930, e vem conseguindo se manter no modo de pensar e planejar a gestão" e, pode-se dizer que também é o pensamento da população.

Desta maneira, os acidentes com materiais biológicos terminam sendo considerados irrelevantes, fatos simples que ocorrem no cotidiano dos profissionais e que acontece em função de falha humana, omissão, falta de atenção, desrespeito a normas e procedimentos e quase nunca dos empregadores que não oferecem condições adequadas ao trabalho.

4 ACIDENTE DE TRABALHO E MATERIAL BIOLÓGICO

Em conformidade com a Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976 que trata sobre o seguro de acidentes do trabalho ao cargo do antigo INPS – Instituto Nacional da Previdência Social atual INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social, o acidente de trabalho é aquele que ocorre no exercício do trabalho, a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional, causando a morte, perda redução permanente ou temporária para da capacidade para o trabalho (ART. 2º, LEI 6.367/1976).

O § 1º do art. 2º, da Lei nº 6367, de 19 de outubro de 1976 infere que os acidentes de trabalho estão previstos nas seguintes situações:

- I - a doença profissional ou do trabalho, assim entendida a inerente ou peculiar a determinado ramo de atividade e constante de relação organizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS);II

- o acidente que, ligado ao trabalho, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte, ou a perda, ou redução da capacidade para o trabalho;III - o acidente sofrido pelo empregado no local e no horário do trabalho, em consequência de:IV - a doença proveniente de contaminação acidental de pessoal de área médica, no exercício de sua atividade;a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro inclusive companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação ou incêndio; f) outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior; IV - a doença proveniente de contaminação acidental de pessoal de área médica, no exercício de sua atividade [...].

O acidente do trabalho típico é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII art. 11 e 19 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Ainda de acordo com o art. 20, II, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 considera-se acidente de trabalho, por expressa determinação legal, as seguintes entidades mórbidas.

Art. 20. Consideram-se acidente de trabalho, nos termos do artigo anterior as seguintes entidades mórbidas: I – doença profissional, assim entendida ou produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do

Trabalho e da Previdência Social É aquela peculiar a determinada atividade ou profissão; II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relaciona diretamente, constante da relação mencionada no inciso I. É aquela em que decorre da forma como o trabalho é prestado ou das condições do ambiente do trabalho.

Como se pode ver não são consideradas doença do trabalho as degenerativas; que acometem determinado grupo de indivíduos pela idade que possuem; aquelas que não afetam a capacidade de trabalho e doenças endêmicas, ou seja, aquelas adquiridas quando a pessoa está em locais propícios para adquiri-las.

Para Arenosa e Dwyer (2010, p. 2):

Os acidentes são eventos que ocorrem de forma repentina, mas às suas causas podem estar associados, simultaneamente, fatores sincrônicos e diacrônicos. Em sentido etimológico, o termo “acidente” significa um qualquer evento não planejado, fortuito, imprevisto e fruto do acaso. Na linguagem do senso comum um acidente é entendido como algo nefasto, maléfico e aleatório que provoca danos ou prejuízos. Desta definição preliminar podemos diagnosticar a existência de uma impossibilidade empírica para controlar e antever todas as situações passíveis de causar acidentes.

Doenças adquiridas pelos profissionais do trabalho também são considerados acidentes laborais. De acordo com o art. 19 da Lei nº 8.213/91 o acidente do trabalho ocorre no exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade

para o trabalho. Os artigos 20 e 21 e §§ da Lei 8.213/91 consideram outros eventos como acidentes.

Para Arantes et. al. (2017) os acidentes de trabalho que envolvem material biológico são considerados problema de saúde pública mundial, causando prejuízos tanto econômicos quanto sociais, uma vez que o trabalhador acidentado precisa de afastar de suas atividades profissionais para tratamento. O Brasil é o quarto a nível mundial na ocorrência de acidentes de trabalho fatal, causando grandes prejuízos ao país.

Para Rapparini, Vitória e Lara (2018, p.7):

Historicamente, os trabalhadores da área da saúde nunca foram considerados uma categoria profissional de alto risco para acidentes de trabalho. O risco ocupacional com agentes infecciosos é conhecido desde o início dos anos 40 do século XX. Porém, as medidas profiláticas e o acompanhamento clínico-laboratorial, de trabalhadores expostos aos patógenos de transmissão sanguínea, só foram desenvolvidos e implementados a partir da epidemia de infecção pelo HIV/aids, no início da década de 80.

As exposições mais comuns e que trazem risco aos profissionais de saúde em sua prática decorrem do vírus HIV e Hepatites B e C, sendo que as formas de exposição são expressas por Rapparini, Vitória e Lara (2018, p.7):

Exposições percutâneas – lesões provocadas por instrumentos perfurantes e cortantes (p.ex. agulhas, bisturi, vidrarias); Exposições em mucosas – p.ex. quando há respingos na face envolvendo olho, nariz, boca ou genitália; Exposições cutâneas (pele não-íntegra) – p.ex. contato com pele com dermatite ou feridas abertas, e Mordeduras humanas – consideradas como exposição de risco quando envolverem a presença de sangue, devendo ser

avaliadas tanto para o indivíduo que provocou a lesão quanto àquele que tenha sido exposto.

Grande parte dos acidentes ocorre na maioria por exposição percutânea, na região dos dedos por meio do contato com sangue ou material biológico. Sendo que os profissionais de saúde são afetados quando vão realizar punção venosa periférica, seguido de participação em cirurgias e manuseio de lixo. (SILVA ET AL. 2009).

Com relação ao material biológico pode advir de resíduos de sangue, fluídos orgânicos infectados como (sêmen, secreção vaginal, líquidos diversos) e não-infectantes como lágrima, suores, fezes, urina, saliva, que também podem estar contaminados pelo sangue.

O Ministério da Saúde (2009, p.72) define material biológico: "Sangue, sêmen, secreção vaginal, líquido sinovial, pleural, peritoneal, pericárdio, amniótico, fluidos orgânicos potencialmente não infectantes (suor, lágrima, fezes, urina e saliva)"

A contaminação por sangue existe e está presente em procedimentos na área da saúde. De acordo com o Ministério da Saúde (2006, p.7):

O risco de infecção por HIV pós-exposição ocupacional com sangue contaminado é de aproximadamente 0,3%. No caso de exposição ocupacional ao vírus da hepatite B (HBV), o risco de infecção varia de seis a 30%, dependendo do estado do paciente- fonte, entre outros fatores.

Os acidentes de trabalho devido ao contato com materiais biológicos devem ser tratados por prioridade, emergência médica, pois, conforme ressaltam Rapparini, Vitória e Lara (2018, p.8) "[...] para obter maior eficácia, as intervenções para profilaxia da infecção pelo HIV e hepatite B necessitam ser iniciadas logo após a ocorrência do acidente". Devido ao fato de que as profilaxias depois de ocorrido o acidente com material biológico não ser totalmente eficaz, a prevenção a materiais contaminados sempre será a melhor medida para evitar transmissão de doenças crônicas e infecciosas. O

comprometimento do empregador aliado à ações educativas, utilização de equipamentos de proteção individual e coletiva são essenciais.

Desta maneira é essencial que profissionais da saúde ou aqueles que estão diretamente ou não exercendo atividades de risco, exposição a sangue e outros materiais biológicos, que tenham a devida proteção legal, assegurando seu bem estar físico, profissional e psíquico. Ou seja, é essencial que os acidentes biológicos sejam prevenidos e, quando de fato acontecer que o diagnóstico seja rápido e sejam adotadas medidas preventivas para as possíveis doenças.

Segundo Henrichsen (2007) a quimioprofilaxia (utilização de todos os meios para se evitar a disseminação ou propagação de doenças) e quando ocorre contaminação a análise quando a Pós-Exposição Ocupacional (PEP) deve ser iniciada o mais rápido possível. Estudo sem animais sugerem que a quimioprofilaxia não é tão eficaz quando iniciada 24 (vinte e quatro) a 48 (quarenta e oito) horas após a exposição. Recomenda-se que a PEP iniciada com 12,24 ou 36 horas é mais efetiva que com 48 a 72 horas após exposição. Estes mesmos estudos estabeleceram que a PEP não é efetiva quando indicada acima de 72 horas após a exposição e são a base para que os trabalhadores da saúde atendidos com mais de 72 horas após a evolução não sejam elegíveis para esta quimioprofilaxia.

Para Henrichsen (2007) o risco com o material biológico é a probabilidade da exposição ocupacional aos agentes biológicos por bactérias, fungos, parasitas, vírus e outros. A respeito da prevenção infere-se que por meio de boas práticas nas atividades desenvolvidas pelo profissional como a correta utilização dos equipamentos de proteção individual, também conhecidos como EPIs, além da segurança necessário no ambiente de trabalho se tornam indispensáveis.

Para Henrichsen (2007) existem recomendações gerais a serem seguidas pelos profissionais e empregadores, como: usar calçados fechados, avental, jalecos sempre abotoados, luvas, óculos, máscaras quando a técnica exigir; ter o devido cuidado com os perfurocortantes não retirar agulha da seringa após o uso.

Quanto ao lixo biológico recomenda Henrichsen (2007) que se deve embalar corretamente o lixo patológico ou infeccioso em sacos plásticos com capacidade máxima de 100 litros e etiquetá-los; fechar adequadamente os sacos de lixo para evitar que o material a ser descartado seja derramado indevidamente e acabe contaminando o ambiente; autoclavar o material o mais rápido possível; lixeiras devem ser de tampas e pedal, lavadas regulamente. As recomendações para evitar contaminação com material biológico são: quando utilizar aerossóis, só retornar ao local contaminado após 30 minutos e em caso de contaminação por agulha ou material cortante, lavar a área afetada por cinco minutos com sabão e água corrente. As mucosas devem ser lavadas por 15 minutos com solução salina.

Henrichsen (2007) aduz que quanto às recomendações básicas de segurança constam: cumprir as instruções de segurança; atenção durante as atividades desenvolvidas; limpeza e higiene; utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs) e coletivos (ECP); boa condutora profissional; eliminação de qualquer condição que promova insegurança e comunicar, sempre que necessárias situações de risco e acidentes aos comitês de segurança.

Vale ressaltar que a prevenção é sempre prioritária conforme expressam Rapparini, Vitória e Lara (2018, p.10):

A prevenção da exposição ao sangue ou a outros materiais biológicos é a principal medida para que não ocorra contaminação por patógenos de transmissão sanguínea nos serviços de saúde. Precauções básicas ou precauções padrão são normatizações que visam reduzir a exposição aos materiais biológicos. Essas medidas devem ser utilizadas na manipulação de artigos médico-hospitalares e na assistência a todos os pacientes, independente do diagnóstico definido ou presumido de doença infecciosa (HIV/aids, hepatites B e C).

Como se pode perceber a prevenção ainda continua sendo a melhor estratégia no sentido de se evitar acidentes de trabalho envolvendo material biológico. Os profissionais de saúde são os mais afetados com este risco, pois estão dia a dia em contato com situações que requer procedimentos técnicos com material biológico.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM ACIDENTE DE TRABALHO ENVOLVENDO MATERIAL BIOLÓGICO

A responsabilidade civil contratual decorre do descumprimento de um negócio jurídico bilateral e unilateral, onde as partes se obrigaram a cumprirem o acordado no contrato. De acordo com Cavalieri Filho (2010, p.288) "Neste caso, a parte que não cumprir com o prometido no contrato, fica obrigada a indenizar ao prejudicado".

A indenização pode ser oriunda, do descumprimento de um contrato ajustado entre as partes, da infringência de uma norma legal ou por infringência da própria lei.

Cavalieri Filho (2010, p.288) ressalta que embora muitos pensem que a responsabilidade contratual esteja no contrato, o "que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes."

A responsabilidade extracontratual ou Aquiliana tem origem de um ato ilícito praticado pelo agente De acordo com o magistério de Cavalieri Filho (2010, p. 290), o ato ilícito praticado precisa resultar em:

[...] prejuízo para outrem, da infringência um dever preestabelecido em lei, baseada na culpa (teoria subjetiva) e ainda da prática de uma atividade que implica risco (teoria objetiva). Nessa espécie de responsabilidade não existe nenhuma relação ou vínculo jurídico, anterior entre a vítima e o causador do ato ilícito.

Assim, pode se concluir que a responsabilidade extracontratual, ocorre da violação de um direito de terceiros, exigida por lei. Tal

responsabilidade não se inicia a partir do contrato como ocorre na responsabilidade contratual.

Em se tratando de responsabilidade do empregador no que tange a possíveis acidentes envolvendo profissionais de saúde devido ao manuseio com material biológico, é objetiva, ou seja, se efetiva por meio da simples ocorrência de ato do qual tenha consequência dano, desde que seja comprovado o nexo de causalidade entre os dois. Ou seja, a responsabilidade objetiva se relaciona com a conduta do agente e se a mesma foi culposa ou não, pois. A teoria objetiva se fundamenta em dois aspectos: risco, dano e nexo causal.

De acordo com Mangualde (2008) a teoria do risco tratada no Código Civil de 2002 infere que o que precisa ser provado para que a responsabilidade seja livre de culpa é o caráter do risco que a atividade propiciou. Isto porque, nem todas as atividades humanas podem causar riscos a terceiros.

Brandão (2009) esclarece que existem diferentes espécies de risco: ocupacional, genérico e específico. O risco ocupacional se efetiva quando os trabalhadores são expostos a agentes físicos como, por exemplo, temperatura excessiva e que podem afetar a integridade física. O risco genérico é aquele em que todas as pessoas podem ser submetidas, pelo simples fato de estarem vivas e, o risco específico decorre de condições as quais os empregados estão sujeitos no ambiente de trabalho, sendo que para a responsabilidade do empregador só efetivará quando o risco for elevado.

Para Schiavi (2018, p.1): "A responsabilidade do empregador seria objetiva, como regra geral, somente podendo ser excluída em hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou ainda em casos de culpa exclusiva da vítima".

O art. 7, inciso XXVIII, da CF/88 infere que é responsabilidade do empregador quando provada dolo ou culpa:

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

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; [...]

No entanto, o parágrafo único do Art. 927 do CC estabelece a responsabilidade objetiva quando houver desempenho de atividade de risco.

O julgado RR – 385 de 2002, relatora Ministra Rosa Maria Weber a respeito da responsabilidade objetiva dos empregadores em casos de acidente de trabalho:

DANOS FÍSICOS, MORAIS E FINANCEIROS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA. Entendo que a análise dos pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais em virtude de acidente de trabalho se dá à luz da responsabilidade objetiva, bastando se comprovar, de acordo com a teoria do risco da atividade, o dano e o nexo de causalidade entre este e a atividade desempenhada pela vítima. Na espécie, conforme consignado no acórdão regional, restou provado o dano e o nexo causal do acidente com o trabalho do empregado, de modo que deve responder a reclamada pelo pagamento da indenização correspondente. Dessarte, o Tribunal Regional, ao excluir da condenação o pedido de pagamento das indenizações por danos físicos, morais e financeiros, sob o fundamento de que não houve culpa por parte da ré, acabou por violar os arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC, tendo em vista que é irrelevante a discussão acerca do ônus da prova da culpa da reclamada pois o

elemento subjetivo não constitui requisito necessário para a responsabilização pelo acidente do trabalho.

Assim, compreende-se que os profissionais de saúde que são contaminados devido a acidentes com material biológico são afetados em diversos sentidos. Além da saúde, o acidente deixa sequelas, sentimentos e reações nas vítimas. (DAMASCENO et al, 2006). Muitos profissionais, depois de sofrerem acidente com material biológico se tornam pessoas extremamente preocupadas, vivenciam constantemente pânico ou medo em nova contaminação, preocupações familiares, além de inseguranças profissionais.

Desta forma, apesar dos trabalhadores atuarem de forma preventiva, com o devido preparo e seguindo normas de segurança quando contato direto com material biológico, sempre haverá riscos no ambiente de trabalho. As medidas de prevenção e exigência da correta utilização de equipamentos de segurança individual e coletivo ainda é responsabilidade do empregador. (SOARES, 2011). Assim sendo, em casos de dano aos profissionais de saúde, o empregador (empresas) possuem a responsabilidade civil e objetiva em reparar os danos causados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo abordou a responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho com material biológico. O objetivo inicial foi de compreender a importância do instituto da responsabilidade civil objetiva a ser aplicada aos empregadores quando ocorre acidente de trabalho envolvendo contaminação por material biológico.

A partir da finalização do estudo pode-se dizer que o problema inicial da pesquisa foi respondido, pois os empregadores são responsáveis quanto aos acidentes de trabalho advindos do manuseio com material biológico, uma vez que deve oferecer todas as condições de trabalho com a segurança necessária aos trabalhadores ou empregados.

A respeito da responsabilidade civil objetiva está prevista em leis específicas, Constituição Federal de 1988, Código Civil e se efetiva quando as atividades realizadas podem causar danos ou riscos a terceiros.

Nas relações de trabalho entre empregador e profissionais da saúde deve sempre incidir segurança dos procedimentos, técnicas instrumentais, intervenções, pois, há contato direto com indivíduos e materiais como sangue, secreções, líquidos, fluídos etc que podem estar contaminados e afetar a saúde dos profissionais.

É fundamental que o empregador faça uso de normas de segurança e medicina do trabalho para evitar acidentes. É primordial que os empregadores promovam ambiente de trabalho seguro, pois, é um direito fundamental de todo cidadão.

Por isto, a legislação tem entendido que a responsabilidade do empregador é objetiva, ou seja, com o dever de indenizar em caso de dano. As indenizações solicitadas na justiça são uma espécie de recompensa, para confortar as vítimas e, claro, penalizar os responsáveis, a fim de que tenha maior cuidado em oportunidades futuras. Uma vez que cabe ao empregador o dever de proteger seus empregados, e ambientes de trabalho seguros, sadios e salubres são o primeiro passo.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Manoel Carlos; HADDAD, Maria do Carmo Fernandez Lourenço; MARCON, Sonia Silva; ROSSANEIS, Mariana Angela; PISSINATIS, Paloma de Souza Cavalcante; OLIVEIRA, Samuel Andrade de. Acidentes de trabalho com material biológico em trabalhadores de serviço de saúde, **Cogitare Enferm.** 2017 Jan/mar; 22(1): 01-08. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ean/v13n3/v13n3a08> > Acesso em: 16 nov. 2018.

ARENOSA, João; DWYER, Tom. Acidentes de trabalho: uma abordagem sociológica, **Configurações**, 7, 2010. Disponível em: < [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23204/1/Acidentes%20de%20trabalho%20Uma%20abordagem%20sociol%C3%B3gica.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23204/1/Acident%20de%20trabalho%20Uma%20abordagem%20sociol%C3%B3gica.pdf) > Acesso em: 15 nov. 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 3.ed. São Paulo: LTR, 2009.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm> Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. **Exposição a materiais biológicos**. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância de Saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p.72. (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Saúde do Trabalhador; 3. Protocolos de Complexidade Diferenciada).

_____. **Exposição a materiais biológicos**. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Saúde do Trabalhador ; 3. Protocolos de Complexidade Diferenciada)

_____. **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Novo Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm> Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. **Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976**. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6367.htm> Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm >

Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. **RR 385/2002** – 191-05-00.8. Rel. Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT 28-8-2009. Disponível

em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5351714/recurso-de-revista-rr-385001920025050191-38500-1920025050191/inteiro-teor-11681542> >

Acesso em: 16 nov. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. Revista e Ampliada. Editora Atlas. São Paulo. 2010.

DAMASCENO, Ariadna Pires; et al. Acidentes ocupacionais com material biológico: a percepção do profissional acidentado. **Revista brasileira de enfermagem**, v.59, n.1, p. 72-77, 2006.

DONATELLI, Sandra; VIELA, Rodolfo Andrade de Gouveia; ALMEIDA, Ildereto Muniz de; LOPES, Manoela Gomes Reis. Acidente com material biológico: uma abordagem a partir da análise das atividades de trabalho, **Saúde Soc.** São Paulo, v.24, n.4, p.1257-1272, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902015000401257&script=sci_abstract&tlng=pt > Acesso em: 16 nov. 2018.

DUARTE, Dirceu Galdino Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1998.

HENRICHSEN, Sylvia Lemos. A tecnovigilância e o controle de infecções: qualidade, uma rotina necessária, **Prática Hospitalar**, ano IX, nº 50, abr/mai. 2007. Disponível

em: <<http://www.nascecme.com.br/artigos/Dr%20Sylvia%20Lemos.pdf> >

Acesso em: 7 nov. 2011.

MANGUALDE, Juliana de Castro. **A responsabilidade civil do empregador pelo acidente do trabalho**. 2008. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2008.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva 2009.

RAPPARINI, Cristiane; VITÓRIA, Marco Antônio de Ávila; LARA, Luciana Teodoro de Rezende. **Recomendações para atendimento e acompanhamento de exposição ocupacional a material biológico: HIV e hepatites B e C**. Disponível em: < <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/manuais/seguranca%20e%20saude%20no%20trabalho/RECOMENDAES%20PARA%20ATENDIMENTO%20E%20ACOMPANHAMENTO%20DE%20EXPOSIO%20OCUPACIONAL%20A%20MATERIAL%20BIOLGICO%20HIV%20E%20HEPATITES%20B%20e%20C.pdf> > Acesso em: 16 nov. 2018.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos do acidente de trabalho: responsabilidade objetiva do empregador pela reparação dos danos causados ao empregado. Disponível em: < http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/mauro_schiavi/mauro_schiavi_aspectos_polemicos_acidente_trabalho.pdf > Acesso em: 16 nov. 2018.

SILVA, Juliana Azevedo da; PAULA, Vanessa Salete de; ALMEIDA, Adilson José da; VILLAR, Livia Melo. Investigação de acidentes biológicos entre profissionais de saúde, **Esc Anna Nery Rev Enferm** 2009 jul-set; 13 (3): 508-16. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ean/v13n3/v13n3a08> > Acesso em: 16 nov. 2018.

SOARES, Leticia Gramazio. **O risco biológico em trabalhadores de enfermagem**: uma realidade a ser compreendida. 2011. 108f. Tese (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, UFPR, Programa de Pós Graduação em Enfermagem, Curitiba, 2011.

NOTAS:

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo FASEC. Orientadora deste artigo de conclusão de curso. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

[2] Dispensação: relaciona-se ao ato de dispensar, dispensa. Ação de repartir, distribuir, conceder; dispensação de bens, tarefas,

bonificações. **(Fonte:** Dicionário Online de Português. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/dispensacao/> > Acesso em: 16 nov. 2018).

O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E 2015

ADAILTON ALVES DE SOUZA:
Advogado da União.

RESUMO: O presente trabalho promove singela análise acerca dos contornos do instituto do julgamento liminar de improcedência nos termos em que foi engendrado no atual Código de Processo Civil (CPC/2015), traçando-se paralelo com o revogado art. 285-A do CPC/73.

PALAVRAS-CHAVE: Julgamento liminar de mérito; demandas repetitivas.

ABSTRACT: The present work promotes a simple analysis about the contours of the institute of the preliminary injunction of dismissal in the terms in which it was engendered in the current Code of Civil Procedure (CPC/2015), drawing parallel with the revoked art. 285-A of CPC/73

KEYWORDS: Preliminary injunction of merit; repetitive demands;

SUMÁRIO: Introdução; 1 O julgamento de improcedência liminar do pedido no CPC/73; 1.1 Nomenclatura, natureza jurídica e âmbito de aplicação do art. 285-A do CPC/73; 1.2 Pressupostos de incidência; 1.3 Conceito de “matéria controvertida” e “unicamente de direito”; 1.4 Precedentes de total improcedência no “juízo” em outros casos idênticos; 1.5 Faculdade ou poder-dever? 1.6 Compatibilização da sentença com a jurisprudência dominante; 1.7 Breves apontamentos sobre as discussões acerca da constitucionalidade do julgamento liminar de improcedência; 2 O julgamento de improcedência liminar no CPC/2015; 2.1 Hipóteses de aplicação do julgamento de improcedência liminar no CPC/2015; 2.2 A improcedência liminar parcial do pedido; 2.3 Natureza da decisão e recurso cabível; 2.4 Aplicação obrigatória ou facultativa? 2.5 A rejeição liminar do pedido e o devido processo legal; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A lentidão na prestação jurisdicional constitui o principal motivo de desprestígio do Judiciário brasileiro.

Nesse cenário, a Emenda Constitucional nº 45/2004 representou importante papel, pois elevou a celeridade processual e a razoável duração do processo à categoria de direito fundamental expresso. A referida Emenda foi o ponto de partida para a denominada “Reforma do Judiciário” que culminou na aprovação de diversas alterações no Código de Processo Civil, todas tendentes a buscar maior efetividade e celeridade na prestação jurisdicional.

Dentre as modificações efetuadas, nos interessa mais de perto a Lei nº 11.277/06, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do julgamento de improcedência liminar do pedido em demandas repetitivas (art. 285-A do CPC/73), possibilitando ao juiz proferir sentença de improcedência (antes mesmo da citação do réu), quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver outros julgados pela total improcedência, bastando à mera reprodução dos fundamentos anteriormente utilizados.

O aludido instituto foi pensado para encerrar, ainda no seu nascedouro, as chamadas “ações repetitivas”, entendidas como aquelas que costumeiramente se repetem na Justiça, contendo sempre a mesma matéria de direito, mudando-se apenas os nomes das partes.

A técnica de aceleração do julgamento, prevista no art. 285-A do CPC/73, dividiu opiniões e teve sua constitucionalidade questionada por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.695/DF) proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), por entender que a aplicação do citado artigo fere diversos princípios constitucionais, notadamente: do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.^[1]

O julgamento de improcedência liminar do pedido foi mantido (de modo ampliado e ajustado) no novo Código de Processo Civil (art. 332, Lei nº 13.105/2015)^[2], com o nítido propósito de sanear os processos no nascedouro, rejeitando liminarmente os pedidos que já tenham sido

julgados improcedentes pela jurisprudência uniforme dos tribunais ou que tenham perecido em virtude de decadência ou de prescrição.

O presente trabalho promove singela análise acerca dos contornos do instituto do julgamento liminar de improcedência nos termos em que foi engendrado no atual Código de Processo Civil (CPC/2015), traçando-se paralelo com o revogado art. 285-A do CPC/73.

1 O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

A compreensão dos contornos do instituto do julgamento liminar de improcedência do pedido, previsto no art. 332 Código de Processo Civil/2015, implica revisitar comentários da doutrina e jurisprudência acerca do art. 285-A Código de Processo Civil revogado (CPC/73), a fim de que se tenha uma visão do contexto em que se deu a inserção da citada técnica de aceleração de julgamento no sistema jurídico nacional. Tal regressão possibilitará melhor avaliação acerca dos avanços pretendidos na disposição do referido instituto pelo novo Código Processual Civil (CPC/2015).

Passa-se, pois, à análise dos contornos jurídicos do art. 285-A do CPC/73.

1.1 NOMENCLATURA, NATUREZA JURÍDICA E ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC/73

Diversas foram às nomenclaturas sugeridas na doutrina para o instituto inserido no art. 285-A do CPC/73. Guilherme Kronenberg Hartmann^[3] elaborou interessante lista coletada na doutrina pátria, indicando os respectivos autores/obra. Veja-se:

Encontram-se as seguintes variações em sede doutrinária, dentre outras: *Improcedência prima facie* (BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54; DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 7ª ed. Salvador:

JusPodivm, 2007, p. 411); *Julgamento de improcedência prima facie das demandas seriadas ou repetitivas* (THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 406); *Improcedência manifesta do pedido* (NOGUEIRA, Gustavo. A Improcedência Manifesta do Pedido. In: A Nova Reforma Processual, Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.131/143); *Julgamento liminar das ações repetitivas* (MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2008, p. 294); *Indeferimento in limine* (FUX, Luiz. A reforma do Processo Civil. Niterói: Impetus, 2006, p. 23/28); *Resolução imediata do mérito* (SILVA, Edward Carlyle. Direito Processual Civil. Niterói: Impetus, 2007, p. 287); *Resolução Imediata do Processo* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. Reforma do CPC: Leis 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06. São Paulo: RT, 2006, p. 373. (grifou-se)

Acrescente-se a nomenclatura atribuída por Fernando Gajardoni^[4]: “julgamento antecipadíssimo da lide” ou “julgamento da improcedência *initio litis*”(Costa Machado^[5]) ou, ainda, de “sentença emprestada”(Paulo Roberto Medina^[6])

Cuidadoso o comentário feito por Ernane Fidélis dos Santos^[7] acerca da topologia do artigo em comento: “A matéria foi mal colocada na lei, pois está no Capítulo da petição inicial, quando deveria ser tratada no da sentença.”

No tocante à natureza jurídica, não obstante o art. 285-A do CPC/73 encontrar-se localizado topograficamente dentro do procedimento ordinário comum, o instituto tinha natureza jurídica de regra geral de

processo e procedimento e podia ser aplicado, em regra, de forma ampla em todo tipo de procedimento que utilizasse o CPC de forma subsidiária.

Na jurisprudência, o STJ pronunciou-se pela plena aplicabilidade do art. 285-A do CPC/73 em sede de Mandado de Segurança[8].

Por fim, Daniel Assumpção[9] afirma que “Apesar de o dispositivo legal mencionar expressamente “sentença”, parece possível a interpretação extensiva para permitir a aplicação do art. 285-A do CPC, nas *ações de competência originária dos tribunais*, bastando para tanto modificar o termo “sentença” por “acórdão”. (grifou-se)

1.2 PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA

Diante da necessidade de se analisar neste capítulo os requisitos do instituto processual previsto no art. 285-A do CPC/73, importante sua transcrição:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Da leitura do artigo em lupa, vê-se a exigência de dois requisitos cumulativos: (i) quando a matéria controvertida for unicamente de direito e (ii) no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Já Humberto Theodoro Júnior^[10] lista a presença de três pressupostos: a) preexistência no juízo de causas idênticas, com improcedência já pronunciada em sentença; b) a matéria controvertida deve ser unicamente de direito; c) deve ser possível solucionar a causa superveniente com a reprodução do teor da sentença prolatada na causa anterior.

Os pressupostos de incidência foram alvo de discussões doutrinárias e não poderia ser diferente, diante do influxo advindo do devido processo legal, ou seja, os ditos requisitos deveriam respeitar os ditames do devido processo legal, sob pena de invalidade do julgado que os aplicou indevidamente.

Examinaremos, neste ponto, separadamente, importantes esclarecimentos acerca das expressões utilizadas pelo legislador na formulação do art. 285-A do CPC/73 e que podem ser visualizados em sede doutrinária e jurisprudencial.

1.3 CONCEITO DE “MATÉRIA CONTROVERTIDA” E “UNICAMENTE DE DIREITO”

A doutrina aponta que houve uma impropriedade técnica na utilização pelo legislador da expressão “matéria controvertida”. Como a sentença proferida nos moldes do art. 285-A do CPC/73 é prolatada antes da citação do réu (elemento indispensável para tornar a coisa litigiosa e, portanto, controvertida), doutrinadores defendem que não andou bem o legislador em usar a expressão “matéria controvertida”.

Conforme nos traz a doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery^[11]:

A norma padece de falta de técnica, pois somente a citação válida torna a coisa litigiosa. [...]

Desta forma não há que se falar em matéria controvertida antes da angularização do processo, fato que se dá com a citação válida, devendo o referido comando legal ser entendido como -

pretensão que já tenha sido controvertida em outro processo e julgada improcedente pelo mesmo juízo.

No mesmo sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha^[12] acrescenta que “a controvérsia somente surge quando o quando o réu impugna algum ponto alegado pelo autor. Diante de tal impugnação, o ponto torna-se controvertido, dando origem a uma questão.

Defendem os autores citados que não se pode falar em controvérsia antes da apresentação da resposta.

1.4 PRECEDENTES DE TOTAL IMPROCEDÊNCIA NO “JUÍZO” EM OUTROS CASOS IDÊNTICOS

O Código de Processo Civil revogado (CPC/73) falava em “outros casos idênticos”. Pergunta-se: quantos precedentes eram necessários?

A lei não estabeleceu um número mínimo de casos idênticos já apreciados para a autorização do julgamento liminar de improcedência.

Como o CPC/73 utilizou a expressão “casos idênticos” no plural, boa parte da doutrina defendeu que para aplicação do art. 285-A do CPC deveria existir duas ou mais sentenças anteriormente proferidas no juízo que pudessem servir de paradigma.

Nesse sentido é a posição de Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina^[13], afirmando que:

[...] não bastará, por outro lado, que no juízo tenha sido proferida *apenas uma* sentença de improcedência, sobre caso que posteriormente venha a repetir-se. Exige a lei, textualmente, que, para aplicar-se o disposto no art. 285-A, deverão ter sido julgados ‘*outros casos idênticos*’. Assim, deve ter havido ao menos duas ou mais decisões de improcedência sobre o ‘caso idêntico’. (grifos no original)

Na jurisprudência é possível encontrar julgados defendendo a suficiência de apenas um caso anteriormente julgado[14].

No nosso sentir, seria coerente pensar em número representativo de demandas similares julgadas num mesmo sentido, pois tal postura demonstra que o entendimento estava firmado/consolidado. Por outro lado, se o julgado paradigma estivesse de acordo com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, pensamos que bastaria à existência de apenas um precedente do juízo, em prol da celeridade buscada pela norma em comento.

Também se exigia que houvesse, no juízo, precedente de sentença de “total improcedência” em outros casos idênticos.

A regra é coerente, pois, qualquer decisão proferida contra o réu, sem que lhe seja oportunizado influenciar no convencimento do julgador, afigura-se ofensiva ao princípio do contraditório, garantia esculpida na Carta Magna de 1988.

Ressalva Elpídio Donizetti[15] que “o que importa é a coincidência do pedido sob julgamento e o que serve de paradigma. O pedido é que deve ter sido julgado totalmente improcedente, não a sentença”

Por fim, exigia o art. 285-A do CPC/73 que as sentenças de total improcedência houvessem sido proferidas no “juízo”.

Nesse contexto, há diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do alcance do termo “juízo”.

Parte da doutrina defende que a expressão “juízo” refere-se ao “órgão jurisdicional”. Nesse passo, não há obrigatoriedade de que a sentença seja prolatada pelo mesmo juiz, bastando que tenham sido proferidas outras sentenças naquela unidade jurisdicional (juízo).

Nesse sentido, Jean Carlos Dias[16] sustenta que a expressão “juízo” equivale a órgão, não cabendo perquirir acerca da pessoa que nele exerça suas funções, vale dizer, o juiz. Para o referenciado doutrinador, se há sentenças proferidas em casos anteriores naquele órgão (juízo), aplica-se o

art. 285-A do CPC/73, independentemente de terem sido proferidas por juiz titular ou substituto (auxiliar).

Vicente de Paula Ataíde Júnior^[17] defende um alcance maior para a expressão “juízo”. Na visão do aludido autor, o termo deve ser entendido como local em que o juiz exerce suas funções, isto é, como *unidade de competência territorial*, tal como a comarca ou a subseção judiciária.

Posicionando-se pela exigência de que as sentenças paradigmas deveriam ter sido proferidas pelo mesmo “juiz”, não sendo suficiente que fossem do mesmo “juízo”, temos Eduardo Cambi^[18], *in verbis*:

Assim, em uma interpretação literal do artigo 285-A do CPC, a sentença paradigma deverá ser da autoria do juízo que irá proferir o julgamento liminar de total improcedência do pedido, ainda que na mesma unidade jurisdicional (juízo) outro juiz, além do titular, a título de substituição ou em auxílio, tenha sido o autor do ato sentencial. O que está expressamente vedado na regra em comento é que o magistrado se baseie em decisões proferidas em outro juízo (de outra vara ou de outra comarca ou seção judiciária). No entanto, o artigo 285-A do CPC merece *interpretação ainda mais restritiva*. Afinal, o escopo da regra é respeitar a garantia da independência funcional de cada magistrado, bem como o princípio do livre convencimento (art. 131/CPC). Toda regra jurídica dá margem para interpretação e, por isto, cada juiz tem liberdade para, dentro da moldura normativa, formar a sua própria convicção. Se é assim, *o artigo 285-A do CPC deve ser interpretado no sentido de que o juiz deve ter proferido, ele mesmo e mais ninguém, a sentença paradigma, não podendo se valer de decisões proferidas pelo juiz substituto ou auxiliar, ainda que no mesmo juízo.* (grifou-se)

1.5 FACULDADE OU PODER-DEVER?

Considerável parcela da doutrina tem afirmado que a aplicação ou não do art. 285-A do CPC/73 constituía mera faculdade do julgador. Nesse sentido, posiciona-se Ernane Fidélis dos Santos^[19], afirmando que “A disposição do art. 285-A é de simples faculdade ao juiz, não estando ele obrigatoriamente sujeito a decidir de plano, nem nula será qualquer decisão ulterior, se o réu, por exemplo, provar, em recurso, sentença semelhante do mesmo juízo.”

Contudo, no nosso sentir, diante de demandas repetitivas em que se mostrassem presentes os pressupostos de aplicação, somado ao fato de que o entendimento do juiz, no caso concreto, estava amparado na jurisprudência dominante dos tribunais superiores, parece-nos ilógico e ineficiente permitir que a relação processual se instaurasse e o processo tivesse seu curso normal, quando já se sabia de antemão o resultado (improcedência do pedido). Nesse caso, deixando de utilizar um instrumento colocado à disposição do julgador para evitar o congestionamento do judiciário com causas repetitivas, estaria o juiz indo de encontro à finalidade social prevista na norma. Pensamos que diante dos requisitos acima citados, estaria o juiz diante de um dever-poder.

1.6 COMPATIBILIZAÇÃO DA SENTENÇA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Parcela da doutrina defendia a necessidade de que esse julgamento liminar pela improcedência nos casos de demandas repetitivas deveria estar de acordo com o posicionamento sumulado ou dominante do tribunal ao qual estivesse vinculado o juiz prolator da sentença ou dos tribunais superiores.

Cassio Scarpinella Bueno^[20] propõe que seja dada ao artigo em comento interpretação conforme a Constituição para assegurar que somente ocorra a aplicação do art. 285-A, naquelas situações em que o entendimento do juiz prolator da sentença liminar de improcedência esteja amparado/harmonizado na jurisprudência dominante dos tribunais superiores.

Nesse sentido, concordamos com a visão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart^[21] quando destacam:

[...] a afirmação da prerrogativa de o juiz decidir de 'forma diferente' do entendimento fixado pelos tribunais superiores longe de ser algo que tenha a ver com a consciência do magistrado, constitui um ato de falta de compromisso com o Poder Judiciário, que deve estar preocupado, dentro de seu sistema de produção de decisões, com a efetividade e a tempestividade da distribuição de justiça. E não só um ato de falta de compromisso com o Judiciário, mas também um ato que atenta contra a cidadania, pois desconsidera o direito constitucional à razoável duração do processo.

Pelo exposto, pensamos que, apesar de o art. 285-A do CPC/73 não fazer referência à necessidade de que o entendimento do juiz prolator da sentença liminar de improcedência esteja harmonizado na jurisprudência dominante dos tribunais superiores, a interpretação sistemática de outros institutos previstos no CPC/73, v.g., art. 557 (prevendo que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior), art. 475, § 3º (dispensa do duplo grau de jurisdição obrigatório quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente) e art. 518, § 1º (súmula impeditiva de recurso), induzem a ideia de que a decisão de primeiro grau deveria estar em consonância com a orientação jurisprudencial.

Tal posicionamento foi adotado na égide do Código de Processo Civil de 2015 (art. 332), conforme se verá adiante em tópico específico.

1.7 BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS DISCUSSÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO JULGAMENTO LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA

Mal começou a ser aplicado e o artigo em comento foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.695/DF) promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo o Instituto Brasileiro de Processo Civil (IBDP) ingressado no feito na condição de *animus curiae*, defendendo a constitucionalidade do instituto por meio de petição elaborada pelo jurista Cássio Scarpinella Bueno. Nos ateremos a citar resumidamente os argumentos contra e a favor da constitucionalidade do artigo em comento, utilizando-se, para tanto, de excelente resumo elaborado por Fernando Gajardoni[22].

Segundo o autor referenciado[23], o Conselho Federal da OAB defende que o dispositivo viola:

1) a isonomia constitucional, pois os entendimentos diversos dos vários juízos acarretarão processos com curso normal e outros com curso abreviado (para as varas onde já tenha entendimento consolidado pela improcedência do pedido);

2) a segurança jurídica, porque a repetição da sentença dada em outro caso – da qual terceiros não têm ciência dos argumentos e da analogia com o caso que é apresentado – torna ilegítima a atuação jurisdicional;

3) o direito de ação, preterido pelo súbito bloqueio da regular formação da relação jurídica processual;

4) o contraditório, já que o requerido não poderá debater e convencer o juízo do acerto de sua tese; e

5) o devido processo legal, visto como o feixe de direitos e garantias condutoras do processo de seu começo ao fim.

Ainda se utilizando do resumo elaborado por Fernando Gajardoni[24], o Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, na

qualidade de *animus curiae* em defesa da constitucionalidade do dispositivo, sustenta que não há violação:

1) à isonomia constitucional, pois de qualquer forma efetuado o julgamento liminar das ações repetitivas, eventuais divergências de entendimento entre juízes de varas distintas serão solucionadas pelas instancias superiores;

2) à segurança jurídica, pois o magistrado, para aplicar o art. 285-A, do CPC, deverá demonstrar fundamentadamente a similitude do caso em apreço com outro julgado anteriormente, cabendo recurso contra a má aplicação do dispositivo;

3) ao direito constitucional de ação (na verdade petição), pois este já é exercitado com o simples acesso ao Judiciário, e o autor terá sua pretensão analisada fundamentadamente;

4) ao contraditório (que aqui pode ser nominado de inútil), pois não há lesão ao vencedor da ação pelo fato de não ter podido convencer o juiz, quando ele próprio já está convencido, através da prévia apreciação de casos similares, de que o réu não citado já tem razão; quando o réu – pretensamente lesionado pela falta de citação – sai vencedor da ação;

5) ao devido processo legal, pois, além da edição do art. 285-A ter sido precedida de regular processo legislativo, a aplicação do dispositivo, por estar em conformidade com o novel princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, LVSSVIII, da CF), vem ao encontro dos anseios por justiça célere, que é uma das facetas do princípio acoidado de violado (conformação da regra às aspirações sociais e proporcionalidade).

Na jurisprudência, é possível apontar decisão da 1ª Turma do STF pela constitucionalidade do art. 285-A. Confira-se: “Indevida a alegação quanto à inconstitucionalidade do CPC/1973 285-A, visto que permanece a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, restando incólume o devido processo legal” (STF, 1.ª T., Ag 798128/PE, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.3.2012, DJUE 17.4.2012).

Ainda em sede doutrinária, encontramos posicionamentos opostos. Posicionando-se pela constitucionalidade do art. 285-A do CPC/73, encontramos parcela considerável de doutrinadores.

Inicialmente, Luiz Guilherme Marinoni^[25] expressa-se pela constitucionalidade de modo incisivo:

A multiplicação de ações repetitivas desacredita o Poder Judiciário, expondo a racionalidade do sistema judicial. Portanto, é lamentável que se chegue a pensar na inconstitucionalidade do art. 285-A. Somente muita desatenção pode permitir imaginar que esta norma fere o direito de defesa. Por isto mesmo, parece que a afirmação de inconstitucionalidade do art. 285-A tem mais a ver com a intenção de garantir alguma reserva de mercado, já que é sabidamente interessante, do ponto de vista financeiro, reproduzir, através de máquinas, petições e recursos absolutamente iguais. (Grifos nossos).

Na mesma trilha segue Fredie Didier Jr.^[26] e Antônio Costa Machado^[27].

Pela inconstitucionalidade do dispositivo, importantes vozes têm se levantado na doutrina. Paulo Roberto Medina^[28] aponta que o dispositivo ofende o princípio do contraditório. Para o referenciado autor:

Nada mais incompatível com o contraditório do que a possibilidade de o litígio resolver-se por meio de sentença transladada de outro processo, em que o

autor não interveio. Porque, desta forma, a lide estará sendo composta sem que a parte prejudicada tenha podido discutir, previamente, os elementos que influíram na motivação da sentença.

Na mesma trilha seguem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina[29]. Segundo os autores, algumas reformas do código processual são “desprovidas de maior cuidado com o respeito à Constituição Federal. Veja-se, por exemplo, a infeliz regra do art. 285-A do CPC, que, a pretexto de permitir julgamento mais célere de processos ditos repetitivos, afasta irremediavelmente o princípio do contraditório”

As discussões acerca da constitucionalidade do art. 285-A, no entanto, foram encerradas ante a revogação do Código de Processo Civil/73. Nessa trilha, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu decisão na ADI 3695/DF, na data de 12 de maio de 2017, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito, por entender que “A jurisdição constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esgotado, independentemente do fato de terem produzido efeitos concretos residuais”

Devidamente anotados os contornos do instituto processual previsto no art. 285-A do CPC/73, prossegue-se para análise dos contornos jurídicos do art. 322 do CPC/2015, dispositivo que ratificou (de modo ampliado e ajustado) o julgamento liminar de improcedência do pedido.

2 O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR NO CPC/2015

O julgamento de improcedência liminar do pedido foi previsto de modo inédito no CPC/1973 (art. 285-A, inserção feita no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.277/2006) e representou a implementação de medida de aceleração de julgamento como meio de agilizar a prestação jurisdicional e desafogar o Judiciário.

O referido dispositivo foi alvo de críticas de processualistas e teve sua constitucionalidade questionada (ADI 3.695/DF). Parte das críticas se concentravam no fato de que as causas de improcedência liminar estavam associadas a julgamentos anteriores proferidos pelo mesmo juízo, desconsiderando se tais decisões estavam ou não harmonizadas com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. O resultado, nessa visão, é que as decisões seriam reformadas adiante, caso confrontassem a jurisprudência dominante nos tribunais de superposição, situação que ia no sentido diametralmente oposto à uniformização da jurisprudência e à isonomia.

O CPC/2015 ratificou o instituto do julgamento de improcedência liminar do pedido, mas promoveu ajustes. As hipóteses de julgamento de improcedência liminar estão agora vinculadas à jurisprudência pacificada dos órgãos superiores (com ressalva dos casos de prescrição e decadência), promovendo a estabilidade e uniformidade da jurisprudência.

O dispositivo do art. 332 do CPC/2015 autoriza o julgamento de improcedência liminar do pedido do autor nos casos em que, não havendo necessidade de fase instrutória, o pleito contrariar jurisprudência formalizada em enunciado de Súmula do STF ou do STJ (inciso I), acórdão proferido em recurso extraordinário ou recurso especial repetitivo (inciso II); se for contrário ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência (inciso III) e, ainda, quando o pedido for contrário a súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local (inciso IV).

Nelson Nery Jr.[\[30\]](#) aponta que

A norma comentada é medida de celeridade (CF 5.º LXXVIII) e de economia processual, que evita a citação e demais atos do processo, porque o juízo, o tribunal local, o STF ou o STJ já havia decidido questão idêntica anteriormente, ou por se ter verificado a decadência ou a prescrição. Seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo ou mesmo a jurisprudência como um

todo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor, ou quando já se apurou que o pedido é caduco ou prescrito. Note-se que o uso dessa faculdade, pelo juiz, é restrito a casos nos quais não seja necessário adentrar a fase instrutória, isto é, contemplem apenas questões puramente de direito.[31]

Passa-se, a seguir, à análise das principais características do instituto do julgamento de improcedência liminar do pedido, nos moldes em que foi engendrado no CPC/2015.

2.1 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR NO CPC/2015

São os seguintes requisitos para a improcedência liminar (art. 332 do CPC/2015): **(i)** que a causa dispense a fase instrutória; **(ii)** que esteja presente qualquer uma das hipóteses do art. 332, I a IV, ou a do art. 332, § 1º.[32] (acima transcrito).

Eduardo Talamini[33], comentando os dispositivos acima transcritos, aponta:

Os dois grupos têm em comum a circunstância de que é absolutamente desnecessária a produção de qualquer prova para um julgamento contrário ao autor.

Se houver questões fáticas que dependam de elucidação – seja para definir se o caso é mesmo enquadrável na hipótese já enfrentada pelos precedentes, seja para aferir o termo inicial ou o efetivo curso do prazo prescricional ou decadencial – não é aplicável a técnica da improcedência liminar do pedido.

[...]

Nem todos esses precedentes têm força vinculante em sentido estrito – de modo a caber reclamação se eles não forem observados no caso concreto. Falta tal eficácia às súmulas não vinculantes do STF e a todas as súmulas do STJ e dos tribunais locais. O art. 332 não constitui uma regra concernente à vinculação em sentido estrito. Trata-se, em vez disso, de uma norma sobre “vinculação média”, i.e, uma regra de simplificação procedimental fundada na existência do precedente.

A rejeição liminar do pedido só tem cabimento nos casos em que não haja necessidade de instrução da causa (primeiro requisito). Nesse sentido, o art. 332 do CPC/2015 inovou ao deixar de exigir que a causa verse sobre questão unicamente de direito (tal como fazia o art. 285-A do CPC/73), passando a permitir que seja aplicada a técnica de aceleração de julgamento ainda que haja matéria de fato, desde que seja devidamente comprovada junto com a petição inicial.

Acerca do segundo requisito (que esteja presente qualquer uma das hipóteses do art. 332, I a IV, ou a do art. 332, § 1º), verifica-se que uma das principais tendências do CPC/2015 é a busca pela valorização dos precedentes, objetivando alcançar previsibilidade e uniformidade entre julgamentos no Judiciário.

O art. 285-A do CPC/1973 possibilitava o julgamento liminar de mérito por existência de entendimento prévio do juiz de primeiro grau acerca de alguma questão de direito, permitindo, assim, a gestão processual do acervo a partir da independência de convencimento de cada magistrado. O art. 332 do CPC/2015, ao contrário, cria a possibilidade de julgamento liminar da pretensão do autor (pela improcedência) à existência, principalmente, de súmulas ou entendimentos de tribunais (Superiores ou locais) em julgamentos de processos repetitivos. A lógica do CPC/2015 é atrelar a gestão processual do acervo em primeiro grau ao acatamento dos precedentes e entendimentos sumulados. Essa é uma das principais tendências do CPC/2015, que busca, pela de valorização dos precedentes

de forma hierarquizada, alcançar previsibilidade e uniformidade entre julgamentos no Judiciário.[\[34\]](#)

A primeira hipótese de cabimento do julgamento de improcedência liminar é a existência de súmula do STF ou do STJ que configure óbice à pretensão do autor.

Cabe ressaltar que qualquer súmula pode embasar a decisão de rejeição liminar do pedido, não se exigindo que seja vinculante.

Nesse sentido, apontam Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer[\[35\]](#):

Não necessariamente a súmula que autoriza a improcedência prima facie precisa ser vinculante. Admite-se o julgamento de improcedência manifesta em casos de súmulas meramente persuasivas, até porque só o STF tem competência para editar súmulas vinculantes e o inciso I menciona também o STJ (art. 927, II e IV, CPC/2015). É de súmulas persuasivas também que trata o inciso IV do art. 332 do CPC/2015, quando permite o julgamento de improcedência prima facie em face de pedidos que contrariem enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local. As súmulas dos tribunais locais são expedidas de acordo com procedimentos estabelecidos nos respectivos regimentos internos.

Eduardo Talamini[\[36\]](#) arremata:

Nem todos esses precedentes têm força vinculante em sentido estrito – de modo a caber reclamação se eles não forem observados no caso concreto. Falta tal eficácia às súmulas não vinculantes do STF e a todas as súmulas do STJ e dos tribunais locais. O art. 332 não constitui uma regra concernente à vinculação em sentido estrito. Trata-se, em vez disso,

de uma norma sobre “vinculação média”, *i.e.*, uma regra de simplificação procedimental fundada na existência do precedente. Confere-se tal poder ao juiz a fim de impedir que inúmeros processos sobre casos análogos seguissem inutilmente todo o longo itinerário procedimental, para só muito depois chegar a um resultado desde o início já previsto, com total segurança. Prestigiam-se os princípios da economia processual e da duração razoável do processo.

O julgamento liminar de improcedência fundamentado nesses dispositivos objetiva reduzir o percentual de recursos especiais e extraordinários para discussão de questões já pacificadas.

A última hipótese de cabimento de aplicação do julgamento liminar de improcedência ocorrerá quando a existência da prescrição e da decadência for manifesta (art. 332, § 1.º, do CPC/2015). Trata-se da única hipótese de improcedência liminar que não está vinculada à sistemática de valorização dos entendimentos dos tribunais e é admitida porque não há necessidade de instrução da causa para o seu reconhecimento.

2.2 A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR PARCIAL DO PEDIDO

O art. 356 do CPC/2015 permite o julgamento antecipado parcial do mérito se um dos pedidos ou parte deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento.

Assim, diante da cumulação de pedidos pelo demandante, basta que pelo menos um deles se enquadre (ainda que parcialmente) nas hipóteses do art. 332 do CPC/2015 para que o juiz possa proferir julgamento liminar de improcedência *parcial*.

É possível que, na inicial, o autor cumule dois pedidos: um deles versa sobre questão exclusivamente de direito, e a respeito dela já existe súmula ou julgamento repetitivo; o outro versa sobre questão de fato, ou questão de direito não sumulada nem decidida em julgamento repetitivo. Nada obsta que o juiz, de plano, julgue improcedente o primeiro pedido e determine o prosseguimento do processo e a citação do réu em relação ao

segundo. Não haverá sentença de improcedência liminar, mas decisão interlocutória de improcedência liminar, contra a qual caberá agravo de instrumento.^[37]

O julgamento parcial de algum dos pedidos cumulados na petição inicial configura decisão interlocutória que decide o mérito, devendo ser impugnada por meio de agravo de instrumento (art. 1015, II e 354, parágrafo único, CPC/2015).

2.3 NATUREZA DA DECISÃO E RECURSO CABÍVEL

A decisão liminar que rejeita totalmente os pedidos terá natureza de sentença (art. 203, § 1º), sendo impugnável por apelação (arts. 332, §§ 2º e 3º, e 1.009, CPC/2015), com efeito regressivo, abrindo-se a possibilidade de o juiz retratar-se no prazo de cinco dias (prazo impróprio – Cf. art. 332, § 3º, CPC/2015), tornando sem efeito a sentença proferida para determinar a citação do réu. A retratação é permitida porque ainda não houve a estabilização da demanda, o que somente se dá com a citação do réu, não incidindo, nessas situações, o princípio da inalterabilidade das decisões judiciais (art. 494, CPC/2015).

Se o magistrado não se retratar, antes de encaminhar os autos ao tribunal ele deverá determinar a citação do réu para apresentar contrarrazões ao recurso, no prazo de 15 (quinze) dias. Caso haja retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu para apresentar resposta, nos termos do art. 332, § 4º, CPC/2015).

Noutra via, da decisão interlocutória que julgar liminarmente improcedente apenas um ou alguns dos pedidos cumulativamente feitos pelo réu ou de uma parte de um pedido que seja decomponível, cabe agravo de instrumento, na forma dos arts. 356, § 5º, e 1.015, II, CPC/2015), que também comporta juízo de retratação (art. 1.018, §1º, CPC/2015).

Com a subida do recurso, o Tribunal poderá: **(i)** manter a sentença de total improcedência, condenando o autor ao pagamento de honorários; **(ii)** anular a sentença, por verificar que não era hipótese de aplicação do art. 332, e determinar o retorno dos autos à primeira instância

para que o réu tenha oportunidade de contestar, prosseguindo-se o processo nos ulteriores termos.

Caso não seja reformada a decisão em juízo de retratação, o tribunal poderá não julgar o mérito da ação e eventual provimento da apelação será tão somente para cassar a sentença de indeferimento. Nesse caso, o prazo para o réu responder à ação correrá a partir da intimação do retorno dos autos (art. 332, § 2º, CPC/2015).

No entanto, mesmo no caso de julgamento de improcedência liminar, desde que o réu apresente a contestação juntamente com as contrarrazões e não havendo necessidade de provas (teoria da causa madura), pode o tribunal julgar desde logo a demanda (art. 1.013, § 4º).

Corroborando com o entendimento acima esposado Nelson Nery Jr. [38] Confira-se:

O tribunal pode, ao prover o recurso, rejulgar o mérito porque a matéria é exclusivamente de direito e, portanto, não necessita de dilação probatória. Esse procedimento é compatível com o efeito devolutivo da apelação, estatuído no CPC 1013, notadamente no § 3.º. Na nova apreciação do mérito, o tribunal pode inverter o resultado da demanda, de improcedência para procedência, e dar ganho de causa ao autor. Daí a necessidade de o réu ser citado para acompanhar o recurso e, nas contrarrazões, aduzir toda a matéria de defesa como se contestasse. Caso o tribunal dê provimento ao recurso, mas determine o prosseguimento do processo no primeiro grau de jurisdição, o réu será intimado (a citação já ocorreu) para oferecer contestação.

Se o autor não apelar, a sentença de total improcedência transitará em julgado, devendo o juiz, nesses casos, deve-se comunicar ao réu o resultado desse julgamento, a fim de que tenha conhecimento de uma sentença que lhe favorece e que está acobertada pela coisa julgada material (art. 332, § 2º c/c art. 241, CPC/2015).

2.4 APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA OU FACULTATIVA?

A redação do art. 285-A do CPC/1973 apenas permitia ao juiz dispensar a citação do réu e proferir de plano a sentença de total improcedência. Nessa trilha, era facultado ao juiz decidir se aplicava a técnica de aceleração de julgamento do art. 285-A ou, alternativamente, mandava citar o réu para, oportunamente, proferir o julgamento antecipado da lide.

Nos termos do art. 332 do CPC/2015, no entanto, parece ter havido clara disposição no sentido da imperatividade da aplicação do julgamento de improcedência liminar nos casos ali previstos.

Nesse sentido, mostram-se as lições de Nelson Nery Jr. [39]:

Facultatividade. Mudança de entendimento do juiz. O CPC/1973 deixava mais claro que a aplicação do CPC/1973 285-A não era obrigatória, circunstância que decorria do comando (poderá) constante do caput daquele artigo e, ainda, da possibilidade de o juiz mudar de opinião, revendo seu posicionamento quanto à sentença anteriormente proferida no mesmo juízo. Mas, muito embora o CPC 332 tenha comando impositivo (julgará), dando a impressão de que o juiz não tem escolha a não ser decretar a improcedência do pedido que se encaixe numa das hipóteses do CPC 332, a independência jurídica do juiz (LOMN 35 I e 40) permite-lhe decidir de acordo com seu livre convencimento motivado (CF 93 IX), o que implica, também, nova decisão de acordo com a modificação de seu entendimento sobre a matéria.

2.5 A REJEIÇÃO LIMINAR DO PEDIDO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A técnica de aceleração de julgamento do art. 332 do CPC/2015 somente pode ser aplicada em casos em que o julgamento seja pela

rejeição do pedido do autor, sob pena de violação do princípio do contraditório e da regra prevista no art. 10 do CPC/2015.

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. [\[40\]](#) preleciona:

O CPC 332, tal qual ocorria com o CPC/1973 285-A, é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5.º caput e I), da legalidade (CF 5.º II), do devido processo legal (CF 5.º caput e LIV), do direito de ação (CF 5.º XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF 5.º LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão, independentemente do precedente jurídico de tribunal superior ou de qualquer outro tribunal, ou mesmo do próprio juízo. Relativamente ao autor, o contraditório significa o direito de demandar e fazer-se ouvir, inclusive produzindo provas e argumentos jurídicos e não pode ser cerceado nesse direito fundamental. De outro lado, o sistema constitucional não autoriza a existência de “súmula vinculante” do STJ nem dos TJs ou TRFs, menos ainda do juízo de primeiro grau, impeditiva da discussão do mérito de acordo com o *due process*.

A ofensa à garantia constitucional da legalidade é, ainda, mais gritante quando examina-se o texto normativo ora comentado que estatui ser imperativo o comando: “o juiz julgará improcedente”. Como pode o juiz julgar improcedente liminarmente o pedido do autor, com base em “entendimento” jurisprudencial, coarctando o exercício legítimo da garantia constitucional fundamental de ação sem a observância do *due process*? O receio de todos é a instalação da ditadura da jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, como mecanismo de diminuição do acervo

de autos de processo que se encontram nos escaninhos do Poder Judiciário. Não se pode violentar garantia constitucional para diminuir acervo de autos.

Elpídio Donizetti^[41], por sua vez, aduz que o julgamento de improcedência liminar pode ter o condão de violar princípios basilares do processo. Confira-se:

Apesar de entendermos que algumas questões podem ser decididas sem a prévia intimação das partes, a exemplo das medidas de urgência, nos casos de julgamento liminar de improcedência, cremos que a resolução indiscriminada de mérito antes mesmo da citação do réu, embora confira celeridade processual, viola princípios basilares do processo, mormente o da amplitude do direito de ação.

Por julgar liminarmente improcedente o pedido formulado pelo autor, o procedimento retira do réu a faculdade de silenciar, o que, de regra, conduz à veracidade dos fatos articulados na inicial. Subtrai-lhe também a possibilidade de confessar os fatos, de reconhecer a procedência do pedido ou mesmo de abrir mão de invocar a existência de prescrição ou decadência do direito do autor. Se a causa versar sobre direito disponível, a norma viola o princípio da liberdade das partes, ou seja, em nome de uma celeridade a qualquer custo, o Estado-juízo se interpõe entre autor e réu, obstaculizando o exercício do direito daquele e as prerrogativas deste.

Fredie Didier Jr. ^[42] faz o seguinte contraponto:

É técnica de aceleração do processo. Em situações de manifesta improcedência do pedido, o legislador dispensa a citação do demandado, autorizando que se profira um julgamento a ele favorável.

Não há, por isso, qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento de improcedência. O demandado não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a técnica de aceleração do julgamento, prevista no art. 285-A do CPC, dividiu opiniões e teve sua constitucionalidade questionada por meio de ADI proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por entender que a aplicação do citado artigo fere diversos princípios constitucionais, notadamente: do contraditório, da ampla defesa e da isonomia^[43]. Viu-se ainda, síntese acerca dos argumentos contrários e favoráveis à constitucionalidade do instituto discutido.

Em sequência, foram analisados diversos aspectos acerca da aplicabilidade do instituto, tais como: nomenclatura, âmbito de aplicação, pressupostos de incidência da norma e aspectos procedimentais relevantes. Objetivando a correta aplicação do instituto processual em comento, foram analisados, ainda, relevantes aspectos procedimentais a serem observados na utilização da técnica de aceleração de julgamento prevista no art. 285-A do CPC/73.

Em seguida, foram analisados os contornos do instituto do julgamento liminar de improcedência nos termos em que foi engendrado no atual Código de Processo Civil (CPC/2015), traçando-se paralelo com o revogado art. 285-A do CPC/73.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil – vol 2: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7.2.2006, 11.277, de 7.2.2006, e 11.280, de 16.2.2006**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Julgamento prima facie (imediate) pela técnica do artigo 285-a do CPC.** Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/64/64>.> Acesso em: 20 de novembro de 2018.

DIAS, Jean Carlos. **A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei nº 11.277.** Revista Dialética de Direito Processual, nº37. São Paulo: Dialética, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, vol.1.

_____. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - 19. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017,v.1.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Novo Código de Processo Civil comentado – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipaíssimo da lide.** São Paulo: RT, nº 141, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. **Sentença liminar de improcedência em demandas seriadas (art. 285-a do CPC)** - Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume III – Disponível em: Acesso em: 20 de novembro de 2018.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil**: volume I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I/**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JÚNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/06)**. Revista de Processo 141:116-127. São Paulo: RT, novembro de 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo, por parágrafo**. 8. Ed. Ver. E atual. Barueri, SP: Manole, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar**. Revista dos Tribunais: RT, v. 96, nº 858, p. 11-19, abr. 2007.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Novo Código de Processo Comentado – 3 ed. rev. atual. e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, Paulo Roberto. **Sentença emprestada: uma nova figura processual**. Revista de processo, nº 135. Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil** [livro eletrônico] - São Paulo; Editora RT. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.ed. – São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As Reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 145.

TALAMINI, Eduardo. Improcedência liminar do pedido no CPC/15. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235038,31047-Improcedencia+liminar+do+pedido+no+CPC15>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)** - São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Novas Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; Wambier, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOTAS:

[1] As discussões acerca da constitucionalidade do art. 285-A, no entanto, foram encerradas ante a revogação do Código de Processo Civil/73. Nessa trilha, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu decisão na ADI 3695/DF, na data de 12 de maio de 2017, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito, por entender que: “A jurisdição constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurido independentemente do fato de terem produzido efeitos concretos residuais.”

[2] A constitucionalidade do atual dispositivo também já foi questionada pela doutrina. Confira-se:

“O CPC 332, tal qual ocorria com o CPC/1973 285-A, é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5.º caput e I), da legalidade (CF 5.º II), do devido processo legal (CF 5.º caput e LIV), do direito de ação (CF 5.º XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF 5.º LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, porque o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e

submeter-se à pretensão, independentemente do precedente jurídico de tribunal superior ou de qualquer outro tribunal, ou mesmo do próprio juízo. Relativamente ao autor, o contraditório significa o direito de demandar e fazer-se ouvir, inclusive produzindo provas e argumentos jurídicos e não pode ser cerceado nesse direito fundamental. De outro lado, o sistema constitucional não autoriza a existência de “súmula vinculante” do STJ nem dos TJs ou TRFs, menos ainda do juízo de primeiro grau, impeditiva da discussão do mérito de acordo com o due process. Em sentido contrário, tratando do CPC/1973 285-A: Bruno Vianna Espírito Santo.”

Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. **Comentários ao código de processo civil** [livro eletrônico] -- São Paulo; Editora RT. 2015, p. 965.

[3] HARTMANN, Guilherme Kronemberg. **Sentença liminar de improcedência em demandas seriadas (art. 285-a do CPC)** - Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume III – Disponível em: Acesso em: 20 de novembro de 2018.

[4] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide**. São Paulo: RT, n. 141, 2006, p.158.

[5] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Manole, 2009, p. 329.

[6] MEDINA, Paulo Roberto. **Sentença emprestada: uma nova figura processual**. Revista de processo, n. 135. Revista dos Tribunais, 2006.

[7] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As Reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 145.

[8] “PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE ICMS. PRECATÓRIO CEDIDO. DECRETO 418/2007. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O indeferimento liminar da inicial do

mandado de segurança pode ocorrer tanto pela não observância das regras processuais para o processamento do feito - ensejando a denegação do *mandamus* sem apreciação do mérito - como também pelo reconhecimento da decadência e pela aplicação do art. 285-A, do CPC, resultando no julgamento liminar de mérito. Aplica-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil ao procedimento previsto para a ação mandamental. 2. O julgamento da demanda com base no art. 285-A, do CPC, sujeita-se aos seguintes requisitos: i) ser a matéria discutida exclusivamente de direito; ii) haver o juízo prolator do *decisum* julgado improcedente o pedido em outros feitos semelhantes, fazendo-se alusão aos fundamentos contidos na decisão paradigma, demonstrando-se que a *ratio decidendi* ali enunciada é suficiente para resolver a nova demanda proposta. 3. No caso, o acórdão recorrido indeferiu a inicial, ao argumento de que não havia direito líquido e certo à compensação do tributo, tendo em vista precedente da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que reconheceu a constitucionalidade do Decreto 418/2007. Não se indicou expressamente a aplicação do art. 285-A, do CPC, nem houve menção aos fundamentos de decisões anteriormente proferidas pelo mesmo juízo em processos semelhantes. 4. O aresto impugnado deve ser anulado para que seja reapreciada a petição inicial do mandado de segurança, à luz dos dispositivos processuais incidentes na espécie. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido." (RMS 31.585/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 14/04/2010).

[9] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.ed. – São Paulo: Método, 2011, p. 317.

[10] JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**: volume I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 412.

[11] NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.482.

[12] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras **impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa)**. Revista Dialética de Direito Processual. N.39. São Paulo: Dialética, 2006, p.95.

[13] WAMBIER, Luiz Rodrigues; Wambier, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 67

[14] Veja-se a seguinte ementa do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: “Embora a expressão “casos idênticos” contida no caput do artigo 285-A do CPC leve a crer que há necessidade de o juiz ter julgado no mínimo dois casos anteriores na mesma situação, tal prescrição não compactuaria com a finalidade da norma que é a busca pela celeridade e economia processual. Ademais, Cássio Scarpinella Bueno, Vicente Greco Filho e Nelson Nery Junior utilizam expressões como “decisão favorável”, “outro julgado” e “anteriormente julgado”, o que denota ser necessário apenas uma única decisão de improcedência anterior.” - **TRF3; AMS 200860000054493/MS, DJ17/03/09**.

[15] DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 331.

[16] DIAS, Jean Carlos. **A Introdução da Sentença-tipo no Sistema Processual Civil Brasileiro – Lei n. 11.277**. Revista Dialética de Direito Processual n. 37. São Paulo: Dialética, 2006, p.67.

[17] JÚNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **A Resolução Antecipada do Mérito em Ações Repetitivas (Lei 11.277/06)**. Revista de Processo 141:116-127. São Paulo:RT, novembro de 2006, p.121

[18] CAMBI, Eduardo. **Julgamento Prima Facie (Imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo%20Cambi%20\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Eduardo%20Cambi%20(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 20 de novembro de 2018.

[19] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As Reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, pg. 148.

[20] BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. vol. 2, São Paulo : Saraiva, 2006, p.51.

[21] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.112.

[22] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide**. São Paulo: RT, n. 141, 2006, p.152/153.

[23] GAJARDONI. Ob., Cit., p. 152/153.

[24] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide**. São Paulo: RT, n. 141, 2006, p.152/153.

[25] MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Disponível em: <
<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/71-artigos-nov-2007/6093-acoes-repetitivas-e-julgamento-liminar> >, acesso em 20 de novembro de 2018.

[26] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 448.

[27] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Manole, 2009. p. 327.

[28] MEDINA, Paulo Roberto. **Sentença emprestada: uma nova figura processual**. Revista de processo, n. 135. Revista dos Tribunais, 2006, p. 155.

[29] WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)**. Disponível em <
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25880,101048-Sobre+a+necessidade+de+intimacao+pessoal+do+reu+para+o+cumprimento+da>>. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

[30] NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil** [livro eletrônico] - São Paulo; Editora RT. 2015, p. 965.

[31] NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob., Cit., p. 966.

[32] Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1o O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2o Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3o Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4o Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

[33] TALAMINI, Eduardo. **Improcedência liminar do pedido no CPC/15.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235038,31047-Improcedencia+liminar+do+pedido+no+CPC15>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

[34] CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil** – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 600.

[35] CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil** – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 601.

[36] TALAMINI, Eduardo. **Improcedência liminar do pedido no CPC/15.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235038,31047-Improcedencia+liminar+do+pedido+no+CPC15>. Acesso em: 21 de nov. 2018.

[37] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 583.

[38] NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil** [livro eletrônico] -- São Paulo; Editora RT. 2015, p. 969.

[39] NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil** [livro eletrônico] -- São Paulo; Editora RT. 2015, p. 965.

[40] Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. **Comentários ao código de processo civil** [livro eletrônico] -- São Paulo; Editora RT. 2015, p. 965.

[41] DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil** /. – 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. – São Paulo: Atlas, 2016, p.101.

[42] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** - 19. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 667.

[43] As discussões acerca da constitucionalidade do art. 285-A, no entanto, foram encerradas ante a revogação do Código de Processo Civil/73. Nessa trilha, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu decisão na ADI 3695/DF, na data de 12 de maio de 2017, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito, por entender que: "A jurisdição constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurido independentemente do fato de terem produzido efeitos concretos residuais."

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS SOB O PRISMA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

SANGELA DANIELA BARBOSA RAMOS:
Graduanda em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE.

IZAMARA LEITE^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho faz uma análise sobre a perspectiva da adoção por casais do mesmo sexo, diante da primazia do melhor interesse da criança e adolescente, dos desafios envolvendo a legislação brasileira, os conflitos sociais, frente a uma sociedade que muitas vezes é preconceituosa e conservadora. Os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade humana atribuem aos relacionamentos homossexuais o status de família, estes merecendo igual reconhecimento e proteção do Estado. Assim sendo o indeferimento do pedido de adoção formulado por famílias compostas por homossexuais fere os princípios constitucionais, além disso, fere também o direito da criança e do adolescente de serem postos em uma família substituta ao invés de não terem nenhuma perspectiva de vida familiar futura. Para proporcionar uma melhor compreensão acerca do tema aqui abordado, utilizou-se de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica e uma metodologia baseada em análise a doutrina, artigos científicos e jurisprudências sobre o tema proposto.

Palavras-chave: Adoção. Família. Homoafetividade. Melhor interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT: This paper analyzes the perspective of adoption by same-sex couples, in front of the primacy of the best interest of the child and adolescent, the challenges involving the Brazilian legislation, and social conflicts, in front of a society that is often judgmental and conservative and the priority of the child and teenager's best interest. The constitutional principles of dignity and human equality attribute to homosexual relationships the family status, and therefore, they deserve equal

recognition and protection from the state. Thus, the rejection of the adoption request made by families composed by homosexuals violates constitutional principles. Moreover, it also hurts the right of children and teenagers to be placed in a foster family instead of having no prospect of future family life. To provide a better understanding of the topic here discussed, a qualitative and bibliographical research and a methodology based on analysis of the doctrine, scientific articles, and jurisprudence on the proposed theme was used.

Keywords: Adoption. Family. Homoaffectivity. Best interests of children and teenagers.

1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais, ponderando e analisando a aplicação dos princípios constitucionais garantidos e analisando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para a concretização desse estudo, foi realizada pesquisa qualitativa, sendo esta entendida como sendo uma análise descritiva do tema. A metodologia utilizada baseou-se numa revisão bibliográfica consistente na leitura e análise de artigos e dissertações sobre o tema, bem como jurisprudências acerca da possibilidade da adoção por famílias homoafetivas.

Traz o estudo sobre o instituto da adoção que de acordo com a legislação atual, é a inserção da criança ou adolescente em uma família substituta, quando da impossibilidade de manutenção destes na família natural. De certo, a colocação em uma família adotiva visa à garantia dos direitos fundamentais, dentre estes o direito a convivência familiar, com base, sempre, no melhor interesse da criança e do adolescente.

Apresentar o tema é trazer a discussão os direitos já conquistados pelos parceiros homoafetivos, após o reconhecimento da união estável entre iguais como entidade familiar, e colocar em pauta, os conflitos sociais

sobre o assunto que por anos, foi renegado e ignorado por uma sociedade preconceituosa e conservadora.

O presente artigo está dividido em quatro tópicos, sendo que o primeiro explanará sobre a adoção de um modo geral e qual a sua finalidade, já o segundo tópico abordará o conceito de família e suas novas estruturas formadas ao longo do tempo.

Sucessivamente, o terceiro tópico realizará um estudo a cerca do principio do melhor interesse da criança em poder estar inserido numa família substituta e o quarto tópico analisará o princípio da dignidade da pessoa humana sendo garantia inerente aos direitos e deveres fundamentais de cada indivíduo e se estendendo por toda a coletividade.

2 Adoção

A adoção é o instituto no qual um indivíduo assume uma responsabilidade e um vínculo socioafetivo cedendo direitos ao outro indivíduo como se seu filho consanguíneo fosse.

Luiz Antônio Miguel Ferreira (2008, p.50), confirma o entendimento acima disposto:

Define-se a adoção como instituto jurídico pelo qual uma pessoa recebe outro como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo. Trata-se de “uma forma diferente de ter filhos”, e por consequência, de constituir uma família. Não mais se trata de imitar a natureza quando esta falha e, sim, de encontrar pais para crianças que já existem.

É de forma legal e jurídica, que podemos dizer que a adoção é um ato solene e de afeto que se cria entre adotante e adotado ao se adquirir uma família fictícia, ou seja, de um ato de vontade com desejo de amar e ser amado.

Maria Berenice Dias (2013, p. 498), concordando e complementando a ideia acima citada, acrescenta:

O adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho. Direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem o adotado aos deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização”.

Os novos métodos de adoção trouxeram inovações que acrescentaram requisitos no Estatuto da Criança e Adolescente, como por exemplo, a exigência de procedimento judicial tanto para as crianças e adolescentes quanto para maiores de dezoito anos disposto no artigo 47 que, “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita em registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

O mesmo Estatuto albergou os preceitos contidos na Constituição Federal de 1988, regulamentando a adoção de menores até dezoito anos de idade, ou até vinte um anos, nos casos em que o indivíduo já estivesse sob o manto da guarda ou tutela dos adotantes, antes que restassem completado os dezoito anos. Leila Dutra de Paiva (2004, p.46) leciona que:

Os pressupostos estabelecidos pela Constituição Brasileira de 1988, foram regulamentados pelo Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que introduz modificações importantes e busca eliminar qualquer distinção entre filhos biológicos e adotivos. Regulamenta as adoções de crianças e adolescentes até os dezoito anos de idade ou de adolescentes até vinte e um anos que já estejam sob a guarda ou tutela dos adotantes antes de completarem os dezoito anos de idade.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (5º Ed., p. 364), a “adoção é um processo judicial que importa a substituição da filiação de uma pessoa (adotado), tornando-a filha de outro homem, mulher, casal (adotantes). A adoção dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença

judicial, aplicando-se subsidiariamente o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Assim, é importante salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, incisivamente, que, “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotante e fundar-se em motivos legítimos”, conforme o artigo 43 do mesmo instituto.

Deve-se levar em conta que a adoção é uma forma de proteger os direitos das crianças e dos adolescentes, dando a estes a oportunidade de pleno desenvolvimento. O intuito do instituto da adoção deverá ser sempre “de encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não de buscar uma criança para aqueles que querem adotar”. [2]

É com a adoção que a cada dia crianças e adolescentes tem a esperança de poder ter uma família, de serem amadas com atitudes daqueles que tem a iniciativa de assumir para si a responsabilidade de dar afeto aos que foram marcados pelo abandono.

Vale ressaltar que a finalidade da adoção foi transformada ao longo do tempo, visto que a adoção no Código Civil de 1916 tinha por objetivo dar a um casal sem filhos uma possibilidade de criar uma criança e adolescente e tê-lo como filho, sendo que posteriormente essa finalidade foi modificada tendo em vista o melhor interesse do menor (VENOSA, 2003, p.316). A adoção não visa mais o bem estar do adotante, as suas necessidades de ter e criar um filho, e sim o melhor interesse da criança e do adolescente adotado.[3]

Além disso, para que haja o deferimento da adoção é necessário fazer a demonstração das reais vantagens para o adotado, pois há uma gama de princípios constitucionais que asseguram direitos a criança e adolescente, apresentando como finalidade primordial o bem estar e a colocação do adotado em família substituta com suporte emocional e financeiro para atender as suas necessidades básicas (RAMOS, 2008, p.25-26), primando conseqüentemente para a proteção e respeito aos direitos da criança e adolescente.[4]

Caroline Ramos afirma que a finalidade da adoção visa a satisfação de ambas as partes, ou seja, objetiva tanto a realização do desejo de uma pessoa que não pode ter um filho biologicamente ou geneticamente, como também por motivos de ordem pessoal, além do interesse que uma criança e adolescente possui no sentido de ter um lar digno de seus direitos (2006, p.26), ou seja, as finalidades são de ambas as partes, mas priorizando o melhor interesse do menor. [5]

Desse modo, a exata finalidade da adoção é oferecer ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança que por algum motivo ficou privada de sua família natural, atendendo às reais necessidades da criança dando a mesma uma família em que se sinta segura e amada (GRANATO, 2010, p.29-30). Não há como justificar a adoção de uma criança e adolescente somente com o objetivo de benevolência, devendo ter como objetivo a proteção do menor como sujeito de deveres e de direitos.[6]

São requisitos para adoção de uma criança ou adolescente, conforme disposto no artigo 42 da Lei 8.069 que assim está descrito: “podem adotar os maiores de 18 anos, independente do estado civil”, e o parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal: “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”, assim sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, sem distinção de sexo, podendo inclusive que esse adotante possa ser pessoa solteira, não fazendo qualquer menção ao que se refere à orientação sexual.

Deste modo não existe qualquer impedimento no tocante a possibilidade de casais homossexuais vivendo em união estável possam estar aptos a adotarem.

3 Família

A família é o elemento identificador do indivíduo em sociedade. Com as evoluções tecnológicas e culturais ocorridas, nas últimas décadas,

mudando a sociedade e, por conseguinte a estrutura familiar, novas foram às estruturas familiares surgidas.

A família caracteriza-se pela união de laços sanguíneos e afetivos e surge de forma natural. Grandes partes dos seres humanos historicamente prezam pela vida em conjunto. Porém, a família de hoje difere bastante das antepassadas, tendo em vista que esta não se constitui somente pelo matrimônio, mas associa-se a outros fatores (DENKSUK;DOMENICO, 2015).

Ainda de acordo com Denksuk e Domenico (2015), o elemento primordial das entidades familiares é o afeto, portanto, assim como o casamento, a união estável também é amparada juridicamente. A percepção de união estável, por sua vez, abriu caminho para o reconhecimento da união entre companheiros do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, e com isso novas questões surgiram, dentre elas a possibilidade de adoção por esses casais.

Como destaca Maria Berenice Dias “depois do direito a vida, talvez, nada seja mais importante do que o direito à família, lugar idealizado onde é possível, a cada um integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade”.

A primeira evolução legislativa no conceito de família é a estabelecida com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, que passa a considerar não somente os elementos constituintes da família, mas também seu principal aspecto social, o afeto existente entre os entes, além de reconhecer formalmente a existência de arranjos familiares diferenciados do suposto ideal.

Nesse sentido, Leonardo Barreto Moreira Alves (2006, p.03):

Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável (artigo 226, parágrafo 3º) e da família monoparental (artigo 226, parágrafo 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana o principal marco da mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais o jurídico e sim fático: o afeto”

A fundamentação constitucional para a proteção homoafetiva reside em princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, liberdade e vedação ao preconceito em função da etnia, crença, cor ou sexo, provendo assim a defesa da liberdade de orientação sexual.

A falta de regulamentação das uniões e relações entre pares do mesmo sexo dentro do ordenamento jurídico brasileiro por óbvio não constitui expressa proibição destas, entretanto, as põe a margem da sociedade, sendo como comparado a “fantasmas” dentro do Direito de Família.

Não há como negar a existência das uniões homossexuais e fechar os olhos para essa nova realidade, pois, ao fazer isso, se configuraria em uma grave lesão aos mesmos direitos e garantias fundamentais mencionados resguardados pela Carta Magna.

Os indivíduos quando constituem uma união estável ou uma união homoafetiva, possuem o mesmo objetivo, qual seja constituir uma família com base no afeto, buscando a realização pessoal através da vida em comum, mútua assistência, existindo a convivência pacífica e duradoura.

Desta forma, é de imensurável importância a incidência dos princípios constitucionais no meio jurídico como norteadores de decisões, as quais encontram na omissão da lei, uma forma mascarada de discriminação e exclusão.

Assim, muito embora o contexto familiar tenha se modificado, no decorrer dos anos, mormente nas questões atinentes à adoção

homoafetiva, ainda subsiste a questão do preconceito. Maria Consuelo Passos (2010, p.71) discorre sobre o tema:

À medida que os homossexuais vão conquistando espaço nas diferentes redes sociais, tornam-se mais visíveis suas formas de casamento, família e parentalidade, demandas que são comuns a qualquer cidadão. Ocorre que, embora haja em nossos dias mais liberdade de expressão, a homoafetividade ainda é objeto de preconceitos, nos diferentes tipos de relações sociais, na mídia e, infelizmente, no âmbito "psi" onde, muitos profissionais, valendo-se de argumentos ditos científicos, procuram ocultar um moralismo exacerbado e uma visão de mundo que em nada combina com o cerne de sua ocupação, que pode compreender o ser humano e trabalhar em prol de sua saúde psíquica.

No entanto, em que pese o comportamento preconceituoso de muitos indivíduos, há de se mencionar que, acertadamente, Maria Berenice Dias (2009, p. 194) dispõe "Reconhecida à união homoafetiva como entidade familiar, passou a jurisprudência a admitir a adoção por ambos os companheiros (...)".

Não há como negar que a nova tendência da família moderna é a sua composição baseada na afetividade, que surge pela convivência entre pessoas e pela reciprocidade de sentimentos.

José Sebastião Oliveira assevera que "a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual" (2002, p.233).

"O desenvolvimento da criança não depende do tipo de família, mas do vínculo que estes pais e mães vão estabelecer entre eles e a criança. Afeto, carinho, regras: essas coisas são importantes para uma criança

crescer saudável do que a orientação sexual dos pais.”
Mariana Farias – psicóloga e autora.[7]

Diante disso, verifica-se a nítida mudança quanto ao aspecto da entidade familiar. Hoje, a família é fundada no amor e na cooperação, tendo o afeto, como fator preponderante e norteador das relações familiares, tornando-se, inclusive, mais importante que os laços consanguíneos.

3.1 Homoparentalidade na Adoção

É sabido que ao se analisar a possibilidade de uma criança ser inserida no seio de uma família substituta, essa inserção deverá atender ao melhor interesse da criança em detrimento de outros direitos.

Tendo em vista que as uniões entre pessoas do mesmo sexo alcançam o *status* de entidade familiar como previamente defendido, não há nada que impeça estes casais de adotarem, nem mesmo o princípio do melhor interesse da criança, pois não há nenhum prejuízo a estas, pelo contrário há uma proteção de seus direitos na medida em que se garante o direito à convivência familiar do menor.

O direito à convivência familiar é um dos direitos mais importantes das crianças e adolescentes, pois é através desta que se desenvolvem social e psicologicamente.

Ademais, estudos especializados não apontaram qualquer diferença ou prejuízo em crianças que sejam adotadas por casais homossexuais, na verdade, os estudos psicossociais apontam que o que importa é qualidade do vínculo, a capacidade dos adotantes em formar um ambiente familiar adequado e o afeto dado à criança.

“As pesquisas mostram que a orientação sexual dos pais parece ter muito pouco a ver com o desenvolvimento da criança ou com as habilidades de ser pai. Filhos de mães e pais homossexuais se desenvolvem da mesma maneira que crianças de pais heterossexuais.” Charlotte Petterson – professora e psicóloga.[8]

or outro lado, a institucionalização das crianças e adolescentes interfere no seu desenvolvimento psicológico, pela restrita inserção social e a inexistência de vínculos afetivos. Sendo assim, é do melhor interesse da criança ser colocada em uma família substituta, não importa a sua formação.

Embora não haja proibição quanto à adoção homoafetiva, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou ao lado dos homossexuais quanto a esta possibilidade, com base no princípio do melhor ou maior interesse da criança e deferiu o seguinte informativo:

Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescritibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório de assistente favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. REsp 889.852-RS, 4ªTurma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.27.04.2010. (STJ[6] – RECURSO ESPECIAL: REsp 889852 RS 2006/0209137-4. Relator: Min. LUIS FELIPE SALAMÃO – Órgão Julgado: 4ª Turma – Publicação: 10/08/201. Informativo n.432)

O órgão não só julgou possível a adoção homoafetiva como também destacou que estudos científicos comprovam que não há prejuízos sociopsíquicos aos adotandos. Ademais, deu ênfase que na análise da adoção é necessário observar o vínculo afetivo entre os adotantes e os adotandos, não a relação entre os primeiro unicamente. A decisão representou uma vitória de tutela efetiva a cidadania dos homossexuais.

Complementando o assunto, Paulo Nader citando Paulo Luiz Netto Lobo, ensina:

Não há fundamentação científica para esse argumento (de que a criança pode sofrer alterações psicológicas e porque criada por homossexuais), pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstram que as crianças que

foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados. (NADER, 2006, p. 391).

Sobre o tema, Enézio de Deus Silva Junior complementa:

Mesmo não havendo, por ora, posicionamento científico definitivo, sobre se a orientação sexual dos pais faz diferença significativa na educação de crianças e adolescentes, as pesquisas que existem, nesta esteira, apontam, além de negativa a tal hipótese, a relevância do afeto e da sólida estrutura emocional, como os elementos indispensáveis e preponderantes ao natural ou saudável desenvolvimento da prole. (SILVA JUNIOR, 2008, p. 106)

Nesse contexto, verifica-se que a orientação sexual dos pais tanto importa, pois estando bem ajustados os papéis de gênero de forma saudável e vivenciada a afetividade na união estável, não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade do adotando, pois nas palavras de Silva Junior (2008, p. 115) "Todas as pessoas, a priori, são capazes de desempenhar, com eficiência, os papéis materno e paterno, a depender da personalidade e da maior identificação com um ou com outro".

Apesar de até os dias de hoje remanescerem preconceitos no que diz respeito à adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo, construções jurisprudenciais vem outorgando a adoção de menores a casais homoafetivos, partindo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e da união das condições necessárias para atender aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente (BATISTA, 2014).

É por oportuno, outrossim, apresentar um caso de adoção por casal homoafetivo, onde perfeitamente se comprova que a adoção por

homossexuais em nada altera no desenvolvimento psicológico do adotando, o que mais uma vez prova que o afeto e o amor são a melhor resposta.

4 Princípio do Melhor interesse da Criança

O instituto da adoção é um direito concedido a crianças e adolescentes quando não possuem família ou quando houver destituição do poder familiar, conforme o disposto no artigo 19 do Estatuto da criança e do Adolescente.

Pode se destacar neste instituto, os princípios da proteção integral e o da prioridade absoluta como norteadores e primordiais no que tange à proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Neste sentido:

- a) Princípio da proteção integral: considera a criança e o adolescente sujeitos de direito, devendo as políticas públicas respeitarem e contemplarem tal fato;
- b) Princípio da prioridade absoluta: determina a prevalência incontestável de atendimento aos interesses da criança e do adolescente. (DIAS, Maria Berenice, 2011, p.350).

Nota-se que, com a normatização dos direitos da criança e do adolescente, fazendo com que estas tornem-se sujeitos de direitos, maximizou-se o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que em situações sócio-jurídicas que envolvam menores, deverá prevalecer o que for de melhor interesse do infante.

Diante da concepção da criança como sujeito de direito e da valorização jurídica do afeto na estrutura familiar, decorre o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, segundo o qual, por conta do seu processo de amadurecimento e formação da personalidade, merece destaque especial no ambiente familiar. (TORRES, Aimberé Francisco, 2009, p.96-97).

Desfrutar de um ambiente familiar seguro, estável, onde seja valorado o afeto, o cuidado e a mútua assistência, sem dúvida, encontra-se inserido no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que o desenvolvimento, crescimento e formação de caráter do infante, enquanto cidadão detentor de direitos e deveres, depende de uma harmônica convivência familiar e comunitária.

Há que se ter em mente que o princípio norteador deve ser sempre o melhor interesse do infante. E não existe motivo legítimo para retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família. Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem uma verdadeira união estável ou unem-se em matrimônio, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos.

Apesar de até os dias de hoje remanescerem preconceitos no que diz respeito a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, construções jurisprudenciais vêm outorgando a adoção de menores a casais do mesmo sexo, partindo do princípio constitucional da pessoa humana e da igualdade. E da união de condições necessárias para atender aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente (BATISTA, 2014).

Não é do melhor interesse da criança ser institucionalizada, tendo através do passar dos anos suas reais chances de serem adotadas diminuídas. De acordo com o Cadastro Nacional de Adoção, existe uma disparidade entre o número de adotantes em relação ao número de crianças e adolescentes aptos à adoção, porque no Brasil são preferencialmente adotadas crianças com até uns quatro anos, sendo essas crianças às vezes transferidas, não possuindo laços e vínculos afetivos, não podendo se desenvolver plenamente, ficando propensos a se marginalizar ou se tornarem habitantes de ruas e praças públicas.

Verificam-se claramente as reais vantagens que a adoção pode trazer para o menor, não se trata de escolher a opção que menos prejudicaria a criança ou adolescente, ou seja, escolher entre deixar a criança abandonada ou inseri-la em um lar homoafetivo, a verdade, não havendo diferenças efetivas entre o menor ser adotado por um casal

homoafetivo e um casal heterossexual, é imperioso consentir com adoção por parceiros homossexuais sob pena de afronta ao princípio do melhor interesse da criança.

Corroborando o contido no diploma constitucional, Caroline de Cássia Francisco Buosi (2012, p. 114) pontua que:

Um dos princípios base fundamentadores que protegem o menor é o Princípio do Melhor Interesse da Criança, pelo qual as necessidades da criança devem estar acima dos interesses dos seus pais, analisando cada caso concreto. A necessidade de analisar cada caso concreto se dá na possibilidade de perceber as condições de vida daquela criança, seu ambiente físico e social e as relações afetivas que estabelece com os seres a sua volta, haja vista que estão em plena construção da base de personalidade.

Cristina Othon Lacerda de Andrade (2010, p. 69/70) menciona que em muitas ocasiões que o princípio do melhor interesse do menor resta resguardado nas hipóteses em que se atribuem a convivência da criança ou do adolescente a um lar diverso daquele que o gerou, mas que se encontra imbuído de afeto.

Para os estudiosos e pesquisadores, o assunto não traz dúvidas: o melhor interesse da criança é mais facilmente protegido quando se privilegia a convivência afetiva de um estranho que efetivamente construiu uma relação paterno/materno-filial, à sua vinculação biológica, ou seja, um pai ou uma mãe que tão-somente geraram a criança, não trazendo para ela nenhuma representação de amparo ou segurança, próprios da relação saudável entre pais e filhos.

Assim sendo, no que tange o instituto da adoção, não se deve olvidar que seu escopo maior é proporcionar as crianças e adolescentes, que estejam em situação de manifesto desamparo, o direito à inserção em uma entidade familiar, a qual deve ser tratada com prioridade absoluta, nos moldes explicitados pela Constituição Federal de 1988, conforme leciona Silvana do Monte Moreira (2015).

5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia inerente aos direitos e deveres fundamentais de cada indivíduo e se estende por toda a coletividade. É um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e está expresso no artigo 1º, da Constituição Federal de 1988.

Trata-se de princípio que tem como essência a ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo, não devendo ser instrumentalizado, coisificado ou descartado em virtude dos caracteres que lhe concedem individualmente e estampam sua dinâmica pessoal. A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois diz respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender do fato de estar ou não prevista, de modo expresso, na Constituição. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições. Há de se reconhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo.(DIAS, Maria Berenice 2008, p.88).

Este princípio tem sido aplicado na proteção dos direitos dos homossexuais como um todo, pois garante que os traços individuais da personalidade não sejam violados e nos direciona a viver com dignidade e respeito na forma como cada pessoa deve ser vista perante o convívio social. Assegura que os homossexuais exerçam livremente seus direitos garantidos por lei, sem restrição ou discriminação de qualquer ação que os despreste.

Nesse contexto, a dignidade deve ser entendida como uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e, por essa razão, irrenunciável e inalienável, posto consubstanciar-se num elemento qualificador do ser humano, bem como

de toda a sua grandeza e superioridade em relação aos demais seres. Dessa forma, o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana devem constituir num dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito. (TORRES, Aimberé Francisco, 2009, p.31).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade. A palavra dignidade designa o respeito que qualquer pessoa mereça ter, e é um fundamento que permite a capacidade de liberdade de cada indivíduo.

Nesse sentido:

Constatou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana compõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É a imposição que recai sobre o Estado de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade. (Guerra, 2014, 73)

Este princípio está intimamente ligado ao direito que o indivíduo tem de fazer suas escolhas afetivas, não sendo discriminado por suas escolhas. Princípio gerador e cânone basilar da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana vem na tentativa de garantir e efetivar os direitos fundamentais previstos.

A dignidade da pessoa humana prevê o respeito ao indivíduo e, qualquer forma de discriminação por orientação sexual, configura uma forma de desrespeito e ofensa direta a esse princípio que valoriza o ser humano.

Deste modo, discriminação baseada na orientação sexual configura claro desrespeito a dignidade da pessoa humana, o que infringe o princípio maior da Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por referendar estigmas sociais e fortalecer sentimentos de rejeição, além de ser fonte de sofrimentos a

quem não teve a liberdade de escolher nem mesmo o destino de sua vida (DIAS, Maria Berenice, 2011, p.88).

Diante disso, não pairam dúvidas de que o reconhecimento dos direitos homoafetivos se encontram intimamente ligados à proteção da dignidade da pessoa humana, razão pela qual não se mostra plausível que a criança ou o adolescente colocados em adoção, sejam privados de pertencerem a uma família.

6 Considerações Finais

O presente artigo buscou trazer uma análise crítica a cerca da adoção por casais homoafetivos, englobando crianças e adolescentes que não tiverem a chance de pertencer a uma família e através deste instituto podem ser integradas no âmbito familiar por meio do interesse de um casal homossexual em adotá-los.

Apresentando vários apontamentos, os quais estão voltados a uma melhor interpretação dos novos conceitos de família, o mesmo levanta questionamentos a respeito da relação familiar entre um casal homoafetivo e o adotando em geral, acerca dos efeitos para a sociedade e benefícios proporcionados a este ultimo.

Buscou-se demonstrar a realidade que a maioria não quer enxergar por mero preconceito, é que a adoção por casais do mesmo sexo não influencia para que a orientação do adotado venha a ser a mesma dos adotantes. Muito pelo contrário, crescer, ser educado e conviver com um casal homoafetivo propicia que o adotando saiba ponderar suas atitudes respeitando todo e qualquer ser humano, bem como os demais seres vivos, inclusive possibilita uma satisfação pessoal como indivíduo.

Restou entendido que a adoção é acima de tudo, um ato de amor, pois aceitar um indivíduo como filho sem qualquer vínculo consanguíneo, evidência a mais profunda relação entre adotado e adotantes, onde o afeto é traduzido no amor, no carinho e nos cuidados necessários para o desenvolvimento saudável do mais novo membro da entidade familiar.

Dessa forma, nos casos de adoção deve-se considerar sempre em primeiro plano, o melhor interesse da criança e do adolescente, possibilitando-lhe a vivência em um lar onde se sinta amada, acolhida e atendida em suas necessidades biológicas, afetivas e sociais, independentes se por casais homoafetivos ou heteros.

É importante destacar que não há pesquisas que comprovem qualquer prejuízo ou dano à criança adotada por pessoa ou casal de orientação homossexual. Problema maior está no abandono, na falta de oportunidade de convivência em uma entidade familiar, no preconceito, na exclusão, que gerará diversos danos à pessoa, tantas vezes irreparáveis.

Através da análise realizada, observa-se que o indeferimento do pedido de adoção por casais do mesmo sexo é atentar aos preceitos fundamentais e retirar destas crianças, a possibilidade de desfrutar de um ambiente familiar saudável, repleto de amor, carinho e afeto. Faz-se necessário a isonomia no processo de adoção, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente em momento algum proíbe expressamente a adoção por casais homoafetivos ou não vislumbra na orientação sexual impeditivo para tal. E que deixar de proteger tal direito seria uma flagrante discriminação com base na orientação sexual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. *Famílias no direito contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. Revista Jus Navigandi. Novembro 2006.

BATISTA, Fabiana Janke. A possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos à luz da doutrina e jurisprudência. Revista Jus Navegandi. Agosto 2014.

BECKER, Maria Josefina. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais.coord. Munir Cury.9 ed.São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)*. Disponível em: . Acesso em: 09 de outubro de 2018.

_____. "Adoção por casais homoafetivos no Brasil" Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&&artigo_id=12561>. Acesso em: 09 de outubro de 2018.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia*. Curitiba: Juruá, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DENKSUK, Tatiana; DOMENICO, Juliana Terhost Di. Aspectos jurídicos e psicológicos da adoção por casais homoafetivos. Revista Jus Navegandi. Março 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. União Homoafetiva: O Preconceito e a Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Manual de Direito das Famílias. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Homoafetividade e os Direitos LGBTI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *O estatuto da criança e do adolescente e os direitos fundamentais*. São Paulo: APMP, 2008.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção doutrina e prática: com comentários à lei de adoção*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MOREIRA, Silvana do Monte. *Criança e adolescente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

NADER, Paulo. *Curo de Direito Civil. V.5: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção: significados e possibilidade*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PASSOS, Maria Consuêlo. *Casal e família: permanências e rupturas*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

RAMOS, Caroline Félix. *Adoção por casais homoafetivos: a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos*, 2008.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2008; 4. Ed 2010.

TORRES, Aimberé Francisto. *Adoção nas Relações Homoparentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOTAS:

[1] Advogada; Professora do curso de Direito na FACAPE. Licenciada em Ciências Biológicas pela UPE; Bacharel em Direito pela FACAPE; pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UNINASSAU. E-mail: izamara.adv@gmail.com.

[2] BECKER, Maria Josefina. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais*. coord. Munir Cury. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.175.

[3] Adoção por casais homoafetivos no Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n.link=revista_artigos_leitura&&artigo_id=12561>

[4] *Idem*

[5] Adoção por casais homoafetivos no Brasil. Disponível em:
< http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&&artigo_id=12561 >

[6] *Idem*

[7] Revista Super Interessante. Por Carol Catro.
< <http://super.abril.com.br/comportamento/4-mitos-sobre-filhos-de-pais-gays> > Publicado em 12 de fevereiro de 2012. Acesso em 08 de Outubro de 2018.

[8] *Idem*

O ALTO VALOR DO IPTU EM PALMAS-TO

HANNA GEOVANNA NASCIMENTO MENDES:

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo. FASEC.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA

(Orientadora)^[1]

RESUMO: Este trabalho traça um diagnóstico do aproveitamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) como a principal fonte de arrecadação do Município de Palmas/TO. Nesse sentido, analisa-se os aspectos gerais do Imposto Predial e Territorial Urbano na capital tocantinense e a atual relevância do montante arrecadado do imposto para as administrações atuais. Apresenta as alterações dos redutores presentes na lei ordinária aprovado pela Câmara Municipal de Palmas, nas cinco zonas do Plano Diretor, de forma decrescente, cujo valor é maior do que em setores periféricos. O que se destaca é que, se houve ausência de atualização dos fiscos para padronização da cobrança e por esse motivo fez surgir polêmica entre os contribuintes e a Administração Pública, tendo em vista que os valores dos redutores tiveram aumento de 5% a 55% maior do que àqueles contidos na lei anterior. A metodologia amparou-se em abordagem quantitativa da onerosidade da cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU na capital tocantinense no ano de 2018.

PALAVRAS-CHAVE: IPTU Palmas/TO; Redutores do IPTU em Palmas/TO; Arrecadação IPTU Palmas/TO;

ABSTRACT: *This paper draws a diagnosis of the use of the Urban Land and Territorial Tax (IPTU) as the main source of collection of the Municipality of Palmas / TO. In this sense, it aims to analyze the general aspects of the Urban Land and Territorial Tax in the capital of Tocantins and the current relevance of the collection collected from the tax for the current administrations. It presents the changes of the reducers of the ordinary law approved by the Municipality of Palmas, in the five zones of the Master Plan, in descending form, whose value is greater than in peripheral sectors. What stands out is that, if there was a lack of updating of the tax authorities to standardize the collection and for this reason, controversy arose between*

the taxpayers and the Public Administration, considering that the values of the reducers increased from 5% to 55% higher than those contained in the previous law. The methodology was based on a quantitative approach to the tax collection of the Urban and Territorial Tax-IPTU in the capital of Tocantins in the year 2018.

KEYWORDS: IPTU; reducers; market value; collection;

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo explicar sobre a onerosidade da cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU na capital tocantinense no ano de 2018.

A elaboração desta pesquisa baseou-se em notícias da mídia de reclamações e descontentamento da população, em decorrência de conflitos gerados recentemente devido ao alto valor do IPTU cobrado pelo poder público.

Para entender a questão, buscou-se pesquisar quais critérios foram utilizados pela atual gestão para definir o valor venal do imóvel para fins de base de cálculo do IPTU referente ao ano de 2018, tais como, a qualidade do imóvel, o lugar situado e em qual categoria se encontra.

As informações levantadas para este artigo estão subordinadas à lei expressa, por conter todos os conceitos primordiais para a compreensão do tema, bem como permitir a análise da questão a partir dos seus desdobramentos para melhor compreensão da sua aplicação prática.

Como objetivo específico escolhido, levou-se em consideração a lei determinante para a base de cálculo do valor venal, também como ocorre o cálculo do imposto no Código Tributário do Município de Palmas.

A pesquisa será respaldada na Constituição nos tocantes aos princípios fundamentais para o tema abordado, mostrando de forma teórica a administração destes tributos, bem como precedentes a serem citados para melhor entendimento. De modo complementar, a análise de

casos reais nos apresentam parâmetros para compreendermos como esta legislação tem sido aplicada na prática.

No caso do imposto em questão, em obediência aos institutos tributários, o princípio o da legalidade, contido no art. 5º, II da Constituição Federal Brasileira, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Tal princípio obriga à administração a publicizar o método empregado no cálculo do IPTU.

O segundo instituto é o princípio da igualdade, positivado no mesmo artigo da legalidade, sendo um dos pilares dos ordenamentos jurídicos modernos, considerando que todos devem ser cobrados sobre o que apresentam de semelhante e deferentemente sobre que os distingue. Não deve, porém, ser confundida a igualdade com a identidade, pois para que seja cobrado, observa-se em que grupo pertence para ser calculado o valor do Imposto em questão.

O IPTU é calculado pelo valor venal de cada imóvel. O valor venal muitas vezes é por estimativa do mercado e, decerto, irá influenciar no valor do imposto a ser cobrado, com alíquotas variáveis para lotes vagos ou terreno em construção, cuja fixação obedecerá às necessidades de espessamento populacional, tanto se for de maior ou menor proporção, fixadas pelo Poder Executivo, juntamente pela Secretaria de Finanças e Administração.

A justificativa da problemática escolhida para o objeto de estudo é mostrar quais os parâmetros usados para a base de cálculo do valor venal para o dimensionamento dos atributos quantitativos do fato gerador do IPTU, haja vista a competência tributária de gerar a obrigação de pagar o imposto, possibilitando de forma essencial o procedimento pelo qual se conclui um valor cobrado em questão.

CONTEXTUALIZAÇÃO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO E SEUS DESDOBRAMENTOS

O IPTU nasceu em Portugal pelo Decreto de 27/10/1762 e foi trazido para o Brasil pelo Alvará de 27/6/1808, onde foi denominada como “Décima

Urbana “ou impostos sobre prédios, de onde só se tributava prédios habitáveis no local.

Segundo Aliomar Baleeiro (1971, p. 144), foi a data de 19 de maio de 1799, o marco inicial da criação do imposto predial denominado na época de “Décima Urbana”, instituído pela então Rainha de Portugal D. Maria I.

A sua evolução histórica no Brasil surge a partir da Constituição de 1891, não havendo mudanças relevantes, que dentro dela refere-se à competência tributária sobre esse imposto na primeira Constituição Federal, que nessa mesma época, era conferida aos Estados-Membros.

Com base no dizer do Edvaldo Brito após a décima urbana (2016, p. 774), a base de cálculo era o valor locativo, ou seja, o valor do aluguel obtido no período da locação, mas havia o problema de sujeitar-se à tributação prédios sem renda provada ou declarada, ao arbítrio dos lançadores, que era um tipo de agente público administrativo, com formação específica.

Por volta de 1911, foi criado um arbitramento aos prédios que serviam como moradia aos proprietários, para aqueles que eram cedidos e com renda per capita de um salário mínimo. Em 1932, esse imposto passou a incidir sobre a renda do prédio. Na Constituição de 1934 e de 1937 certificaram dois desdobramentos (o imposto sobre prédios e em terrenos), onde estes passaram a ser de competência municipal. Na constituição de 1946, voltaram a ser considerados dois tipos de prédio, aqueles edificadas e não edificadas (BRITO, 2016).

Em 1965, houve a reforma tributária, com a Emenda nº 18, de 1/12/1965, à luz da Constituição de 1946, que em relação ao elemento material do fato gerador passou a incidir sobre a propriedade para a construção do prédio no terreno em si. “ O prédio serve, apenas para medir a capacidade contributiva do proprietário, em 1º de janeiro de cada ano, para mais ou para menos, dependendo do valor, da localização e do uso, veda, pois, a forma como as duas leis municipais adotaram” (BRITO, 2016, p. 775).

Com a chegada do Código Tributário Nacional, mudou a base de cálculo para o valor venal para fins dos procedimentos administrativos do lançamento do imposto.

Atualmente, na Constituição de 1988, o Imposto Predial e Territorial Urbano tem como competência os municípios e o Distrito Federal (exercício cumulativo, conforme o artigo 147 da CF), bem como a União nos territórios não divididos em municípios.

O Imposto Predial e Territorial Urbano/IPTU encontra-se respaldado constitucionalmente no inciso I do artigo 156 e no Código Tributário Nacional na Sessão II, dos artigos 32 ao 34.

O IPTU deve ser instituído por meio de lei ordinária do Município, uma vez que não há exigência de lei complementar para regulamentar este imposto. Também será instituído por lei distrital, diante da previsão do artigo 147 da Constituição Federal de 1988.

Assim, o artigo 156, inciso I, da Constituição Federal, outorga ao Município e ao Distrito Federal competência para instituir o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), tendo como o seu obtentor de rendimentos tributário. Os impostos são tributos que incidem as manifestações de riqueza do contribuinte e por tal motivo sustenta a solidariedade social. Neste sentido ao que se incide sobre base econômica exclusiva, tem como decorrência o fato gerador da aquisição do contribuinte.

Na competência tributária fixada na CF/88, os municípios ficaram com um imposto sobre a propriedade imobiliária urbana, que representa aproximadamente 25% de suas receitas fiscais totais e um novo imposto sobre serviços, cuja alíquota é fixada pelo governo federal, que representa aproximadamente 10% de suas receitas fiscais totais. " (Longo; CARLOS A. LIMA; José Carlos de Sá; p. 3; 1982).

Sendo assim, o IPTU é uma das fontes de arrecadação mais importantes que incide sobre propriedades de zonas urbanas e possui predominantemente característica fiscal e sendo como imposto direto e real.

Ao que se conceitua sobre o Imposto Predial Territorial Urbano é um imposto que tem por intuito cobrança de pessoas pertencentes de imóveis imobiliários (contribuintes) em zonas urbanas, tanto elas sendo residenciais ou comerciais. Seu objetivo principal é basicamente fiscal, para obter recursos aos cofres públicos e controles de propriedades, sendo ela uma das principais fontes de arrecadação em cidades pequenas.

A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO MUNICÍPIO PARA A COBRANÇA DO IMPOSTO A LUZ DO DIREITO TRIBUTÁRIO E A LEGISLAÇÃO DO IPTU NO MUNICÍPIO DE PALMAS

O sistema tributário tem por objetivo obter os impostos, taxas e contribuições que o Estado tem para cumprimentos de suas funções tributárias, ao começar da independência a arrecadação tributária baseava, quase que unicamente em renda dos trapiches e das taxas de importação que por ele veio tentar harmonizar o vínculo da sociedade se atentando aos princípios fundamentais, como também de forma de respeitar o tratado federativo atual sob a Administração Pública dos tributos. Com passar das necessidades, o Estado redirecionou os impostos internos para os municípios, afim de atender os respectivos dispêndios.

No direito tributário, além da competência legislativa ser plena, ocorre a sua competência concorrente, ou seja, cabe a União competir tais tributos caso em ocorrência não existir a privativa. Assim podemos afirmar no artigo 6º do Código Tributário Nacional:

Art. 6º A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e observado o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencerá à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos

Nas palavras do Luciano Amaro sobre a competência tributária (2016, p.115) tem “aptidão *para criar tributos* – da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos têm, dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir seu alcance, obedecidos os critérios de partilha de competência estabelecidos pela Constituição. A competência engloba, portanto, um amplo poder político no que respeita a decisões sobre a própria criação do tributo e sobre a amplitude da incidência, não obstante o legislador esteja submetido a vários balizamentos [...]”.

A chave para a repartição das competências é a sua diferenciação dos tributos, sendo elas com vinculação ou não, para a justificação deste se deriva na atuação estatal imputada ao contribuinte para o pagamento dos tributos, e por essa razão a competência está vinculada a competência material para a prática de determinado ato administrativo, para também decidir sua intensidade e os gastos necessários.

O mecanismo sobre a arrecadação dos tributos equivale sob decisões de ente políticos, sendo eles totais ou parciais, mas não dependendo das relações para a arrecadação. Em questão, globalizando, os poderes locais são responsáveis por arrecadar impostos imobiliários, isso justifica porque essas zonas são características visíveis e reais, sem sujeição de guerra tributária. Embora seja de responsabilidade local, em muitos países o poder central ou provincial regula a aplicação do imposto, sendo elas com determinação de alíquotas ou estabelecendo avaliações de imóveis oficiais.

Como a capital mais nova do país, Palmas/TO foi criada dia 20 de maio de 1989, com o lançamento da Pedra Fundamental, em virtude da criação do Estado do Tocantins pela Constituição de 1988, sendo sua implantação a partir do pequeno distrito de Taquaruçu, outrora município de Taquaruçu do Porto.

Segundo Luiz Fernando Cruvinel Teixeira (2009, p. 7), em março de 1989, foi criada a Comissão de Implantação da Nova Capital (Novatins), cujo agente principal de implantação de Palmas é, desde a sua origem, o Poder Público, já que a cidade foi fundada por razões político-administrativas. E a

partir da criação da Novatins, foram projetados bairros: Plano Diretor (Sul e Norte), Taquaralto e Aurenys.

Em meados dos anos 90, com a regularização fundiária, foi editada a Lei Complementar n. 002, de 21 de dezembro de 1995, a partir da qual foram implementadas as cobranças tributárias.

No Código Tributário Nacional consta no artigo 32 que o Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizada na zona urbana, zona de expansão urbana e Distritos do Município de Palmas.

Conforme a Lei 285/13 que regulamenta atualmente o IPTU no município de Palmas, tem-se que a base de cálculo o valor venal do imóvel é apurado pela Planta de Valores Genéricos do Município, não sendo considerada o valor dos bens moveis com caráter permanente ou temporário do imóvel.

Conforme assinala o autor Eduardo Sabbag (2015, p. 1084):

[...] à dimensão semântica da expressão “valor venal” pode-se afirmar que é crível considerar tal valor como preço à vista que o imóvel alcançaria se colocado à venda em condições normais no mercado imobiliário.

O valor venal leva em conta a sua localização de concentração urbana com níveis de classificações estruturais de cada imóvel, e bem como, as condições o imóvel apresenta. Em busca de tais parâmetros, leva-se em consideração as características do imóvel (localização, periculosidade, posicionamento relativo, diferenciais, etc.), suas dimensões médias em metros quadrados, que possam ser traduzidos a partir de subjetividades em uma valoração objetiva, tanto qualitativa quando função quantitativamente.

De grosso modo, o valor venal é a atribuição que se dá para a estimativa de uma possível compra e venda que o poder público simula, pelo qual orienta também possíveis ações de desapropriação. Mas o

principal fundamento para a incumbência é o proveito para fins judiciais e administrativos, buscando evitar a especulação imobiliária para embasar no preço de mercado para determinar o valor final de m² do terreno, tendo cautela entre valor real e o valor venal, pois se referindo em valor venal é abaixo do valor de mercado, nunca calculando o topo de valor, que o mesmo oscila a especulação imobiliária.

Com relação ao lançamento do imposto, o Código Tributário Municipal de Palmas estabelece em seu artigo 15, que este deverá ser feito anualmente de ofício, pela autoridade competente em nome do contribuinte. E para esse fim, observa-se a situação do imóvel na data da ocorrência do fato gerador.

Para cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), o §1º do art. 32 do CTN exige o preenchimento de certas exigências, consistente no requisito mínimo de 02 (dois) melhoramentos no constante artigo inserido e isenções de imóveis cedidos gratuitamente fora vigorado e passara a se enquadrar na cobrança do mesmo:

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público

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.

A alíquota é uma grandeza definida para o fato gerador, por meio de um índice de percentagem de móvel a aferir o *quantum* tributário a pagar,

cuja a previsão deve estar em lei em consonância com o princípio da legalidade tributária.

Logo após, instituía a segunda Lei Complementar n.º 002/95, de 11 de dezembro de 1995, alterando o entendimento das zonas urbanas, e os requisitos mínimos como definições para a cobrança, passando também do cálculo do imposto de que não podia ser inferior de 0,5% passou para 0,3% e nem superior a 3% posteriormente passando para 2% as suas alíquotas variáveis de cuja a fixação mantida.

Em seguinte, sendo o terceiro Código Tributário Municipal de Palmas, a Lei Complementar n.º 61, de 31 de dezembro de 2002, adotou outras providencias, em seu artigo 176 e seguintes, declara-se que ainda fossem localizadas fora da zona Urbana do Município, alguns tinham quesitos para sua cobrança, assim também nas glebas, eram entendidas as quadras residenciais ou não, com alíquota fixada em 5%, independente da sua zona, em consonância com o § 2º do art. 32 do CTN

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Em 30 de setembro de 2005, o quarto Código Tributário de Palmas (CTM), a Lei Complementar n.º 107, manteve funções das legislações anteriores, tendo em vista revogando sobre questão do pagamento do IPTU, os § 1º e o § 2º pela redação de 2008, sobre os atuantes incisos de descontos do imposto.

Por último, o quinto Código, manteve sem muitas alterações, tendo uma delas sobre o pagamento com desconto de 20% para 10%, havendo pagamento de somente uma vez antes do vencimento. E alterando as penalidades ao descumprimento das normas sujeitando nos incisos prescritos.

No que se refere ao IPTU, basicamente não mudou nada, sendo sua função fiscal, embora existindo a extrafiscal, em que cada caso deva saber o imóvel está cumprindo a função social. Em estudos sobre os atuantes códigos, fora mantido os lançamentos anuais da Planta de Valores Genéricos e Tabelas de Preços de Construções.

A função fiscal do IPTU consiste naquela destinada arrecadar recursos aos cofres públicos, enquanto a extrafiscal busca estimular um comportamento socialmente desejável através de sanção, prevista no artigo 182, § 4º, II da Constituição Federal do Brasil.

DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL SOBRE A PLANTA DE VALORES GENÉRICOS DO MUNICÍPIO DE PALMAS/TO

Com base na Planta de Valores Genéricos, os municípios se baseiam no valor venal de cada imóvel fincado na respectiva cidade, situando que é meramente estimativo para um hipotético reconhecimento de valores.

Para a apuração do valor venal de cada imóvel de forma individual seria mais complexo para a Administração, sendo assim, usa-se o regime de critérios determinados em lei para a computação do documento da "Planta de Valores Genéricos", o que se faz constante necessária sua atualização pelas transformações e a variações dos valores dos imóveis. As Plantas de Valores, como também pode ser chamada, é plantas das regiões urbanas indicadas em zonas para fins da sua tributação, com finalidade principal de fornecer valores.

O artigo 3º da lei municipal, destaca que o valor venal do imóvel comprovadamente inferior ao estabelecido no regramento, pode ser objeto de impugnação/revisão, por meio do devido processo de reclamação de lançamento, pautado em Laudo de Avaliação ou Parecer Técnico de Avaliação Mercadológica, que contemplem os conceitos, métodos e procedimentos da NBR 14653 da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, que trata da avaliação de bens.

A coleta do banco de dados para a geração da planta começa por pesquisas locais em principais pontos da cidade, para ter a identificação do crescimento e valorização para ter uma estrutura imobiliária e econômica

da cidade, se assimilando com outras demais cidades, atenuando as características comuns.

Ao longo deste artigo, destaca que a principal renda de tributos da capital tocantinense é IPTU, sendo que a edição da Lei 2.294/17 que alterou as Plantas de Valores Genéricos do Município de Palmas-TO está sendo em bastante destaque, alvo de assuntos polêmicos pela forma de cobrança estipula nesta lei.

Na referida lei ordinária, destaca-se em seu artigo 4º que delinea nas referidas 05 (cinco) zonas, o grau em porcentagem de redução do imposto, está sendo aplicada conforme seu grau de valor imobiliário. Assim tendo como a base o valor venal do imóvel para a sustentação da inferioridade cobrada. Lembrando que imóveis classificados como glebas^[2] o cálculo corresponde 100% atribuído nesta referida lei. Ao que se verifica é que, o grau de redução depende da zona em geral e não do seu valor individual de cada imóvel.

Então destacado na atual lei:

Art. 4º O valor da base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU será obtido com a aplicação, sobre o valor venal obtido na forma desta Lei, nos seguintes índices:

I - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 1, 75% (setenta e cinco por cento);

II - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 2, 65% (sessenta e cinco por cento);

III - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 3, 55% (cinquenta e cinco por cento);

IV - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 4, 45% (quarenta e cinco por cento);

V - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 5, 35% (trinta e cinco por cento).

Parágrafo único. Para os imóveis classificados como glebas, a base de cálculo do IPTU corresponderá a 100% (cem por cento) do valor venal atribuído nesta Lei.

O reajuste da Planta de Valores Genéricos resultou em alterações onerosas ao contribuinte, tendo em vista o aumento do valor do IPTU, quando comparado com exercícios anteriores.

Nesse sentido, em comparação ao reajuste anterior da lei ordinária 2.098/13, a zona 01 teve a diferenciação maior de 20%, com seu valor de 55% para 75%. A zona 02 com variação de 15%, de 50% para 65%. A zona 03 com 10 %, tendo como de 45% para 55%. A zona 04 com variação de 5%, sendo ela anterior de 40% para 45%. E a zona 05 mantida com 35% e com maior aumento da porcentagem das glebas em 45%, sendo anteriormente de 55% a 100% para redutores.

A concessão da isenção do tributo foi mantida aos 19.200 imóveis, para aqueles com menores valores de pagamento, sem os descontos legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notável que o IPTU causa um grande descontentamento ao contribuinte pagador, sendo este imposto o principal gerador de renda do município, pois costuma ocorrer que quando a Planta Genérica de Valores é esquecida de ser atualizada o resultado dos aumentos tornam bastante visíveis.

O IPTU é um tributo que aumenta o ônus de imóveis urbanos. Tratando-se de um imposto cuja base de cálculo é o valor venal, é fundamental para as atualizações das Plantas Genéricas de Valores, sendo ela fundamental para a arrecadação, que também é corrente.

É importante destacar que o IPTU não aumenta o preço dos imóveis, ele retém para a sociedade a sua valorização imobiliária ou sua perspectiva de valorização do imóvel e ela também, não é a grande causadora da pobreza local.

Seu papel tem como instituir arrecadações aos cofres públicos, sem nenhuma finalidade específica, tendo em vista mais investimentos nos determinados locais, que, quanto maior for o seu valor maior será sua taxa de tributos. Esta distribuição de renda está mais focalizada no gasto público do que a sua tributação, e a sua melhoria está sendo baseada na população mais pobre, a fim de melhorar as condições carentes.

O que não deve ocorrer é que, ela não deve ser vista como o único instrumento de arrecadação municipal, sendo sobrecarga tributária brasileira. Porém a discussão deste presente artigo não se baseou-se tão somente ao aumento elevado do IPTU, mas sim no que tange a sua atual cobrança, entendendo o porquê da tal elevação da sua arrecadação.

Assim, o aumento exorbitante do IPTU tem de influência da ausência da atualização das plantas de valores, que, sem a fiscalização para sua remodelagem, tão pouco terá informações das valorizações imobiliárias, uma vez que o valor venal durante muitos anos foi considerado estável para na cobrança.

A estrutura da capital tocantinense de uns anos para cá é visivelmente crescente, sendo tal estrutura em regra mantida para tributo mais e melhor arrecadado, de modo que a atualização da planta de valores dos imóveis urbanos é medida de gestão tributária da municipalidade.

REFERÊNCIAS

Âmbito Jurídico – Princípios do Direito Tributário-

Site: <http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=786](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=786)

6

AFONSO, José Roberto R.; ARAUJO, Erika Amorim; DA NÓBREGA, Marcos Antonio Rios. **O imposto predial e territorial urbano (IPTU) no Brasil. Um diagnóstico sobre o grau de aproveitamento do imposto como fonte de financiamento local.** Documento de Trabajo. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy, 2010.

BARRETO, Aires F. Imposto Predial e Territorial Urbano–IPTU. **Curso de Direito Tributário**, v. 8, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. **Código Tributário Nacional** – CTN – [Lei nº 5.172, De 25 De Outubro De 1966](#).

BRASIL. **Código Tributário Municipal** – CTM – [Lei nº 145, De 20 De Dezembro De 1991](#).

BRASIL. **Código Tributário Municipal** – CTM – [Lei nº 02/95, De 11 De Dezembro De 1995](#).

BRASIL. **Código Tributário Municipal** – CTM – [Lei nº 61, De 31 De Dezembro De 2002](#).

BRASIL. **Código Tributário Municipal** – CTM – [Lei nº 107, De 30 De Setembro De 2005](#).

BRASIL. **Código Tributário Municipal** – CTM – [Lei nº 285, De 31 De Outubro De 2013](#).

BRASIL. **Planta de Valores Genéricos** – Lei nº 2.294, De 1º De Março De 2017.

BRASIL. **Planta de Valores Genéricos** – Lei nº 2.018, De 31 De Dezembro De 2013.

BALLEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10º edição. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

Conteúdo Jurídico – **Princípio da igualdade e a discriminação positiva** – Site: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-igualdade-e-a-discriminacao-positiva,38099.html>

CARVALHO JR, Pedro Humberto Bruno de. **IPTU no Brasil: progressividade, arrecadação e aspectos extra-fiscais**. 2006.

Direito tributário e constituição: estudos e pareceres / Edvaldo Brito – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

DE MOURA, Edmundo Melo; CARNEIRO, Andrea FT; FEDERAL-EDMUNDO, Caixa Econômica. **Planta de valores para municípios de pequeno porte: o caso de Salgadinho-PE.** 2004.

Direito tributário/ Luís Eduardo Shoueri, 5º. – ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

Direito Tributário Brasileiro/ Luciano Amaro. – 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Impostos federais, estaduais e municipais. / Claudio Carneiro. – 5. ed. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015

LONGO, Carlos A.; LIMA, José Carlos de S. O IPTU como fonte de recursos a nível municipal: Aspectos de eficiência e equidade. **Revista Brasileira de Economia**, v. 36, n. 1, p. 85-102, 1982.

Manual de Direito Tributário / Eduardo Sabbag – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

Senado Federal- **Atividade Legislativa-**
Site: http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_150_.asp

SOARES, Clevson Coutinho. **O IPTU e a evolução histórica da arrecadação e inadimplência na cidade de Campina Grande-PB.** 2015.

TOCANTINS. **Código Tributário do Município de Palmas** – Lei Complementar nº 002/95, de 21 de Dezembro de 1995.

TEIXEIRA, Luís Fernando Cruvinel. **A formação de Palmas.** **Revista UFG**, v. 11, n. 6, 2009.

You Tube – Aula 03 - Direito Tributário - Princípios Constitucionais

Tributários - Parte 1 –

Site: <https://www.youtube.com/watch?v=oU8nJyUTAmY>

NOTAS:

[1] 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] Ao que se conceitua como glebas são aqueles terrenos sem repartições, um terreno como um todo, que ainda não foi dividida como lotes.

O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

SILVIA ALECRIM FERREIRA: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)^[1]

RESUMO : Com as mudanças nas estruturas familiares, o Direito de Família aos poucos sofre alterações, buscando adequar o princípio da proteção a família. Nesse sentido o presente artigo tem como objetivo verificar os efeitos jurídicos do reconhecimento paternidade socioafetiva. A partir de uma abordagem qualitativa, por meio do método dedutivo, se buscou estudar o instituto da paternidade socioafetiva. A pesquisa se limitará a verificar os efeitos decorrentes da paternidade quando consolidado o vínculo biológico, a partir do estudo da evolução histórica do Direito de Família como também as transformações evolutivas do conceito de família e dos novos arranjos familiares baseados no vínculo afetivo, delimitando a pesquisa no campo bibliográfico tendo com referencial teórico doutrinadores que versam sobre o assunto, bem como jurisprudências acerca do tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família; Efeitos jurídicos; Paternidade socioafetiva.

ABSTRACT: With due changes in family structures, the Right to give attention to changes, seeking to adapt the principle of protection to the family. In this sense, this article aims to verify the legal criteria of recognition of socio-affective paternity. From a qualitative approach, through the deductive method, we sought the Institute of socio-affective paternity. The research will be limited to verify if there is a law of paternity when consolidated or biological-virological, from a study of results of the research program that also aims to transform the evolution of the concept of family and new family arrangements based on the objective in the bibliographical field having as reference theoretical doctrinators that deal with the subject, as well as jurisprudence on the proposed theme.

KEY WORDS: Family law; Legal effects; Socio-affective fatherhood

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, aborda a seguinte temática: paternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos. A pesquisa tem por finalidade abordar também sobre o conceito de família e a evolução que este conceito apresentou a partir do Diploma Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, como também pela extraordinária mudança que a Constituição Federal de 1988 teve em relação ao Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma foi feita pesquisa bibliográfica com a finalidade de responder à seguinte problemática: Quais os efeitos jurídicos da paternidade socioafetiva ser reconhecida?

Assim sendo, foram muitas as modificações pelas quais tanto a estrutura da família como também a da sociedade tem se transformado com o passar do tempo, pode-se afirmar que tanto a globalização como a quebra de padrões existentes, transformaram muito o entendimento do que realmente é o núcleo familiar baseado na socioafetividade, alcançando na atualidade uma enorme pluralidade na sua essência, valorizando a afetividade com uma intensidade maior que antes, ante as relações pessoais no âmbito familiar, bem como o fator social existente na sociedade.

Em suma, o estudo demonstra que a sociedade evolui e com ela vêm mudanças que afetam e transformam a família, modificando assim a formação do organismo familiar em vários aspectos, atendendo assim as necessidades e os anseios que a sociedade precisa em relação aos novos arranjos familiares.

Nesse sentido, importa ressaltar que a filiação socioafetiva se forma no afeto, no carinho, no amor dos pais com os filhos. Embora o filho não seja biológico, ele tem o seu pai afetivo como se pai biológico fosse. Há um vínculo de afeto muito grande, e a formação da personalidade da criança é baseada na imagem que tem do pai, não

sendo justo, que futuramente, por algum problema familiar viesse o pai querer desconstituir o registro da criança, alegando que não é pai biológico, situação com certo grau de ocorrência na prática, e um dos motivos que mais influenciaram a realização deste trabalho.

A pesquisa utilizou o método dedutivo e fez uso da pesquisa bibliográfica, tendo em vista que analisa um determinado assunto já conhecido para chegar a uma conclusão lógica que deve ser verdadeira, pois o assunto abordado está expresso em nossa sociedade. Este trabalho se distinguiu por ser bibliográfico de forma explicativa, onde se desenvolverão a partir de material já elaborado e publicado, constituído principalmente de livros, doutrinas, revistas e artigos sobre o tema.

1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA |

1.1. FAMÍLIA: UM CONCEITO EM CONSTANTE TRANSFORMAÇÃO

A partir do texto constitucional de 1988 a família passou a ser nuclear, pluralizada, desencarnada, democratizada, e dessacralizada (WELTER, 2014, p. 54).

Pode-se analisar categoricamente que o artigo 226 da Constituição Federal tratou especialmente sobre a família, sendo assim, verifica-se que os parágrafos primeiro e segundo do artigo supracitado pronunciam de forma clara e coesa sobre o procedimento do casamento, destacando que o casamento é civil e que é gratuita a sua celebração, bem como os efeitos do casamento religioso na esfera civil nos termos da lei. Conseqüentemente, o parágrafo terceiro reconhece de forma clara e objetiva a entidade familiar da União Estável, reconhecendo assim a carta constitucional como entidade familiar, tutelando e protegendo essa nova modalidade de se constituir família, sendo assim aceita e protegida pelo Estado, tendo uma proteção constitucional em relação a sua instituição na sociedade (CANEZIN, 2015, p. 17).

Por conseguinte, observa-se que o parágrafo quarto da referida lei também reconhece constitucionalmente como sendo uma entidade familiar protegida e resguardada constitucionalmente, aquela designada

como monoparental, ou seja, a família formada por um só dos pais e seus descendentes. Também é de se notar que o parágrafo quinto destaca a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, e finalmente por último no seu parágrafo sexto, a Constituição Federal descreve veementemente que o instituto do casamento pode ser desfeito, ou seja dissolvido através do instituto do divórcio (CANEZIN, 2015, p. 17).

Portanto, de forma mais abrangente, abarcando as pluralidades familiares, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma das grandes mudanças que alteraram o conceito de direito de família, e também os conceitos de entidades familiares, sendo uma das maiores conquistas que a sociedade obteve e adquiriu no decorrer do tempo, em relação à família e aos direitos assegurados e protegidos por ela. Sendo assim, quando a família muda e evolui, a sociedade também evolui, em todas as épocas a família vem tendo suas modificações e mudanças em seus aspectos atendendo os anseios sociais.

Dessa maneira, observa-se que o conceito de família se transformou ao longo dos anos, e evoluiu com a sociedade, incidindo assim em uma verdadeira revolução constitucional em relação às entidades familiares que antes não eram resguardadas pela lei, mas, que agora são protegidas e resguardadas constitucionalmente pela lei.

A Constituição Federal reconhece expressamente três tipos de entidade familiar, quais sejam o casamento, a união estável e o grupo monoparental. Entretanto, outras modalidades de grupo familiar se fazem presentes em nossa sociedade, a exemplo do concubinato, da união homoafetiva e da família socioafetiva. As mudanças que incidiram nas transformações e na evolução das espécies de famílias decorridas na sociedade são evidentes nos relacionamentos atuais, a família foi evoluindo de forma sistemática tanto no ordenamento jurídico como também no convívio com a sociedade, sendo que essa evolução foi bastante benéfica para as pessoas envolvidas que necessitavam de amparo e abrigo pela lei (LEITE, 2012, p. 6).

Desse modo aconteceu o denominado pluralismo das relações familiares, ou seja, o instituto familiar deixou de ser única e exclusivamente

baseado apenas no instituto casamento, deixando também de ser aquele modelo tradicional, e passando a ser mais abrangente em relação aos sentimentos dos indivíduos que a compõem. Portanto esses acontecimentos reconheceram as espécies de famílias que antes não eram nem sequer reconhecidas. Sendo assim, houve o reconhecimento dessas espécies famílias pautadas e reguladas pela liberdade e igualdade, ocasionando uma imensa e positiva transformação no direito de família. A família rompeu com o tradicionalismo, avançando assim para um conceito mais amplo diante da sociedade (DIAS, 2015, p.67).

Portanto, logo após essas importantes mudanças surgiram então a grande necessidade de conceituar e também reconhecer outras espécies de família no ordenamento jurídico, alcançando as formas e maneiras de formação familiar que antes não eram pautadas na sacralização do casamento e não eram consideradas como entidades familiares que necessitavam de proteção e abrigo legislativo por parte do Estado, sendo elas por muito tempo discriminadas e não reconhecidas no ordenamento jurídico, prevalecendo por muitos anos a omissão do legislador acerca das diversidades de famílias.

Portanto, é necessária uma ótica mais abrangente para se analisar as várias espécies de família, baseada no pluralismo das relações familiares. Sendo assim, vale ressaltar que toda entidade familiar tem origem em um elo que leva a afetividade.

1.2 PRINCÍPIOS ATINENTES AO DIREITO DA FAMÍLIA MODERNO

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, diversos princípios auferiram porte constitucional, o que distendeu o número de garantias do indivíduo e que, por conseguinte, refletiu diretamente nas relações familiares. Diante do fato de terem estes princípios características de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, sua aplicabilidade pode tomar os mais diversos rumos em distintas matérias.

O primeiro princípio é o da dignidade da pessoa humana. O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, constitui a base da comunidade familiar, seja ela formada biologicamente ou de forma sócio afetiva, calcando-se sempre na afetividade, a fim de

garantir o pleno desenvolvimento e realização de seus membros, em especial, a criança e ao adolescente (DINIZ, 2015, p. 145).

Com efeito, embora tal princípio seja fundamental em todos os ramos do Direito, não há ramo do Direito privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de família.

Juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas *status* um pouco menor, aparece o da afetividade, que vem a ser também um dos principais fundamentos das relações familiares. Diz-se que seu *status* é um pouco menor, pois a palavra afeto não se encontra transcrita na Constituição Federal (DINIZ, 2015, p. 146).

O afeto é primordial para o bem-estar da criança e do adolescente. Não basta aos pais proporcionarem apenas condições de subsistências para sua prole, a atenção e o carinho são fundamentais para o desenvolvimento moral, educacional e psíquico dos filhos.

Ainda, necessário citar o princípio da paternidade responsável. Tal princípio é estabelecido em lei, no artigo 227 da Carta Magna de 1988. Nele é garantido que o dever da família é o de estar ao lado do Estado e da sociedade, como também o de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Desse princípio decorre o direito de filiação e o reconhecimento dos filhos (LÔBO, 2014).

Outro princípio é o da igualdade entre os filhos. A esse respeito preceitua o artigo 1.596 do Código Civil de 2002: “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

No que se refere ao princípio do melhor interesse da criança, frisa-se que este princípio concerne em avaliar a certeza de que estão sendo oportunizados os esperados desenvolvimentos educacionais, ético e de saúde, de acordo com os propósitos das leis vigentes que regem interesses das crianças, tendo em vista a ampla subjetividade do instituto (RIZZARDO, 2015, p. 97).

Quanto ao último princípio citado, frisa-se que este é elencado no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002,

2 DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O advento da Constituição Federal de 1988 engendrou sobremaneira a ordem jurídica hasteando o marco fundamental da dignidade da pessoa humana, sobretudo no Direito de Família, principalmente no que tange à perfilhação.

Isto ocorreu em virtude do novo paradigma da ordem social, a qual sofreu transformações ao longo dos tempos e não admitiu o modelo injusto que se sobrepunha através de leis arcaicas sobre as modernas concepções do que seria família, e principalmente, no senso do que seria justo em matéria de filiação (TARTUCE, 2014).

Em 1988 ocorreu o processo de constitucionalização dos direitos da pessoa, que “deu-se com a mudança de concepção do Estado de Direito, o qual, partindo de um conceito liberal e individualista, passou a compreendê-lo a partir de seu contexto social, econômico e cultural” (WELTER, 2014, p. 82).

Assim, o Estado de Direito passou a ser um Estado Democrático de Direito, no qual prevalece a primazia dos direitos fundamentais dos seus cidadãos em sua total amplitude.

Neste sentido comenta Leite a (2012, p. 33):

A iniquidade gerada pelo exagerado apego ao elemento biológico levou o constituinte de 1988 a encarar o problema sob novo ângulo, talvez menos jurídico, mas bem mais próximo da realidade social. A inserção da noção de paternidade responsável pôs um fim, ao menos formalmente, à insustentável supremacia da paternidade biológica. A independência entre a linha biológica e a jurídica era demais veemente para que o legislador não se apercebesse das novas tendências.

Esta humanização constitucional pode ser percebida da leitura do artigo 227, §6º da Magna Carta, onde foi instituída a unidade da filiação e admitida a filiação sociológica, nos seguintes termos: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Eis que a interpretação do mencionado dispositivo atribui os mesmos direitos e obrigações aos filhos, biológicos ou não, proibindo a discriminação entre eles, uma vez que é regida pelos princípios fundamentais da República. Tal como se vislumbra abaixo:

(...)1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa

decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o jus postulandi a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2o, § 4o) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido Processo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 248869 SP .Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 07/08/2003 . Órgão Julgador: Segunda Turma .Publicação: DJ 12-03-2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-04 PP-00773).

Sob a égide constitucional garantista, o Código Civil de 2002 trouxe a redação do artigo 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, qual seja ela a afetiva, que pode dar-se por meio judicial, adoção legal, ou por meio extrajudicial, paternidade socioafetiva.

Do artigo 1.596, o qual trata sobre a igualdade da filiação; o artigo 1.605, onde a filiação pode ser provada quando “existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”, modo como pode ser constatada a existência da filiação socioafetiva, em que os pais tomam para si todo o poder-dever familiar em relação a um filho que não é seu biologicamente, mas tratam-no como se filho fosse.

Segundo o ilustre jurista Welter (2014, p. 75):

A filiação socioafetiva é fruto ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociais, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, conectando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, da solidariedade, subscrevendo a declaração do estado de filho afetivo.

Diante da análise doutrinário-jurisprudencial pode-se verificar que a filiação socioafetiva é garantida e valorizada pela legislação brasileira, desde a Carta Magna até o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que não esteja expressamente mencionada por nenhum dispositivo legal, é tomada como elemento basilar de qualquer grupo que se intitule “família”.

Frisa-se que a paternidade (ou filiação) poderá ser sanguínea, adotiva ou socioafetiva. As duas primeiras já são de conhecimento. Sobre a terceira, não obstante, repousa o presente estudo monográfico.

2.2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL - DO PATRIMONIALISMO AO AFETO

A lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, instituiu o novo Código Civil. O seu anteprojeto data de 1969, tendo sido elaborado por uma Comissão de Juristas designados pelo chefe do Poder Executivo federal, sendo presidido e coordenado pelo Professor Miguel Reale. Foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 10 de junho de 1975, pela Mensagem nº 170 do então Presidente da República Ernesto Geisel, onde foi recebido como Projeto de Lei nº 634/75.

A redação inicial do projeto de lei do Código Civil de 2002 foi aprovada pela Câmara dos Deputados e em 1987 o texto foi enviado ao Senado Federal onde permaneceu por mais de 20 anos e sofreu profundas alterações, principalmente em seu Livro IV da Parte Especial, que versava sobre o Direito de Família

É digno ressaltar que durante esse lapso de tempo em que o projeto permaneceu no Senado Federal, sobrevieram diversas modificações legislativas atinentes ao Direito de Família, em especial destaca-se a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990 (TARCUCE, 2014

, p. 44).

Nesse mesmo sentido após as diversas emendas senatoriais, o Projeto do Código Civil de 2002 mostrou-se totalmente diverso do proposto inicialmente, tendo sido alcunhado de "colcha de retalhos". (TARTUCE, 2014, p. 45)

Nesse sentido Rodrigues apud Gama (2014, p.269) disserta: "Com efeito, é uma colcha de retalhos e esse seu defeito advém do fato de ter-se querido aproveitar o velho Projeto da Câmara, com mais de 20 anos e já ultrapassado".

Registre-se, inclusive, que a redação original da parte atinente ao Direito de Família ficou a cargo de Clóvis do Couto e Silva, possuindo inicialmente 290 artigos – 1.542 a 1.831.

Das trezentas duas emendas propostas pelo Senado Federal, quase metade atinha-se a alguma matéria do Direito de Família e Sucessões. Após as incorporações das emendas, o Projeto de Lei retornou à Câmara dos Deputados, sendo que em 2002 foi finalmente aprovado e sancionado, passando a vigorar em 11 de janeiro de 2003. Inobstante o longo período legislativo pelo qual passou o novo Código Civil, a Constituição Federal de 1988 ao elevar à categoria de fundamento da República a dignidade da pessoa humana, impôs ao Direito Civil o repúdio à postura eminentemente patrimonial adquirida de legislações civis anteriores (GAMA, 2014).

Sob essa perspectiva, o novo Código Civil ainda apresenta fortes preceitos patrimoniais como, por exemplo, as causas suspensivas do casamento, artigo 1.523 e a imposição do regime de separação total de bens, artigo 1.641, devendo a sua interpretação adequá-lo aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, liberdade e afetividade na família. No íterim dos preceitos constitucionais, deve-se ponderar que a Constituição estabeleceu normas gerais, às quais o novo Código Civil teve de adequar-se para estabelecer as normas específicas.

O Código Civil de 2002, acolhendo o mandamento constitucional expressamente estabeleceu a igualdade entre os filhos quando dispõe no artigo 1.596 que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Diante de tal disposição é notável a transmutação de ideais que sofreu a legislação civil pátria no que tange à superação da antiga ordem discriminatória e vexatória quanto ao estado de filiação.

Nesse sentido Tartuce (2014, p.33) faz a seguinte consideração:

Está superada, nessa ordem de ideias, a antiga discriminação de filhos que constava da codificação

anterior, principalmente do art. 332 do CC/1916, cuja a redação era a seguinte: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não do casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção” Como é notório, este dispositivo já havia sido revogado pela Lei 8.560/1992, que regulamentou a investigação de paternidade de filhos havidos fora do casamento.

Assim, não é mais possível utilizar expressões pejorativas como filho adulterino, filho incestuoso, filho bastardo ou filho espúrio que são discriminatórias, pois juridicamente todos os filhos, advindos ou não do casamento, são iguais perante a lei.

Assim como o Direito Pátrio inovou quanto à igualdade entre os filhos, também reconheceu a igualdade entre o homem e a mulher quanto à sociedade conjugal ou convivencial, caso resulte do casamento ou da união estável (art. 226, § 3º, e art. 5º, I, CF/1988). Nesse sentido Tartuce (2014, p. 33) leciona:

Consigne-se que o art. 1º do atual Código Civil utiliza a expressão pessoa, e não mais o termo homem, como fazia o art. 2º do CC/1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo, mesmo que terminológica. Especificamente, prevê o art. 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3º, da CF/1988 e pelos arts. 1.723 a 1.727 do atual Código Civil.

O princípio da igualdade na chefia familiar surge em decorrência do princípio da igualdade entre os cônjuges, estabelecendo que a família será dirigida tanto pelo homem como pela mulher, num regime de colaboração recíproca, onde os filhos podem, inclusive, opinar. Desfaz-se, portanto a

família hierarquizada na figura do pai. Nesse ínterim Simão e Tartuce (2014, p.36) consideram:

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, já que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do pai de família (pater famílias), não podendo sequer se utilizar a expressão pátrio poder, substituída por poder familiar.

A igualdade jurídica consagrada nas relações de família tornou possível a valorização da pessoa e de seus anseios, de forma individualista. A relação familiar sob essa concepção moderna transfigurou o modelo patriarcal, desigual, formal e patrimonial existente outrora, para uma família na qual prevalece a igualdade entre os membros, onde o respeito é mútuo, e os sentimentos prevalecem sobre o patrimônio e a autoridade patriarcal.

A afetividade passa a ser parte fundamental da formação da família brasileira. O elo de afeto que une os membros de uma família é suficiente para a demonstração de existência da família.

Vale ressaltar que o princípio da afetividade não veio expressamente positivado na Carta Social ou no Código Civil de 2002, mas encontra seu fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CF/1988; na solidariedade social, art. 3º, I, CF/1988; e na igualdade entre os filhos, arts. 5º, caput, e 227, § 6º da CF/1988.

A valorização do vínculo afetivo serve de fundamento para o parentesco civil. Nesse raciocínio dispõe Lôbo (2014, p.42):

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras,

após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. (...). Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Sob a égide da igualdade, do afeto e do respeito nas relações familiares, ampliou-se o conceito de paternidade para além dos vínculos de sangue, surgindo a filiação socioafetiva, onde o amor, a dedicação e a assistência mútua prevalecem sobre a verdade biológica. Assim, à medida que se estreitam os sentimentos entre os membros de uma família, o entendimento do que é Família transcende para além dos vínculos genéticos, perfazendo-se digna de tutela as relações interpessoais fundadas na relação de carinho afeto e desvelo.

3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO MEIO JURÍDICO

3.1 NA CONSTITUIÇÃO DO REGISTRO CIVIL

Muito se discute nos tribunais a possibilidade de desconstituição do registro de nascimento do pai/mãe afetivo quanto ao filho que criou como se filho biológico fosse.

Não são raros os casos nos quais, no decorrer das disputas de guarda e visitação de crianças, a mãe ou outro familiar surpreende o pai da criança com a afirmação de que ele não é o verdadeiro pai, apesar de ter registrado e criado o filho por alguns anos e, ainda, quando o homem reconhece como seus os filhos de uma união anterior da esposa e, após

rompimento conjugal, encaminha o pedido de desconstituição da paternidade.

No entanto, deve-se observar que quando um pai/mãe cria e educa uma pessoa como filho, mesmo que não biológico, ele/ela deixa transparecer ali o estado de filho sociológico, a verdade socioafetiva.

Com isso, não mais poderá impugnar essa paternidade/maternidade, mesmo que não seja o pai/mãe genético. Os verdadeiros pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança e, como a paternidade socioafetiva está amparada na relação de afeto, carinho, cuidado, atenção, amor, dedicação, não pode o pai romper com esta relação de uma ora para outra, prejudicando toda a vida pessoal e social da criança. E, embora algumas Cortes determinem a paternidade por intermédio do critério biológico com fundamento, nos argumentos: deve ser estabelecida a verdade real, registros de nascimento devem retratar a realidade biológica, exclusão da paternidade pelo exame de DNA, a ocorrência de falsa declaração daquele que registrou a criança e erro que se evidencia de forma absolutamente indubitosa devido ao resultado do exame de DNA, há outras Cortes que firmam entendimento nos vínculos afetivos da paternidade, sendo negadas as ações que visam a desconstituir paternidades socioafetiva (BRITO, 2012)

Nesses casos, os argumentos mais empregados na jurisprudência são: verificação de paternidade socioafetiva, comprovação de estado de filho, inexistência de vício de consentimento no ato registral, o reconhecimento espontâneo da paternidade é irrevogável, vínculos parentais se definem mais pela verdade social do que pela realidade biológica (FACHIN, 2012).

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que o reconhecimento jurídico da paternidade tem como fundamento o critério socioafetivo, concluindo que os vínculos parentais se definem mais pela verdade social do que pela realidade biológica. Sobre o tema, o entendimento jurisprudencial:

Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE

NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PREPONDERÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE FAMILIAR. - A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido – considerada a sua imutabilidade nesta via recursal –, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.[...] Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. [...] configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança. – [...] A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. - Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento

voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso especial não provido. (REsp 1000356 / SP, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão julgador: Terceira Turma. Julgado em 25/05/10).

Logo, com a comprovação da verdade afetiva, da posse do estado de filho, da ausência do vício de consentimento no momento do registro da criança, que ocorrer de forma livre e voluntária, fazem com que a filiação socioafetiva seja irrevogável. Não se admite que a criança passe pelo constrangimento da anulação da paternidade/maternidade dissolvendo o vínculo já existente.

O artigo 1609, II, do Código Civil Brasileiro de 2002, estabelece a possibilidade de reconhecimento de filho via escritura pública. Quando o pretense pai assim age e reitera que a criança não é seu filho biológico, também não se admite a desconstituição do registro de nascimento. Conforme a orientação da jurisprudência:

Ementa: REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de

nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoaana declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. [...] 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido. (Resp. 709608/ MS. Relator: João Otávio de Noronha. Órgão julgador: Quarta Turma. Julgado em: 05/11/09)

Dessa forma, o reconhecimento de um filho formalizado no ato de registro do nascimento perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, de forma espontânea, configurando motivo nobre em reconhecer como filho uma criança, sabendo não ser seu filho biológico, impossibilita a desconstituição do registro da filiação socioafetiva.

3.2 PODER FAMILIAR E ALIMENTOS

Outro efeito consiste no poder familiar e no direito à prestação alimentícia. O Poder Familiar, antes inadequadamente chamado de pátrio poder, consiste em um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação aos seus filhos menores de idade e não emancipados, bem como aos seus respectivos bens. (VENSOSA, 2017, p. 38).

Por seu turno, o dever de prestar alimentos é, além de uma imposição jurídica e moral, uma obrigação constitucional, consoante prevê a norma constante no art. 229 da Constituição Federal de 1988, a saber: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice ou enfermidade”. Eis, aqui, o princípio da solidariedade familiar como salvaguarda da proteção da dignidade humana, a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos.

Em uma ação de alimentos é imprescindível atender o binômio de necessidade versus possibilidade, uma vez que, para a fixação dos alimentos, é primordial verificar a necessidade do reclamante e os recursos da pessoa obrigada a arcar com o respectivo ônus. Por se tratar de uma ação atípica e especial, as decisões não podem ser definitivas quanto ao valor nelas fixado, podendo o mesmo ser visto a qualquer tempo, consoante previsto pela própria legislação, nos dizeres do art. 1.699 do código civil, senão vejamos: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

Para que haja uma mudança no patamar alimentar fixado, faz-se necessária a comprovação da alteração na condição financeira das partes, o que tanto pode ocorrer com o empobrecimento, quanto com o enriquecimento de qualquer delas, vez que o espírito da norma tem o seu fundamento no entendimento de que o padrão de vida do alimentado deve guardar sintonia com o padrão de vida do alimentante (VENOSA, 2017, p. 33).

Os alimentos possuem, no âmbito dos direitos de família, origem no poder familiar, no parentesco, na dissolução de um casamento ou da união

estável. Entretanto, os alimentos também podem ter natureza jurídica de ordem indenizatória - ou ressarcitória - quando se originam da prática de atos ilícitos; sua natureza também pode ser um ato voluntário, apto a gerar uma obrigação, como por exemplo, quando decorre de contrato; finalmente, podem ter origem no direito sucessório, possuindo natureza testamentária, quando a obrigação originária dos mesmos derivar de uma declaração causa mortis.

Cada um desses encargos pertence a ramos distintos do direito, possuindo, portanto, características e princípios próprios e diversos. Os alimentos, desse modo, compreende uma série de coisas que são primordiais para a existência da pessoa. Não está, portanto, adstrito apenas aos alimentos propriamente ditos.

3.3 NA SUCESSÃO

A sucessão significa substituição, no sentido puramente gramatical. É por intermédio dela que haverá uma permuta entre pessoas, objetos, coisas, entre outros. Poderá ser empregada em várias situações, como, por exemplo: sucessão presidencial; sucessão de acontecimentos; sucessão de gerações; sucessão de números, entre outros. No direito civil, a sucessão, conforme consignado anteriormente, diz respeito à transferência de bens e/ou direitos após a morte do proprietário e/ou titular. Consiste no direito hereditário.

Venosa (2017, p. 6) esclarece que, com a morte do proprietário de bens ocorre a transferência da herança, a qual consiste em conjunto de direitos e obrigações que se transmite em razão do óbito. César Fíúza (2017, p. 570), por sua vez, sintetiza bem a questão:

Successão é a continuação de uma pessoa em relação jurídica, que cessou para o sujeito anterior e continua em outro. É a transferência de direitos de uma pessoa para outra. A sucessão, quanto à sua causa, pode ser inter vivos ou causa mortis. Se A vende seu carro a B, temos que B sucede a na propriedade do carro. ' Se A passa a B cheque que

recebera de C, temos que B sucede a como credor de C. Em ambos os casos, teremos sucessão inter vivos, uma vez que tanto A, quanto B não estão mortos. E mais ainda, a sucessão entre eles não estava calcada no pressuposto de que o sucedido morresse. Ou seja, para que B sucedesse a, não foi necessário que A morresse. Desses casos de sucessão inter vivos cuidará o Direito das Coisas e/ou o Direito das Obrigações, basicamente.

Assim, tendo em vista que o direito sucessório abrange apenas a sucessão *post mortem*, a transferência de bens em vida é relacionada a outro âmbito do direito o civil, a saber: Direito das Coisas. A Sucessão pode ser dividida em legítima, decorrente dos ditames da lei, ou testamentária, em razão da feitura de testamento pelo titular, no qual transfere para alguém de sua preferência os direitos e propriedades, nos termos e limites do Código Civil.

Na sucessão legítima ocorre a transferência do patrimônio para os herdeiros necessários, na testamentária, a posse será repassada para os herdeiros testamentários. Vale realçar que, se houver a figura do herdeiro necessário, o testador só poderá dispor da metade da herança, conforme determinado pelo artigo 1789 do Código Civil. Isso ocorre em virtude de o testamento não poder contrapor ao direito dos herdeiros necessários. Baseando-se no princípio constitucional da igualdade jurídica dos filhos e diante de vários entendimentos jurisprudenciais acerca da filiação socioafetiva, não se pode deixar de mencionar o direito a sucessão que os filhos socioafetivos possuem. E a jurisprudência é farta de exemplos que garante a possibilidade de herança em tais casos.

Nesse sentido, é a orientação jurisprudencial:

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL - ARROLAMENTO ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE IMPRESCINDÍVEL PARA ATRIBUIR A QUALIDADE DE HERDEIRO - HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA EM DESCONFORMIDADE COM O PEDIDO INICIAL -

PROIBIÇÃO DE DIVISÃO DE IMÓVEL EM ÁREA INFERIOR A DOIS HECTARES NO DISTRITO FEDERAL - ILEGALIDADE QUE IMPORTA EM IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA PLANILHA AOS TERMOS LEGAIS GRATUIDADE DE JUSTIÇA - COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE - RECURSO CONHECIDO - SENTENÇA CASSADA. 1. Aqueles que não tiveram a paternidade reconhecida não podem invocar a qualidade de herdeiros a legitimar-lhes a pretensão à partilha dos bens deixados pelo falecido pai. 2. O estado de filiação depende de reconhecimento pelos próprios pais ou por decisão judicial em ação de reconhecimento de paternidade, não podendo ser reconhecida por simples declaração particular subscrita pelo irmão. 3. Se o art. 65 do estatuto da terra (lei nº 4.504/64) estabelece a indivisão de áreas rurais de dimensão inferior à do módulo de propriedade rural; se no distrito federal (inc. iii do art. 24 da lei complementar distrital nº 17/01/97) não é permitido o fracionamento de imóveis rurais em área inferior a dois hectares; se o plano de partilha ofertado apresenta dimensões a estas inferiores, está em desconformidade com as leis de regência, o que redundará na impossibilidade jurídica do pedido. 4. Diante da cautela que se recomenda em caso de "partilha diferenciada", principalmente porque beneficia uns em prejuízo de outros, e se os herdeiros concordam com a permanência da propriedade em condomínio, distribuída tão-somente em frações ideais, devem apresentar planilha, subscrita por todos, que esboce o percentual cabente a cada um. 5. Conquanto razoável o valor econômico do bem imóvel a ser partilhado, se os requerentes, que são autônomos e tiram o sustento do próprio imóvel rural, já foram instados a

comprovar que não podem arcar com as despesas do processo sem o prejuízo de sua subsistência e de sua família, a gratuidade de justiça deve ser deferida. 6.Recurso conhecido. Sentença cassada. (TJDFT - 20030110323154APC, Relator BENITO TIEZZI, 2ª Turma Cível, julgado em 06/12/2006, DJ 12/04/2007 p. 85).

Assim, para que seja reconhecido o direito sucessório aos filhos socioafetivos é imprescindível que o reconhecimento da filiação tenha ocorrido enquanto o pai ou a mãe viva (a) fosse, pois, os tribunais tem entendido que, quando falecido o pai ou a mãe, o direito a sucessão não será reconhecido, ante ao único interesse patrimonial do filho. Conforme o entendimento jurisprudencial:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FILHO DE CRIAÇÃO. PEDIDO DE REPARAÇÃO, APÓS O FALECIMENTO DAQUELES QUE O CRIARAM, PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS E AUXÍLIO COM SAÚDE, HIGIENE, ETC.

1. O pedido formulado na inicial é indenizatório, mas é evidente que a busca do autor é por direitos sucessórios por via indireta, tanto que pede, a título de reparação, parte da herança. No âmbito do direito de família, de fato, há quem reconheça a legitimidade de filiação socioafetiva, atribuindo, então, direito sucessório ao chamado filho de criação. Não e esse, entretanto, o pedido nem o tipo de ação formulados.
2. É impensável o direito indenizatório como proposto pelo autor, porque incorrem no presente os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil. Não há dano concretizado, sequer se podendo falar em lucros cessantes. Não há qualquer conduta ilícita atribuível aos falecidos ou a seus sucessores, e, nesse diapasão, sequer é possível considerar o nexo causal.
3. E, mesmo que a ação fosse de cobrança por serviços prestados em vez de indenizatória, não há

suporte fático ou jurídico a dizer que ao autor, nesta situação, algo é devido. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70011173309, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 06/04/2005).

Logo, o reconhecimento ao direito sucessório a que fará jus ou não o filho socioafetivo, será decidido caso a caso pelos Tribunais. E quando houver conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva, somente uma deve prevalecer, e estar de acordo com o interesse do filho.

Nesse sentido, importa ressaltar que a filiação socioafetiva se forma no afeto, no carinho, no amor dos pais com os filhos. Embora o filho não seja biológico, ele tem o seu pai afetivo como se pai biológico fosse. Há um vínculo de afeto muito grande, e a formação da personalidade da criança é baseada na imagem que tem do pai, não sendo justo, que futuramente, por algum problema familiar viesse o pai querer desconstituir o registro da criança, alegando que não é pai biológico, situação com certo grau de ocorrência na prática, e um dos motivos que mais influenciaram a realização deste trabalho.

3.4 A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A impossibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva na socioafetividade em detrimento da paternidade biológica é bastante polêmica, haja vista a falta de regulamentação expressa acerca do assunto no âmbito do Direito de Família e a tipificação penal da matéria.

Contudo, parece bastante conveniente o entendimento de Vilella *apud* Oliveira (2008, p. 32) acerca da possibilidade de investigação da paternidade biológica em confronto à filiação socioafetiva. Aponta o referido jurista que "direito ao reconhecimento o tem, entretanto, todo aquele, e somente aquele, a quem falte pai juridicamente estabelecido".

Na paternidade socioafetiva o investigante tem o direito inquestionável de ter ciência de quem foram seus genitores, isso faz parte

do seu direito de personalidade, uma vez que é comprometedor para a integração psíquica da pessoa o fato de não saber quem sejam seus pais biológicos.

Além do efeito psicológico, persiste a necessidade de coibir o casamento entre parentes próximos, pois o incesto é fato inadmissível em nossa sociedade. É tal proibição que distingue o ser humano de outros animais. Além disso, a lei encarregou-se de estabelecer esta ressalva no artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde expressamente dispõe que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Indiscutivelmente, na solução do caso concreto, devem ser priorizados os princípios fundamentais da República e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, pois os direitos e garantias fundamentais giram em torno dos valores perenes da vida, culminam no princípio da dignidade da pessoa humana e englobam o direito à vida, liberdade e solidariedade.

Assim a Carta Cidadã promove a cidadania, de onde faz parte o direito à filiação/paternidade socioafetiva, ao patamar de direito fundamental, direito esse extrapatrimonial, absoluto, e com eficácia “erga omnes”, irrenunciável, intransmissível, imprescritível, indisponível, personalíssimo e intangível.

Constata-se que negar o direito fundamental ao estado de filho ou pai afetivo é usurpar a cidadania e a dignidade da pessoa humana, rasgar a Carta Magna, despojar de todo o avanço aviltado na seara do Direito de Família; é desprezar os mais nobres sentimentos que um ser humano seja capaz de produzir, punindo-o cruelmente por ter colhido alguém do abandono dos seus genitores, por tê-lo amado.

Deste modo, há que se possibilitar a investigação da paternidade biológica nos casos de paternidade socioafetiva, mas preservar-lhe, sobretudo, os vínculos da filiação socioafetiva ali estabelecida, como podemos depreender do brilhantismo da decisão do Recurso Especial número 833712/RS, relatada pela Ministra Nancy Andrighi:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo socioafetivo. Peculiaridades. A 'paternidade socioafetiva', inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. [...] A evolução familiar ocorrida nos últimos tempos transformou a busca pela verdadeira paternidade, que se encontra num momento no qual a relação paterno-filial requer mais que o vínculo genético: funda-se em um pilar maior, o socioafetivo, portanto, não é possível analisar uma lide referente à filiação apenas do aspecto biológico, tendo em vista os muitos outros elementos constituintes da referida relação. Tais elementos são essencialmente relevantes quando se considerar as relações familiares sob a ótica dos princípios consagrados pela Constituição Federal e, principalmente, sob a perspectiva da dinâmica do direito e da dificuldade do legislador em acompanhar a evolução dos acontecimentos sociais. Todavia, é imprescindível que se tenha sempre em vista que as leis não foram criadas para perpetuar-se para toda a eternidade, contrariamente, devem amoldar-se à realidade fática, uma vez que sua finalidade é regulamentar os fatos sociais que inevitavelmente se modificam ao longo dos tempos, cabendo ao legislador resguardá-los e regulamentá-los de forma mais benéfica aos cidadãos (SUPERIOR TRIBUNAL DE

JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL : REsp 833712 RS
2006/0070609-4.).

Aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente, do direito à convivência familiar, pondera-se que a diretriz difundida por nosso ordenamento jurídico é a manutenção da estabilidade das relações familiares (SILVA, 2016).

Como o próprio Código Penal deixa a critério do juiz a aplicação ou não da pena, os julgadores têm se socorrido ao instituto civil da socioafetividade para legitimar a adoção informal já consolidada, a fim de preservar o melhor interesse da criança e do adolescente, os quais por toda a sua vida acreditaram e tiveram como seus pais pessoas que biologicamente não o eram. É de dizer-se que o Direito Brasileiro caminha, efetivamente, para a era dos direitos e garantias fundamentais individuais pautados no afeto e na reciprocidade mútua.

Assim, neste instituto (paternidade socioafetiva) não cabe a desconstituição do registro, pois uma vez estabelecido o vínculo afetivo, o reconhecimento da adoção pelos pais afetivos não pode ser negado, vez que é mais importante para o desenvolvimento de uma criança o vínculo afetivo, a convivência familiar. Dessa forma, a paternidade socioafetiva engloba sentimentos que se prolongam e se fortalecem a cada dia.

Ainda que o tipo de adoção não seja do modo legal previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, a criança adotada é amparada pelo art. 227 da Constituição, em que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito “à convivência familiar”, com “absoluta prioridade”, devendo tal circunstância ser levado em conta pelo aplicador do direito, ante o conflito entre o atendimento à prioridade da convivência familiar e os procedimentos legais que não foram observados para a formalização da adoção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família como um real instituto jurídico está sempre se modificando e se adaptando às exigências da sociedade. Com isso, a família evoluiu muito

ao longo do tempo e está sempre buscando a melhor convivência entre seus membros.

A família romana se baseava no poder patriarcal, no qual o poder do chefe de família imperava frente ao bem-estar dos membros familiares e estes eram unidos por laços sanguíneos e pelo matrimônio, sendo o último indispensável. Essa forma ou modelo de família foi sofrendo alterações, de modo que atualmente não há um modelo ou forma de família, mas sim o reconhecimento da pluralidade de famílias.

O Direito Brasileiro seguiu a linha da evolução social, e, assim, a família de hoje não se encaixa mais no modelo romano, que era o modelo utilizado pelo legislador no Código Civil de 1916. Nesse contexto, em torno de tantas modificações sociais e culturais que passou a família, a Carta Magna de 1988 passou a tratá-la com uma nova significação, levando em conta o bem-estar dos membros familiares, a relação de afeto construída entre eles, seja através do matrimônio, da união estável, da família monoparental, da família socioafetiva e da união homossexual.

Houveram modificações também no entendimento de determinadas relações sociais que, anteriormente, não eram vistas como formas de família, mas passaram a ser por conterem elementos caracterizadores de uma entidade familiar. Essas entidades familiares passaram por muitas transformações, assim como as relações de parentesco. Com efeito, pode-se afirmar que hoje existe não só a filiação biológica ou a jurídica (adoção), mas também a filiação socioafetiva, que tem sido reconhecida pelos Tribunais pátrios e que influencia fortemente no atual momento sociocultural vivenciado pelo Brasil.

Por essa razão, se deve priorizar a integridade psicológica da criança, evitando que ela passe por traumas em sua vida emocional, como, no caso, ser "rejeitada" pelo pai, pois, a paternidade socioafetiva, nada mais é do que a relação de posse do filho pelo pai, o qual dispensa amor, carinho, educação, cuidado e afeto ao filho. Nesse contexto, é de fundamental importância a grande evolução que os princípios constitucionais trouxeram para a nossa sociedade e que refletem diretamente na família, como: o princípio da igualdade jurídica dos filhos, o princípio da pluralidade familiar,

da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, entre outros.

Tais princípios nada mais significam que o reconhecimento pela Carta Magna de realidades sociais e psicológicas que não poderiam ser ignoradas, e que deveriam, ainda, ser incentivadas e objetivadas por representarem o verdadeiro sentido da família. Em resposta à problemática proposta no presente estudo, afirma-se que não mais poderá impugnar essa paternidade/maternidade, mesmo que não seja o pai/mãe genético. Os verdadeiros pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança e, como a paternidade socioafetiva está amparada na relação de afeto, carinho, cuidado, atenção, amor, dedicação, não pode o pai romper com esta relação de uma ora para outra, prejudicando toda a vida pessoal e social da criança.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que se faz necessária a inserção da filiação socioafetiva de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque além do afeto ser um elemento indispensável na formação da atual família brasileira, não se pode negar tamanha influência que vem exercendo não só na vida sociocultural, como no mundo jurídico, observando-se, claramente, a enorme quantidade de decisões judiciais acerca do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em < www.planalto.gov.br/> Acesso em 23 de maio de 2018.

____ **Constituição Federal de 1988**. Disponível em < www.planalto.gov.br/> Acesso em 23 de maio de 2018.

____ **Código Civil de 2002**. Disponível em < www.planalto.gov.br/> Acesso em 23 de maio de 2018.

BRITO, Leila Maria Torraca de (2012). **Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades**. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br> . Acesso em: 13 de outubro de 2018.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral.** São Paulo: RBDF, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FIÚZA, César. **Direito Civil.** São Paulo: Del Rei, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Eduardo Oliveira de. **Temas de direito de família.** São Paulo: Ed. R. dos Tribunais, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Ernande Fidelis. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 833712 RS 2006/0070609-4.** Publicação: DJ 23.08.2010 p. 12. RBDF vol. 7 p. 57. RJADCOAS vol. 16 p. 29. RSTJ vol. 139 p. 241

_____. **Agravo de Instrumento número 410.347** – RJ. Relator o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Publicação: DJ 13.05.2012 p. 72. RBDF vol. 7 p. 67.

_____. **REsp 1000356 / SP**, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Órgão julgador: Terceira Turma. Julgado em 25/05/10

_____. **REsp 127541 RS 1997/0025451-8**. Relator(a): Ministro EDUARDO RIBEIRO. Julgamento: 10/04/2000. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Publicação: DJ 28.08.2000 p. 72. RBDF vol. 7 p. 67. RJADCOAS vol. 15 p. 19. RSTJ vol. 139 p. 241

_____. **Resp. 709608/ MS**. Relator: João Otávio de Noronha. Órgão julgador: Quarta Turma. Julgado em: 05/11/09.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: GEN, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS - **20030110323 154APC, Relator BENITO TIEZZI, 2ª Turma Cível**, julgado em 06/12/2006, DJ 12/04/2007 p. 85

_____. **Apelação Cível Nº 70011173309**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 06/04/2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2017.

WELTER, Belmiro. **Direito de Família**. São Paulo: LAE, 2014.

NOTA:

[1] Professora do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

MULTIPARENTALIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: ASPECTOS LEGAIS DE SEU RECONHECIMENTO

**MARCIA CRISTINA DA SILVA
MOUZINHO:** Acadêmica do Curso de
Direito da Faculdade Martha Falcão -
Wyden

CYNTIA COSTA DE LIMA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade e a tendência da justiça brasileira em reconhecer as novas modalidades de família. Para a realização da pesquisa utilizou-se do método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal, realizando revisões jurisprudenciais acerca do tema, analisando os julgados que possibilitaram tal reconhecimento. Apresentou-se também um breve recorte histórico da constituição familiar no Brasil, desde a família patriarcal até a nova concepção de família fortemente influenciada pelo princípio da afetividade. Esforçou-se, ainda, em demonstrar a importância do reconhecimento legal desse instituto, uma vez que ele gera todos os efeitos inerentes a filiação para os envolvidos. Por fim, concluiu-se que apesar da multiparentalidade ser uma realidade cada vez mais discutida e aceita por muitos tribunais, ainda não é tratado com a devida importância, poucas são as doutrinas que consolidam a matéria de modo pleno e efetivo, o que contribui para a falta de conhecimento e para o aumento de diversos debates contrários acerca do assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Filiação Socioafetiva; Multiparentalidade; Afetividade;

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal consequences of the recognition of multiparentality and the tendency of the Brazilian justice system to recognize the new forms of family. For the accomplishment of the research the deductive method was used, in theoretical and qualitative research using bibliographical and legal documentary material, carrying out

jurisprudential reviews on the subject, analyzing the judgments that made possible such recognition. There was also a brief historical review of the family constitution in Brazil, from the patriarchal family to the new conception of the family strongly influenced by the principle of affectivity. It also endeavored to demonstrate the importance of legal recognition of this institute, since it generates all the inherent effects of affiliation for those involved. Finally, it was concluded that although multiparentality is a reality that is increasingly discussed and accepted by many courts, it is still not treated with due importance, there are few doctrines that consolidate the subject in a full and effective way, which contributes to the lack of knowledge and the increase of several contrary debates on the subject.

PALAVRAS-CHAVE: Family; Socio-affective; Multiparentality; Affectivity;

INTRODUÇÃO

Diante da reformulação da concepção de família e da necessidade do ordenamento jurídico vigente em tutelar as novas realidades vivenciadas pelas famílias brasileiras surgiu o debate em torno da multiparentalidade. Isso ocorreu porque a evolução das relações familiares não vem sendo acompanhada pelos códigos modernos, deixando lacunas legais que precisam ser preenchidas.

Nesse viés, o presente artigo visa abordar acerca da multiparentalidade na ordem jurídica brasileira e os aspectos legais do seu reconhecimento, uma vez que o padrão de família vem alterando-se de forma significativa ao longo dos anos. O afeto passou a ser o elemento fundamental na consolidação das organizações familiares, por essa razão é que se debate a multiparentalidade, que surge para regimentar e propiciar a proteção dessas novas famílias.

Com os novos entendimentos acerca das entidades familiares tem-se uma visão mais ampla e moderna do conceito tradicional. Ao acolher a possibilidade jurídica da multiparentalidade, o ordenamento trouxe à tona diversas discussões relacionadas ao tema, e, entre tantos questionamentos, é de grande curiosidade saber como ficará a questão sucessória nos casos de multiparentalidade e se o filho (a) poderá herdar de ambos os pais.

À vista disso, o objetivo desse trabalho é analisar a possibilidade da coexistência da parentalidade biológica com a parentalidade socioafetiva, apontando os aspectos legais da multiparentalidade no nosso ordenamento jurídico, bem como averiguar as consequências provocadas pelo reconhecimento deste instituto.

A metodologia utilizada neste trabalho é a pesquisa bibliográfica, visto que é um texto realizado através de fontes baseadas em livros, artigos e outros textos científicos já publicados. Além do mais oferece meios que auxiliam na definição e resolução de problemas já conhecidos, bem como permite explorar outras áreas onde ainda não se firmaram suficientemente.

Desse modo, trata-se de uma pesquisa básica e descritiva, pois pretende-se preencher a ausência de estudo sobre determinado aspecto que ainda não foi completamente abordado, partindo de um problema constatado, buscando-se informações sobre o tema e analisando variáveis para que assim possa propor recomendações, sendo, portanto, uma pesquisa de método hipotético-dedutivo.

1. FAMÍLIA E MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A instituição familiar passou por uma grande evolução no decorrer dos anos e por conta do surgimento de novos modelos familiares a definição de família acabou sendo reavaliada. Sua estruturação foi se adaptando a realidade imposta pela sociedade e a legislação tendo que se adequar a estas mudanças. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro entende que família são pessoas ligadas umas nas outras por vínculo afetivo, sanguíneo ou jurídico, que buscam a satisfação pessoal própria e do outro (WELTER, 2009). Por essa razão, a multiparentalidade foi reconhecida juridicamente pela Repercussão Geral 622 do STF, uma vez que o instituto se firma nas relações afetivas entre pais e filhos, estando à ideia de paternidade fundada na afeição, amor e carinho estabelecidos durante a convivência.

A multiparentalidade é um instituto jurídico que se especifica por meio de dois elementos distintos, mas fundamentais e complementares: o fator biológico e a socioafetividade.

A primeira situação é caracterizada pelos meios fisiológicos e sua respectiva determinação se baseia na genética, enquanto que a segunda se caracteriza pelo aspecto socioafetivo entre pais e filhos, onde o liame sanguíneo entre estes é inexistente e tem o afeto como elemento definidor da união familiar.

Ante o exposto, nota-se que a família deixou de se basear em laços biológicos para se sustentar em vínculos afetivos, novas configurações familiares surgiram e redefiniram o conceito inicial de família, sendo a multiparentalidade apenas um dos tantos outros arranjos familiares que poderão ser vistos a seguir.

1.1.AS NOVAS CONCEPÇÕES E AS NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA

A família tradicional formada por um homem e uma mulher unidos pelo casamento, com o dever de gerar filhos, deixou de ser há muito tempo uma realidade absoluta. Atualmente, passou-se a priorizar o afeto como elemento essencial para composição de uma entidade familiar. Com isso, pode-se dizer que não existe mais uma moldura predefinida do que seja família, uma vez que as relações familiares podem ser constituídas de diversas maneiras.

Essa nova concepção se deu em razão de uma discussão referente ao julgado da QUARTA TURMA DO STJ RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4) o qual tratava da possibilidade de adoção de menores por casal homoafetivo. Acontece que para que fosse possível a conferência desse direito aos homoafetivos, teria que ser feito uma reformulação no conceito de família, visto que o caso trazia uma espécie nova e totalmente diferente do modelo convencional socialmente aceito.

O afeto é o fundamento principal das uniões homoafetivas, assim como em qualquer outra entidade familiar, por essa razão não é aceitável que lhes seja negada a caracterização de família. Partindo dessa premissa, o julgado reconheceu que família é onde tem vínculo afetivo, independentemente dos laços sanguíneos, concedendo então ao casal homoafetivo a adoção dos menores, pois o que deve ser levado em consideração é o interesse do menor, sendo irrelevante a estruturação da família.

Dias (2017) elucida que "nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família,

merecedora da proteção do Estado”, com isso, ficou estabelecido que não existe mais um modelo familiar padrão e que todos os novos arranjos familiares devem ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico, ainda que não estejam constitucionalmente previstos.

Paulo Lôbo (2012, p. 70-71) diz:

O princípio da afetividade fundamenta as relações interpessoais e o direito de família nas relações socioafetivas de caráter patrimonial ou biológico e na comunhão de vida. A família contemporânea não se justifica sem que o afeto exista, pois este é elemento formador e estruturador da entidade familiar, fazendo com que a família seja uma relação que tem como pressuposto o afeto, devendo tudo o que for vinculado neste ter a proteção do Estado. O afeto é o resultado de todas as mudanças e evoluções ocorridas nos últimos anos nas famílias brasileiras, tem como base muitos dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988 e acaba sempre balizando importantes doutrinas e jurisprudências do direito de família. (LÔBO, 2012, p. 70-71)

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, colaborando de forma expressiva para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, permitindo o reconhecimento de diferentes entidades familiares, normatizando o que já representava a realidade de muitas famílias brasileiras, passando a receber proteção estatal toda e qualquer modalidade familiar, independentemente de sua formação.

É evidente que os modelos de família existentes são resultados das inúmeras transformações ocorridas na sociedade brasileira, sabe-se que em tempos passados o casamento era a única forma de constituir família, sob interesses patrimoniais somados aos interesses religiosos. Hoje, se observa que a formação das famílias está baseada, principalmente, no afeto, em que o respeito, a solidariedade e a convivência são cruciais.

As novas entidades familiares surgidas na sociedade moderna são constituídas através do afeto e do respeito mútuo, portanto, devem ser reconhecidas e respeitadas, visto que o afeto é inerente ao homem, devendo ser valorado. Diante disso, cabe elencar as novas modalidades de família existentes na sociedade contemporânea.

1.1.1. Uniões homoafetivas

O Supremo Tribunal Federal proferiu em 2011 no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 decisões reconhecendo as uniões afetivas de pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, baseando-se em princípios constitucionais, sobretudo no princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e levando em conta o princípio da afetividade. Com isso, este modelo foi equiparado ao casamento e às uniões estáveis heterossexuais.

1.1.2. Família Anaparental ou parental

Essa entidade familiar tem como elemento o vínculo afetivo e a convivência entre parentes, inexistindo a figura dos pais, ou até mesmo entre pessoas, ainda que não parentes, que não possuam qualquer vínculo de natureza amorosa ou sexual.

O convívio entre parentes ou entre pessoas, ainda que não sejam parentes, dentro de uma composição de pessoas dividindo o mesmo teto com identidade de propósito, impõe o reconhecimento de uma entidade familiar, reconhecida pelos doutrinadores como família parental ou anaparental. (DIAS, 2016)

1.1.3. Família Mosaico ou pluriparental

Essa nova composição familiar é formada pela união de um casal, seja de fato ou por casamento, no qual um ou ambos possuem filhos provenientes de relacionamentos anteriores. É caracterizada pela convivência estabelecida através do vínculo afetivo entre os filhos e os companheiros dos genitores, envolvendo não somente o afeto, como também as questões pertinentes a educação, alimentação, cuidado e proteção, guarda, administração de bens, respeito, nome e identidade moral como existente em qualquer família.

Esta modalidade é tratada no artigo 69, § 2º do Projeto de lei Estatuto das Famílias Nº 470 DE 2013, o qual dispõe: “§ 2º Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais”

Para Dias (2016, p. 218) a especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum.

1.1.4. Família Multiparental

A família multiparental é caracterizada pela coexistência dos vínculos parentais biológicos e afetivos, ou seja, pela pluralidade de relações parentais. Nesse modelo observa-se o acúmulo de critérios distintos de filiação, podendo originar-se de diferentes situações. Apesar de ser uma realidade cada vez mais presente, as famílias multiparentais não possuem regulamentação legal específica que fixe direitos e deveres aos seus membros, tendo somente reconhecimento jurisprudencial e doutrinário.

Mediante o exposto, com a reformulação da concepção de família, notou-se que é preciso ter uma visão pluralista da família, uma vez que os diversos arranjos familiares são fundamentados sobre os pilares da afetividade como o mais importante elo de união entre seus membros, impondo uma nova aparência axiológica ao direito de família.

1.2. PROCEDIMENTO DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

A paternidade socioafetiva existe quando é estabelecida uma relação de pai e filho mesmo sem um vínculo sanguíneo ou de adoção. A jurisprudência nacional já firmou o entendimento de que é possível a coexistência das paternidades, de modo que no assento de nascimento de determinada pessoa pode constar múltiplos pais.

A multiparentalidade reconhecida judicialmente não é nenhuma novidade. Todavia, o Provimento 63 de 14 de novembro de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, publicado em 17 de novembro de 2017 possibilitou que o reconhecimento de filiação socioafetiva pudesse ser efetivado diretamente nos Cartórios de

Registro Civil de qualquer unidade federativa, sem a necessidade de recorrer ao judiciário, permitindo assim o reconhecimento extrajudicial.

A solicitação do reconhecimento não precisa ser efetivada no Cartório de Registro Civil em que o nascimento foi lavrado, podendo ser feito no cartório mais próximo. É necessário para dar início do processo que sejam apresentados documentos com foto e certidão de nascimento da pessoa que será reconhecida, sendo obrigatório o pai/mãe socioafetivo ser maior de 18 anos. Além dos documentos exigidos, um termo específico deverá ser assinado pela mãe biológica, caso o filho seja menor de 12 anos, e caso de filhos com idade superior a 12 anos, é necessário seu consentimento.

O cartório realizará a análise de todos os documentos apresentados e estando corretos prosseguirá com o reconhecimento. Pois, é preciso atender aos requisitos estabelecidos pelo Provimento 63. Sendo estes alguns dos principais requisitos necessários:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o

oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

Desta maneira, com a edição do referido provimento, tornou-se possível reconhecer a filiação socioafetiva diretamente no cartório, desde que haja anuência dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, quando for o caso. No entanto, o reconhecimento de paternidade/maternidade socioafetiva de mais de dois pais ou de duas mães não poderá ser feito por via extrajudicial, nesses casos o reconhecimento será feito mediante decisão judicial. Pois, o Provimento nº 63/17 veda em seu Art. 14 o reconhecimento espontâneo de multiparentalidade em cartório, exigindo a propositura de ação.

1.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DA FAMÍLIA: PL 6583/2013

O Estatuto da Família é um projeto de lei de autoria do deputado Anderson Ferreira (PR-PE) que dispõe sobre os direitos da família e as diretrizes das políticas públicas voltadas para a valorização e apoio a entidades familiares. O projeto é de grande importância para toda população, uma vez que trata dos direitos de família já reconhecidos no Art. 226 da Constituição Federal.

O Estatuto teve enorme destaque, causando diversos debates em razão do texto apresentado definir como deve ser uma família, restringindo o conceito à união única entre o homem e a mulher ou por um dos pais e seus descendentes. Logo, limita-se o reconhecimento de direitos já consolidados pelo sistema jurídico, criando-se precedentes para negar direitos a vários outros arranjos familiares.

Assim sendo, exclui do princípio da legalidade diversas modalidades de família, como as homoafetivas, as adotivas, as formadas por pessoas solteiras, filhos frutos de inseminação, as que são formadas por pais adotivos, as recompostas por outras uniões, poliafetivas, além de muitas outras minorias igualmente consagradas pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade de todos perante a lei.

O principal motivo que levou a proposta a inúmeras discussões é o fato de ser uma lei que já nasce inconstitucional, por ser contrária a definição constitucional de família. A Constituição Federal não define como deve ser a família, não estabelece um modelo específico, porém, reconhece a família como um instituto social essencial que é base da sociedade e, diz que toda e qualquer entidade familiar terá proteção especial do Estado.

O conceito definido pelo Estatuto da Família é excludente, pois faz com que sejam criados precedentes para se negar a vários outros arranjos familiares, não previstos neste estatuto, acesso a direitos que a eles já foram concedidos. Por essa razão, entende-se que a intenção desse projeto não é dar mais direitos para quem faz parte de uma família tradicional, mas sim tirar daqueles que fazem parte de outros modelos familiares seus direitos.

Diante disso, é concluso que se trata de uma legislação contrária aos princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana, bem como a autonomia das pessoas em relação as suas escolhas íntimas. O Brasil conseguiu construir nos últimos anos uma sociedade com mais acesso a direitos e ao reconhecimento da diversidade. Esse projeto é, claramente, uma reação a essa progressão, se vê como um retrocesso, a vontade de não reconhecer essa diversidade por medo e preconceito.

2. REFLEXOS DA MULTIPARENTALIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva (DIAS, 2017, p. 488). Sendo assim, não há necessidade de remodelação no poder familiar quando se tratar de casos em que há o reconhecimento de múltiplos vínculos de filiação, pois cada um dos pais exercerá o poder familiar em sua totalidade.

No que tange à titularidade e exercício do poder familiar, o artigo 1.631 do CC/02 dispõe que a autoridade parental cabe igualmente a ambos os genitores, o que permanece inalterado mesmo após eventual dissolução dos vínculos afetivos entre eles. Da mesma forma que o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta que o poder familiar será exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, sendo que em caso de discordância há o direito de se recorrer à autoridade judiciária.

Logo, o poder familiar é facilmente adaptável ao modelo de família multiparental, sem a necessidade de qualquer modificação, pois independentemente de como se apresenta o exercício do poder familiar, sempre se deve buscar preservar e atender o melhor interesse da criança ou adolescente.

2.1. PATERNIDADE SIMULTÂNEA

A paternidade simultânea ocorre com a cumulação das parentalidades, ou seja, quando há no mesmo momento mais de duas figuras parentais. Isso pode ser bem visualizado nos casos de multiparentalidade ou até mesmo nas famílias mosaico, onde se observa a existência de mais de duas pessoas como genitores. Desta forma, não há a sobreposição de uma paternidade sobre a outra, mas sim a junção de ambas.

O aplicador do direito não pode ignorar o fato de que não mais existe um critério exclusivo para se definir a figura parental e mais, que uma pessoa, pode, sim, ter dois ou mais pais ao lado da mãe, ou vice-versa. (VALADARES,2016).

A unicidade parental deixou de existir há muito tempo, é valido lembrar que no início, com o Código Civil de 1916, a paternidade era uma só: a presumida, decorrente de presunção legal. Posteriormente, com a chegada do exame em DNA, a paternidade passou a ser comprovada também através do vínculo biológico. Até que a doutrina e jurisprudência acatarem como nova forma de parentalidade a paternidade socioafetiva, caracterizada pela posse de estado de filho fundada no vínculo de afeto.

Segundo Cysne (2008, p.213):

Por meio de uma análise histórica conclui-se que a relação paterno-filial divide-se em três momentos: em um primeiro momento considerava-se verdadeira a paternidade oriunda da relação matrimonial, que

resultava no ato registral, conhecida como paternidade jurídica; em um segundo momento, passou-se a considerar como verdadeira a paternidade baseada na consanguinidade, conhecida como paternidade biológica e, atualmente, vive-se no terceiro momento, onde a paternidade predominante é a socioafetiva, que é aquela fundada nos laços de amor e afeto (CYSNE, 2008, p.213).

Como já foi mencionado, atualmente, admite-se o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, assim sendo, pode-se dizer que a paternidade socioafetiva tem tanta relevância quanto a paternidade biológica. Ressalta-se que as paternidades possuem origens distintas, enquanto a biológica se origina na consanguinidade, ou seja, nos vínculos genéticos existentes entre pai e filho, a socioafetiva tem origem nos laços de afinidade e afetividade.

Todavia, permite-se o reconhecimento de ambas as paternidades de forma simultânea, dando aos pais/mães e ao filho todos os direitos inerentes a paternidade e a filiação, tais como: nome dos pais no registro de nascimento, poder/dever familiar, alimentos, parentesco, guarda, visitas e demais direitos existentes. Beneficiando ainda mais o filho, tendo em vista que ele passa a ter mais carinho, amor, afeto e proteção.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a coexistência da paternidade simultânea no RE Nº 898.060 do Tema 622 - SC - caso de Repercussão Geral, o qual discutia-se a prevalência ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica, decidindo que ambas se encontram em situação de igualdade perante ordenamento jurídico. Deste modo, entende-se que houve um posicionamento do STF referente a impossibilidade de hierarquizar as relações afetivas, devido o vínculo afetivo ser tão forte quanto o biológico, não cabendo ao Estado ditar qual prepondera sobre o outro.

Afinal, por que um filho não poderia ter mais de dois pais ou mais de duas mães, se o próprio ordenamento brasileiro reconhece mais de uma forma de parentalidade? A resistência em aceitar a paternidade simultânea se mostra em virtude de uma cultura enraizada na ideia de que toda pessoa descende apenas de um pai e uma mãe, levando em consideração apenas o

fator biológico. Acontece que a afetividade se tornou um elemento de suma importância para o direito, os tribunais entendem que relação de afeto pode ser até mais forte que o vínculo biológico, a depender do caso concreto.

Valadares (2016, p. 57) diz:

A resistência existente não é da legislação, mas, sim, dos aplicadores do direito e de parte da sociedade, ainda com dificuldade em vencer o protótipo da biparentalidade e da força do critério biológico, como se preponderante fosse na definição de uma filiação. (VALADARES, 2016, p. 57)

À vista disso, pode-se dizer que a paternidade simultânea trata de mais um mecanismo no sentido de promover o melhor interesse da criança, sem distinção de natureza das composições familiares nas quais sejam inseridas.

2.2. REGISTRO CIVIL

No que diz respeito ao nome e registro, depois de reconhecida a multiparentalidade, o nome do filho poderá ser composto pelo prenome de todos os pais, independentemente da origem, não possuindo nenhum impeditivo legal. Destaca-se aqui a Lei Nº 6.015/73 de Registros Públicos que possibilita a inserção de todos os genitores, não impondo limitações, ou seja, o filho poderá usar o nome de todos os pais.

O principal efeito jurídico gerado por esse instituto é a filiação e o meio mais fácil de comprovar a paternidade/maternidade é por meio do registro no assento de nascimento, logo, não se permite vedar a utilização dos nomes dos pais em registro, posto que se trata de um direito fundamental.

O artigo 54, itens 7º e 8º da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, estabelece que no registro deverão constar os nomes e prenomes dos pais e dos avós maternos e paternos. Dessa forma, constará no registro de nascimento os nomes dos pais biológicos, do pai ou mãe socioafetivo (a), bem como constarão como avós todos os ascendentes destes e filho poderá usar o nome de todos os pais.

2.3. GUARDA E DIREITO DE VISITAÇÃO

Em relação à guarda de filhos menores, os pais socioafetivos possuem os mesmos direitos que os biológicos, pois não existe preferência sobre o exercício da guarda. Antigamente, os interesses dos pais biológicos eram priorizados, uma vez que se prevalecia o vínculo sanguíneo, todavia, hoje a relação de afetividade é o elemento indicativo para a definição de guarda.

Partindo do pressuposto de que o poder familiar cabe de modo igual a todos os múltiplos pais e mães, sejam estes afetivos ou biológicos, como destacado anteriormente, uma consequência lógica será também da mesma forma compreender quanto ao direito de guarda e visitação, uma vez que expressamente decorrem do exercício da autoridade parental.

A guarda poderá ser tanto unilateral quanto compartilhada, respeitando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente (DIAS, 2017). As responsabilidades deverão ser acordadas entre ambos os pais e àqueles que não ficarem com a guarda terão direito às visitas, bem como poderão fiscalizar sua manutenção e educação.

Quando houver separação entre os pais biológicos, tal como dos pais socioafetivos, será concedida a guarda compartilhada, visto que é a regra adotada pelo Código Civil brasileiro, pois entende que ambos os pais sejam eles biológicos ou socioafetivos irão exercer concorrentemente a guarda, visando a todo momento atender as necessidades básicas dos filhos.

Quanto ao direito de visitas, não há preferência em virtude da parentalidade ser biológica ou afetiva, tanto o pai quanto a mãe e até mesmo os avós, sejam eles biológicos ou socioafetivos, terão direito de conviver com o menor.

De acordo com Cassetari (2016, p. 127):

Aquele que não tiver a guarda dos filhos poderá visita-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. Cumpre lembrar que o direito de visita se estende a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (CASSETARI, 2016, p. 127)

Dado o exposto, diante de múltiplos vínculos parentais, para além do direito à guarda, também quanto ao direito à visitação nenhuma diferenciação pode ser feita quanto ao tipo de filiação, não podendo ser

retirado seu direito a conviver com o filho, bem como dirigir sua criação e educação, o que, conforme o que foi visto, decorre do próprio poder familiar, pois o que sempre deve se priorizar é o melhor interesse do menor.

Após a exposição dos reflexos provocados pelo reconhecimento da multiparentalidade referente ao exercício do poder familiar, será tratado a seguir os reflexos econômicos provenientes deste instituto.

3. REFLEXOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA MULTIPARENTALIDADE

Importante discussão que também permeia a multiparentalidade está diretamente ligada aos reflexos econômicos e patrimoniais. O reconhecimento da multiparentalidade trouxe muitas consequências para o direito de família, mas também refletiu grandemente no campo do direito previdenciário e sucessório. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento jurídico da afetividade fez com que o vínculo biológico e socioafetivo ficassem no mesmo grau de hierarquia.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem genética, o que fez uma adaptação da legislação. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro tornou-se mais eficiente na resolução das demandas geradas pelo conflito criado entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica.

Diante disso, percebe-se que o ordenamento tem sido omissivo quanto aos direitos gerados da multiparentalidade resguardada constitucionalmente. Os julgadores, ao decidirem, trazem para a relação de afetividade o mesmo status da filiação biológica, verificando sempre se nas relações existem o tratamento comum presente entre pais e filhos, ou seja, se há o vínculo de afetividade recíproco. Assim, ao ser confirmada a existência da relação, sob ela passam a incidir todos os direitos inerentes à filiação.

Saliente-se a seguir como o instituto da multiparentalidade é aplicado no âmbito previdenciário e sucessório, tendo em vista a preocupação dos juristas ao julgar a ação de multiparentalidade para que não torne uma jogada de interesses para fins financeiros e sucessórios.

3.1. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Posteriormente a determinação da guarda, surge a discussão quanto aos alimentos, na multiparentalidade a obrigação de alimentar será de ambos os pais, todos terão que participar de forma ativa na vida do filho,

contribuindo igualmente no sustento e educação, respeitando sempre o binômio possibilidade e necessidade.

Diante de múltiplos vínculos de filiação, portanto, entende-se que subsiste direito ao filho de pleitear alimentos do pai/mãe socioafetivo, uma vez que é dever daquele que desempenha as funções parentais a prestação alimentícia, não excluindo a responsabilidade do pai biológico, que persistiria simultaneamente e em complementação às despesas alimentares ou ainda em decorrência de uma impossibilidade dos pais afetivos.

Sobre o tema, Correia (2017, p. 80) afirma:

Assim, caberá aos pais socioafetivos tanto quanto os biológicos, em relação aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder ou negar a eles consentimento para casar; nomear tutor por testamento ou documento autêntico, representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte. (CORREIA, 2017).

Vale ressaltar que a prestação de alimentos é recíproca, ou seja, atrelados aos direitos assegurados aos filhos em relação aos múltiplos pais, estão também os direitos desses múltiplos pais em relação aos filhos. Logo, assim como todos os pais devem prestar alimentos ao filho, este deverá prestar alimentos a todos os pais. Assim dispõe o Art. 229 da Constituição: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice ou enfermidade".

Portanto, entende-se que será aplicado igualmente às famílias multiparentais a solidariedade mútua entre pais e filhos, o que implica em uma responsabilidade alimentar dos filhos para com os pais, independentemente de quantos sejam.

3.2. QUESTÃO PREVIDENCIÁRIA NA MULTIPARENTALIDADE

Na multiparentalidade a relação previdenciária será como em qualquer relação de filiação, uma vez que o estado de filho lhe garante tal direito. Assim, uma pessoa que tem sua filiação socioafetiva reconhecida e registrada tendo, portanto, mais de dois pais, pode receber duas ou mais pensões por morte, visto que a lei é omissa quanto à cumulação de pensões oriundas dos óbitos dos pais.

Então, independente da relação de filiação ser socioafetivo ou genética, os benefícios a que fazem jus os dependentes dos segurados serão gerados em favor do filho ou dos pais. Pois, assim como acontece no direito aos alimentos e de sucessão, também existe a reciprocidade entre os pais e os filhos. É o que dispõe sobre os beneficiários da Previdência Social no art. 16, da Lei Federal nº.8.213/91, que aponta:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - Os pais;

III - o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

No que concerne à multiparentalidade para o Direito Previdenciário, Cohen e Felix (2013, p. 34) ensinam que "*estes podem ser observados quando do seu reconhecimento, visto que, nesses casos, o filho se torna dependente de, no mínimo, três pessoas, por exemplo, dois pais e uma mãe*".

Nesse ponto de vista, independentemente do regime previdenciário a que os pais pertençam, se todos os assegurados da Previdência Social vierem a falecer, o filho terá direito ao recebimento cumulado de, no mínimo, três pensões por morte, muito embora a legislação seja omissa quanto à hipótese de cumulação desse benefício no caso de morte dos pais.

Portanto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes, tem sido omissa quanto aos direitos gerados da multiparentalidade resguardada constitucionalmente. Todavia, ao ser confirmada a existência da relação socioafetiva, haverá a necessidade do reconhecimento dos direitos previdenciários, passando assim a incidir todos os direitos inerentes à filiação.

3.3. QUESTÃO SUCESSÓRIA NA MULTIPARENTALIDADE: JULGADO RESP Nº 1.618.230 – RS

A questão do direito hereditário nos casos de multiparentalidade ainda carece de muito empenho do Poder Legislativo e do Poder Judiciário para que sejam sanadas as lacunas legais ainda existentes. Isso se dá pelo fato de o ordenamento jurídico ao determinar no Código Civil de 2002 como seria a sucessão entre os herdeiros, não prever a possibilidade da multiparentalidade e, por essa razão, não dispor sobre como seria feito a divisão dos bens nessa situação específica.

Apesar de haver discussão doutrinária, entende-se que todos os pais são herdeiros dos filhos, da mesma forma como o filho é herdeiro de todos os pais. O próprio artigo 227, § 6º da CF prevê que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Assim, pode-se dizer então que independentemente da forma de reconhecimento dos filhos, todos possuem os mesmos direitos, inclusive os sucessórios. Segundo Cassettari (2016) serão aplicadas todas as regras sucessórias na parentalidade socioafetiva, devendo os parentes socioafetivos ser equiparados aos biológicos no que concerne a tal direito.

Em vista disso, por não haver distinção jurídica nas relações paterno filiais biológicas ou afetivas, estando reconhecida a multiparentalidade, o filho é herdeiro de seus pais e eles herdeiros de seus filhos, além dos vínculos com os demais parentes colaterais até o quarto grau. Consequentemente então o filho multiparental é herdeiro necessário de todos os pais que tiver.

Veloso (2003, p. 240) ressalta:

A sucessão independe do vínculo de parentesco e sim do vínculo de amor, pois sua relevância na atual sociedade deve fazê-la seguir as mesmas normas sucessórias vigentes no Código Civil, onde os descendentes (em eventual concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente) figuram na primeira classe de chamamento, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos. Existindo, portanto, filhos do de cujus, estes concorrem entre si em igualdade de condições, recebendo cada qual por

cabeça a sua quota do quinhão hereditário. (VELOSO, 2003).

É sabido que a Repercussão Geral 622 do STF trouxe consideráveis consequências, principalmente, no âmbito do direito das sucessões, onde muito se discute acerca de sua extensão e reflexos na realidade fática. Em virtude dessas consequências inúmeros questionamentos foram surgindo e, uma questão recorrente, por exemplo, é se a pessoa poderá receber a herança de dois pais ou de duas mães, sabe-se que o ordenamento jurídico não colocou nenhum impedimento nesta questão, sendo assim, não existe vedação legal acerca desse tipo de sucessão.

Nesse sentido, cumpre trazer o julgamento da decisão da TERCEIRA TURMA DO STJ RESP Nº 1.618.230 - RS (2016/0204124-4) que garantiu a um homem de 61 anos o direito de herdar do pai biológico mesmo já tendo recebido a herança do pai socioafetivo. Alinhado com a decisão do STF na Repercussão Geral 662, o qual reconhece a possibilidade concomitante de uma pessoa ter dupla paternidade, ficou decidido que a paternidade socioafetiva declarada ou não em registro não impede o reconhecimento de vínculo de filiação baseada na origem biológica.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de

vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido.

Resta claro que o julgado acima concretiza que a existência de um vínculo com o pai registral não é um empecilho ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Ao contrário disso, os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são inteiramente compatíveis.

Deste modo, aquele que foi criado e registrado por pai ou mãe socioafetivo não precisa, portanto, negar sua paternidade biológica, e muito menos se abster de direitos inerentes ao seu *status familiae*. Assim, a pessoa que possuir, por exemplo, uma mãe biológica e uma mãe socioafetiva, não poderá ser privada do seu direito de herdar bens de ambas, uma vez que, para o próprio ordenamento jurídico, trata-se de uma filiação absolutamente legítima.

CONCLUSÃO

A reformulação na definição de família se deu em razão das mudanças ocorridas na sociedade causadas pela evolução dos costumes. Pode-se dizer que houve uma repersonalização das relações familiares, uma vez que a família matrimonial, hierarquizada e patrimonial cedeu lugar a um modelo de família eudemonista, que busca a satisfação pessoal própria e do outro.

Em razão dessas evoluções, nasce novos meios e formas de constituições familiares, comprovando que o vínculo sanguíneo, por algumas vezes, fica em segundo plano se comparada com os laços afetivos criados pelos sujeitos da relação. A partir disso é que o poder judiciário é

acionado para dar uma resposta à sociedade, não deixando de efetivar os princípios que norteiam e fundamentam essas relações.

Nesse contexto, surge o instituto da multiparentalidade, caracterizado pela existência de mais de dois vínculos na linha ascendente de primeiro grau, de maneira simultânea ou sucessiva. O qual se firma nas relações afetivas entre pais e filhos, estando à ideia de paternidade fundada na afeição, amor e carinho estabelecidos durante a convivência familiar.

A multiparentalidade merece ser aprofundada, principalmente no que diz respeito às consequências jurídicas para os sujeitos envolvidos. Não se pode esquecer que, além do amor, respeito, zelo, ainda existem os fatores jurídicos a serem respeitados como o registro de nascimento, alimentos, fixação de guarda, direito de visita, direitos sucessórios e previdenciários, tanto entre os afetivos quanto os biológicos.

Em síntese, conclui-se que o reconhecimento da coexistência de múltiplos vínculos parentais não é apenas uma possibilidade, ao passo que se revela uma realidade dos dias atuais. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro deve ter postura ativa, a fim de atender os interesses das novas modalidades familiares, com observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, da solidariedade e da convivência familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 out. 2018

BRASIL. Lei Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973. **Dispõe sobre os Benefícios da Previdência Social**. Disponível em: . Acessado em: 4 out. 2018.

BRASIL. Lei Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973. **Dispõe sobre a Lei de Registros Públicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 6.583/13. **Dispões sobre o Estatuto da Família e dá outras providências**. Disponível em:

< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761>. Acessado em: 28 set 2018

BRASIL. Provimento Nº 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. **Dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 28 set 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado Nº 470 de 2013. **Dispões sobre o Estatuto da Família e dá outras providências.** Disponível em: < http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acessado em: 28 set 2018.

BRASIL. Lei Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. Lei Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente**

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva.** 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

COHEN, Ana Carolina Trindade Soares, FELIX Jéssica Mendonça. **Multiparentalidade e Entidade Familiar: Fundamento Constitucional e Reflexos Jurídicos.** Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais Fins. Maceió, v. 1, n.3, nov. 2013.

CORREIA, Emanuelle Araújo. **Elementos Caracterizadores da Multiparentalidade.** Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte – BH, 2017.

CYSNE, Renata Nepomuceno e. **Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva.** *Irr.* BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes da. **Família e Jurisdição.** Vol. II. Ed. Del Rey. Belo Horizonte: 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família de acordo com o novo CPC/2016**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Rt - Revista Dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**, São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVI.

VALADARES, Maria Goreth. **Multiparentalidade e as novas relações parentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

VELOSO, Zeno. **Direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003. Vol.17.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STF. RECURSO ESPECIAL: RE 898.060 do Tema 622 SC - caso de Repercussão Geral. Relator: Ministro Luiz Fux. **JusBrasil**, 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em: 21 set 2018.

STJ.RECURSO ESPECIAL: REsp1618230 RS 2016/0204124-4. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 28/03/2017, **JusBrasil**, 2017. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738570/recurso-especial-resp-1618230-rs-2016-0204124-4?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 3 out. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: RE 889.852 - RS 2006/0209137-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>. Acesso em: 21 set 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4277**. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao->

[direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf](#)>. Acesso em março de 18 set 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 132**. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em março de 18 set 2018.

NOTA:

[1] Professora Orientadora M.^a Cyntia Costa de Lima formada pela Universidade do Estado do Amazonas e mestra em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas; e-mail: cyntia.costa.lima@gmail.com

A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

SAMMILCA DE CALE FRANÇA DOS SANTOS:

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

CARLOS E. ROMEIRO PINHO^[1]

(Orientador)

RESUMO: Estudo da adoção homoafetiva no Brasil, expondo os impedimentos, discriminação e algumas leis primordiais que asseguram alguns parâmetros de mudanças na igualdade entre gêneros, citando casos em que já foram aceitos. O objetivo é estudar as garantias fundamentais, o princípio basilar da Constituição Federal que é o da dignidade da pessoa humana, esclarecendo pontos cruciais na conquista de um entendimento sobre os casais de unissexualidade e os amparados pela adoção (crianças e adolescentes), apontando na legislação o direito adquirido por esses, nessa relação. A explanação proposta se dá por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras chave: Adoção. Homo afetiva. Direitos. Garantias. Princípios.

ABSTRACT: Study of homoffective adoption in Brazil, exposing impediments and discrimination. The objective is to study the fundamental guarantees about couples of unisexuality and those supported by adoption (children and adolescents), pointing out in legislation the right acquired by them in this relationship. The proposed explanation is given through bibliographic research.

Keywords: Adoption. Homoffective. Rights. Guarantees. Principles.

Sumário: 1- Introdução; 2 – A família nos tempos atuais; 3 – Casal homoafetivo e adoção; 4 –Adoção: condições e possibilidades; 5 – Considerações Finais; 6 – Referências.

1.INTRODUÇÃO

A adoção no Brasil tem sido palco de extrema complexidade, uma vez que a população brasileira tem bastante dificuldade de lidar com o preconceito. Quando o assunto é as diferenças sociais, especificamente nesse caso, de casais homossexuais assumirem a posição paterna e materna através da adoção, grande parte da sociedade entende que esse tipo de adoção pode interferir e afetar na criação natural do adotado e que por esse motivo eles seriam igualmente homossexuais. Não obstante, em 04 de maio de 2011 os ministros do Supremo Tribunal Federal - STF, reconheceram a união estável entre indivíduos do próprio sexo, e com esta resolução, essa relação deve da mesma forma ter a legalização da adoção.

De toda forma, não há atualmente legislação que aborde adoção homoafetiva, ficando inerte esse direito pelos mesmos. Por outro lado, levantam-se bandeiras para que haja uma regulação legislativa a favor de uma lei específica que autorize a adoção por casais do mesmo sexo aqui no Brasil.

Por conseguinte, mesmo sem uma legislação que regulamente a adoção por casais homossexuais, já houve deliberações no sentido de beneficiar a adoção, e os magistrados que acataram essa decisão se basearam nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e o melhor interesse da criança, para explicar a possibilidade dos casais homoafetivos exercer tal direito, e a possibilidade da criança e do adolescente ser adotado.

2. A FAMÍLIA NOS TEMPOS ATUAIS

Atualmente a família apresenta amplas diferenças em relação aos antecedentes, no passar dos tempos houve transformações expressivas tanto nos campos da cultura, do social, da política, bem como do padrão familiar. Essas transformações sociais e culturais estão formando a sociedade moderna, que tem impactado diretamente na forma de convívio, bem como também nas necessidades de adequação jurídica para assim corresponder de forma legal em meio às mudanças ocorridas.

A família por muito tempo manteve - se relacionada ao modelo de um homem e uma mulher, onde esses teriam através da relação sexual o nascimento dos seus filhos, que assim seguiriam suas vidas no mesmo

padrão social e cultural. Atualmente não se espera apenas essa forma de relações familiares, visto a transformação e mudança do Ser Humano como indivíduo, como já foi dito, a família está em transformação. Outrora, o modelo de uma família completa era formada por mãe, pai e filhos, na atualidade pode - se observar que essa formação está tomando formas diferentes, onde naturalmente existem famílias formadas apenas por mãe e filhos, por pai, por irmãos e por casais homossexuais.

No início da formação da sociedade, o estado criou um padrão onde se mantivesse ordem nas relações sociais, ele foi criador na forma de agrupamento entre pessoas e formação familiar, que por sua vez se caracterizava pela oficialização da cerimônia de casamento entre duas pessoas héteros, nacionais e que obedecesse a hierarquia para assim então ser aceita.

Com a transformação da sociedade atual e a modernidade social, a família tem trazido novos modelos e padrões afetivos, onde pessoas do mesmo sexo desejam levar uma vida naturalmente igual a todos os outros seres humanos, onde cada um tem a oportunidade de escolha de como deseja viver a sua vida e com quem deseja. O poder patriarcal que tinha força absoluta ao nortear os princípios familiares para com a vida religiosa, política, econômica e social, foi desconcentrado pela sociedade que já não mais se propõe viver como o modelo patriarcal anterior, e tem lutado para que seus direitos fundamentais sejam respeitados.

Os filhos que eram fundamentais para uma relação familiar completa, atualmente já não se encontram em prioridade, já não fazem parte das condições fundamentais e a sua ausência não descaracteriza a formação da família. Dessa forma a instituição familiar se despreendeu do papel de reprodução e tem tido como princípio a afetividade entre as pessoas. A relação entre pessoas do mesmo sexo tem sido encaixada pelo Poder Judiciário como adequadas e legais por justamente levar em conta a dignidade da pessoa humana sem fazer exclusão dessas pessoas.

Como protege Dias (2010, p.):

O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. O grande problema reside em encontrar, na estrutura formalista o sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar.

Como fecho do processo histórico de formação de um novo conceito de família, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em novembro de 2011:

Por unanimidade, pelo placar 10 votos a 0, a união estável para casais do mesmo sexo. Inclusive, reconheceu que “parceiros em relação afetiva, homoafetiva duradoura e pública, terão os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e m”. Por Severino Motta, iG Brasília | 05/05/2011

Assim sendo, considera-se que a família possui uma nova apreciação, não diferenciando mais a questão do gênero entre casais, enfocando na afetividade, amor, compreensão e a parceria entre o casal, abolindo, desse modo, o preconceito contra os homossexuais. De toda forma, é bom enfatizar a ideia de que para toda mudança social, há sempre uma adaptação aos direitos desejados, porém é fundamental que o princípio da dignidade humana seja considerado, já que este é supremo e independe da orientação sexual.

Ultimamente a família tem sido enquadrada num contexto diferente de antes, as pessoas tem se desprendido das tradições na união entre duas pessoas e considerado a afetividade e não os interesses sociais e econômicos de outrora. Contudo a união homoafetiva rompe com as tradições sociais, porém ainda é vista por alguns com muito preconceito.

Eunice Ferreira R. Granato (2004, p. 142) diz que:

Homossexual é a junção de duas palavras: homo, que significa “igual a”, e a palavra sexual, proveniente do latim *sexuale*, que significa algo que “pertence ou relativo ao sexo”. Assim, homossexual é o termo utilizado para pessoas que praticam relações sexuais e mantém outras relações afetivas com pessoas do mesmo sexo.

A Constituição ao formar suas normas, teve atenção minuciosa para excluir discriminações de qualquer natureza, dando ênfase a igualdade e liberdade familiar e dessa forma confirma que toda pessoa tem direito de escolher com quem se relacionar, seja ele do mesmo sexo ou oposto, assim como formar uma família.

Ainda reiterando que o casamento já não tem mais prioridade na geração de filhos, todas as relações sejam elas entre heterossexuais ou pessoas de mesmo sexo, todas essas classes visam afeto entre si e carregam a esperança de uma sociedade harmonizada, ainda que em meio a valores diferentes. Dessa forma não se enxerga mais a possibilidade de não se considerar a união homoafetiva nas relações familiares e assim acreditar que essas pessoas tem os seus direitos de igualdades bem como toda e quaisquer outra pessoa.

A união homoafetiva tem o direito de ser reconhecida como família, sendo que a Constituição garante o direito à liberdade e igualdade, portanto todos são iguais perante a lei. Para os casais do mesmo sexo a adoção ainda é limitada aos aspectos de uma sociedade onde se encontra a frente do preconceito e tal situação tem impedido que essas decisões sejam mais facilmente resolvidas, muitos ainda tratam da homossexualidade como um desvio sexual e tornam tal decisão como uma afronta moral para a sociedade.

3.CASAL HOMOAFETIVO E A ADOÇÃO

Sabe-se que a adoção tem sua existência compreendida desde o princípio da existência humana, pois desde o início filhos foram tratados com rejeição e alguns casos crianças foram concebidas por família que não

podiam sustentar financeiramente essas vidas, sendo elas abandonadas, desamparadas, deixadas e retiradas do convívio parental por seus entes familiares.

Segundo O Globo.com, Rodrigo Bertolucci, 23/05/2017, dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA), no Brasil, 47 mil crianças e adolescentes crescem nos abrigos mas, desses, apenas 7.300 estão aptos judicialmente para serem adotados. Os dados também revelam que, em paralelo a isso, 33 mil pessoas estão habilitadas a adotar.

A afetividade sempre foi um marco na adoção de crianças por famílias, crianças são acolhidas por sentimento de amor, compaixão e expectativa e mesmo sem nenhum tipo de laço biológico são recebidas por pessoas dispostas a lhe oferecerem o melhor que tem, uma educação pautada pelo calor do afeto e o interesse de ambos iniciarem uma jornada de vida juntos, caminhando paralelos.

Maria Helena Diniz (2002, p.416), conceitua da seguinte forma:

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha.

Ao passar dos tempos houve mudanças na forma da adoção e seus desígnios, onde antigamente o interesse de se adotar uma criança geralmente era pautado por casais que não podiam ter os seus próprios filhos e atualmente a visão das pessoas que desejam adotar criança está refletida na responsabilidade de ajudar aqueles que precisam, e garantir bem estar através do acolhimento.

Nos tempos atuais, a adoção significa bem mais que instituir uma família para uma criança ou adolescente, não somente a necessidade pessoal de um casal que não pode ter filhos, mas a adoção gera satisfação de ambos os lados (adotados e adotantes) e a possibilidade de alicerce em

um ambiente decente onde os direitos são mais acessíveis e o respeito é compreendido com mais clareza.

A adoção tem que por finalidade propiciar o favorecimento e interesse da criança e do adolescente, que precisa do acolhimento de um lar e que por diversas situações foi lhe impedida essa possibilidade pela família consanguínea. E o dever da sociedade é observar isso como uma ação consciente e necessária para que muitos recebam esse benefício a qual sonham tanto em realizar, que é o de ser adotado.

A lei basilar do Brasil no seu estado democrático de direito, a luz da constituição brasileira, tem como um dos Princípios fundamentais que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Dessa forma todos os possíveis adotantes que preencherem os requisitos necessários, devem ser aptos por exercer tal atuação, não devendo ser recusados por sua orientação sexual.

A possibilidade de adotar é de direito dos homens e mulheres e dessa forma a orientação sexual de um indivíduo não interfere na competência de ser pai, pois o mais importante é levar-se em conta o melhor interesse que nesse caso é o da criança e do adolescente que precisa ser amparado.

Nos dias atuais a resistência quanto a decisão de pessoas serem de gêneros diferentes do heterossexual, demonstra que as relações sociais ainda estão reduzidas a duas classes, homens e mulheres, e muitos ainda não enxergam o livre arbítrio pessoal a qual permite que cada um decida sobre o seu gênero. A sociedade se forma com todos os diversos gêneros e etnias, e essa igualdade tem sido encarada pelo teor jurídico de forma reta, sendo levado em conta o Estado Laico de direito a qual o Brasil se mantém adotante.

A preocupação na maioria dos casos é aceitar que casais do mesmo sexo possam exercer o instituto da adoção e dificultarem o desenvolvimento desses adotantes, que na maioria das vezes são crianças, e de alguma forma gerar problemas psicológicos e sociais por toda a sua jornada de vida. Vale ressaltar que de acordo com o Estatuto da Criança e

do adolescente há possibilidade de adoção feita por uma única pessoa, sem que seja obrigatório a figura de um casal, dentro de todos os requisitos necessários para o ato e nesse sentido a lei não impõe saber qual a orientação sexual do indivíduo que deseja adotar.

É de grande relevância levar em conta que em todas as discussões a mais importante é a adoção e o interesse daqueles que tem aguardado por um lar e uma família. Que nessa atuação seja consciência dos interessados a convivência harmoniosa dos novos integrantes adotados e que esses tenham o direito de um ambiente permanente e pacífico, na qual as suas necessidades básicas sejam amparadas e supridas.

É imprescindível que em casos de adoção, independente do gênero a qual os interessados pelo ato possuam, que sejam realizadas uma apreciação, análise e investigação individual assim como acompanhamento por parte do Poder Judiciário, visando analisar o indivíduo interessado e não a sua orientação sexual e permitindo assim que todos tenham o direito de pleitear a adoção, bem como que aumente-se as chances de crianças se firmem em lares e famílias e possam transcorrer uma vida normal e mais completa.

A lei já tornou legalizado que assim como os casais heterossexuais podem se relacionar, se casar e ter filho, os casais de mesmo sexo não diferentes, são concorrentes do mesmo direito, e isso já está sendo demonstrado na sociedade com o casamento de homossexuais e a possibilidade dos mesmos exercerem a constituição de uma família. Negar o direito da adoção por casais homoafetivos é reduzir as chances de crianças terem moradias e familiares, e impedir que tais cidadãos comuns possam exercer o direito de igualdade, nesse caso, na adoção, como todos os outros, ofendendo os direitos constitucionais.

Na visão de Vecchiatti(2012. p. 503) ele cita que:

A maioria da população crê que a adoção por casais de mesmo sexo afetaria o desenvolvimento sadio da criança, ou seja, por influxo dos pais, o adotado se tornaria homossexual. É pertinente informar que a Organização Mundial da Saúde

emprega a homossexualidade como “uma das livres manifestações da sexualidade humana”, todavia, a homossexualidade é tão natural como a heterossexualidade.

A sociedade se opõe a adoção homoafetiva por não aceitar que essas pessoas que decidem viver de forma diferente do convencional, exerçam os mesmos direitos que héteros, nesse sentido nota-se o preconceito e a discriminação que não deve ser pautada como requisitos na legalização dos direitos humanos, alguns não tem motivações para fundamentar a sua contrariedade a adoção homoafetiva.

Alguns utilizam -se dos estudos de psiquiatras quem afirmam que o perigo da adoção é o da identificação da criança com os pais, a criança seguiria o exemplo e se tornaria homossexual. Porém outros estudos mais atuais comprovam que se crianças ou adolescentes assumissem comportamentos que se assemelhassem aos pais, não existiria homossexuais e nem tão pouco a decisão de muitos de assumirem uma postura de comunhão com alguém do mesmo sexo. Existe sim fatos que comprovam que os filhos molda-se aos seus pais em aspectos de identificação, mais isso não se estende ao fato de importa-se com a sexualidade.

A psicologia demonstra que o crescimento da criança e do adolescente é reflexo dos cuidados e educação que esses rotineiramente são conduzidos, sob aspectos adotados em casa como o diálogo, a comunicação e o tratamento positivo. Contudo não se vê relação de que a opção sexual dos seus pais possam refletir diretamente no seu modo de pensar ou agir, ou que através disso existam fatos maiores negativos que possam causar traumas psicológicos ante ao que foi o abandono familiar que essas crianças e adolescentes vieram a sofrer e isso já será um episódio a ser trabalhado para que o aspecto emocional não venha a ser corrompido.

Se analisarmos em pesquisa fundamentada a prática da vida pessoal dos homossexuais é comum encontrar um histórico de famílias onde os seus pais são heterossexuais e muitas vezes não há incidências de

outros homossexuais no lar de convívio fraternal, sendo essa uma decisão singular e que não vem de motivações familiares. Dessa forma vale salientar que a lógica para essa argumentação de que pode haver uma imitação ou interesse de que filhos adotivos de pessoas do mesmo sexo podem ser homossexuais, segue um raciocínio inconveniente e sem base.

O que vale necessário refletir é o fato dessas crianças e adolescentes serem vítimas de práticas preconceituosas, e sofrerem no decorrer da sua vida bullying, por terem sido adotadas e mais que isso, por seus pais serem homossexuais. A sociedade ainda se norteia por aspectos onde a decisão do outro deve ser norteada pelo padrão da maioria, e esse fato ainda tem sido um caos social onde muitos sofrem discriminação por conviver o seu modo de pensar e de agir.

Em um mundo onde segue – se a diversidade de pensamentos e culturas, tem sido assustadora a forma com qual muitos tem se permitido discriminar e até impedir que o próximo seja alcançado pelos seus direitos, independente da sua sexualidade, todos merecem respeito e o livre arbítrio de decidir por sua vida pessoal e isso quando não afeta a sociedade como todo e não prejudica a vida em coletividade, não deve ser pauta de discussão.

O intelectual Daniel Sarmiento (2000, p.32), expõe que:

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Esse Estado precisa garantir a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente, às minorias, como é o caso dos homoafetivos por dois motivos essenciais. Primeiro, perante as situações de preconceitos vivenciados pelos homossexuais na sociedade e, segundo, pela proteção para que estes possam gozar efetivamente dos direitos de constituição de família e reconhecimento como tal, pelo apoio dos dispositivos legais.

De acordo com o significado, dignidade da pessoa humana é um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado. O principal objetivo é garantir o bem-estar de todos os cidadãos. A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do Brasil. Significa que é um objetivo que o Estado deve cumprir, através da ação dos seus governos.

Também são direitos individuais e coletivos: proteção da intimidade, liberdade para o trabalho, liberdade de locomoção e liberdade de exercer atividades artísticas ou intelectuais. Já os direitos sociais são os direitos relacionados ao bem-estar do cidadão. São exemplos o direito à educação e ao trabalho, acesso à saúde, transporte, moradia, segurança, previdência social e direitos trabalhistas, proteção às crianças, à maternidade e aos mais necessitados.

É uma obrigação do Estado, através dos seus governos, tomar medidas para garantir os direitos e bem-estar dos seus cidadãos. Da mesma maneira, também é uma tarefa do Estado cuidar para que os direitos fundamentais não sejam violados. Já que a dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado democrático de Direito, ela é prevista como um princípio fundamental no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 que cita que " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana."

Incidindo ao desrespeito à dignidade da pessoa humana, pelo preconceito do livre arbítrio da orientação sexual do indivíduo, pode-se transgredir a própria Lei, como coloca Dias (2010, p.104):

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal, não se podendo subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. Infundados

preconceitos não podem legitimar restrições de direitos servindo de fortalecimento a estigmas sociais e causando sofrimento a muitos seres humanos.

Ao se estender no que diz o princípio da dignidade da pessoa humana, nota-se a semelhança apontada à liberdade das pessoas em formarem suas origens. Sendo esse citado princípio a base do livre arbítrio, a direção sexual, se engloba na decisão pessoal de cada indivíduo, não ferindo a sociedade como um todo e entrando na compreensão de atuais padrões familiares, que torna permissível o ajuntamento entre homossexuais.

Ainda sobre as garantias fundamentais de cada pessoa, a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da igualdade no qual todos os seres humanos tem o direito de tratamento semelhante perante a lei, artigo 5º,

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Denotando que todos devem ter a mesma recepção sem distinção da sua escolha sexual, o homossexualismo assegura o seu espaço na sociedade e se engloba a população em direitos iguais. A homossexualidade está fincada na sexualidade, a coincidência constitui que se estabeleça embasamentos coerentes para a distinção de trato.

Conforme julgados abaixo, percebe-se que os tribunais estão compreendendo a necessidade de aceitação da adoção por casais homoafetivos, visto que esses possuem direitos de viver em sociedade e a possibilidade de escolher o seu gênero, os mesmos também possuem a igualdade perante a lei de exercer o seu papel de cidadão e de ter uma vida familiar resguardada pela lei.

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotado, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido” 1998.001.14332 APELACAO DES. JORGE MAGALHAES – Julgamento: 23/03/1999 – NONA CAMARA CIVEL.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a

qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA") (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

4. ADOÇÃO – CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES

O Instituto da adoção é regulamentado por dois diplomas, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 39 a 52 e no Código Civil nos artigos 1618 a 1619.

A adoção impõe direitos semelhantes ao de um filho consanguíneo. Assim como na paternidade e maternidade concebida, qualquer ato de descuido ou maltrato a criança ou adolescente vitimado, o autor arcará com todos os possíveis danos perante a penalização da sua ação. O jovem é afastado do domínio dessa guarda e será conduzido a outro ente familiar ou abrigo que se responsabilize por essa vida de maneira humana resguardada pelo Estado.

O civilista Gonçalves (2010, p 367) afirma que, "Adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha". Tanto é um ato solene e delicado que a lei veda a sua ocorrência via cartula procuratória. E deve ser aplicada de maneira excepcional, pois a primazia das atenções deve ser direcionada à permanência da criança ou adolescente junto à sua família natural (pais e seus descendentes) ou extensa ou ampliada (parentes próximos com os quais há uma convivência com vínculos de afinidade e afetividade).

Rege-se, sobremaneira, como se observa do dispositivo sob comento, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com supedâneo autorizativo do art. 227, §5º, da Carta Magna (“A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.”).

Não se encontra lei específica quanto a adoção homoafetiva, apesar disso, igualmente não se estabelece limitantes que impossibilitem que casais héteros tenha esse direito, de acordo com a lei, o que se acredita é que indiferente da posição sexual do casal, se todos os requisitos imprescindíveis forem estabelecidos, é garantido essa probabilidade pelo Estado. É interessante lembrar que visando ao superior interesse da criança ou do adolescente de assegurar-lhe a saudável convivência familiar, a decisão do juiz deve ser criteriosa ao decidir o que é melhor.

É com certeza indispensável à transmissão dos valores e princípios pela família, a legislação em análise exige que, para adoção realizada por mais de uma pessoa, comprove-se a estabilidade familiar pelo casamento civil ou pela união estável. Autorizando, entretanto, os divorciados agirem assim, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade, sendo permissível, inclusive, a guarda compartilhada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos dispõe que podem adotar:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta lei.

§ 2º É vedada a adoção por procuração.

Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. Caput com redação dada pela Lei nº 12.010, de 3-8-2009. Expressão anterior (pátrio poder) alterada pela Lei nº 12.010, de 3-8-2009. Artigo com redação dada pela Lei nº 12.010, de 3-8-2009.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Art. 42. Podem adotar os maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência

e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Caput com redação dada pela Lei nº 12.010, de 3-8-2009. Parágrafo com redação dada pela Lei nº 12.010, de 3-8-2009. Parágrafo acrescido pela Lei nº 12.010, de 3-8-2009. Série 22 Legislação

Na possibilidade de ser admitida adoção por pessoas de mesmo sexo, através da compreensão e decisão judicial, é realizado uma averiguação psicossocial confirme de forma geral se benéfico ao melhor interesse do adotando. Em concordância com o artigo 43 do ECA: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos." O casal que deseja adotar deve demonstrar as motivações que lhe são ensejadas para tal decisão e os legítimos interesses de ter um filho.

Cabe refletir que a adoção está ligada a um ser humano que busca ter uma família e seus direitos ligados a uma vida familiar, o fato de um indivíduo de quaisquer gênero e diversidade ter o direito da adotar é consequência. Dessa forma é necessário que seja consciente tal ato de

tamanha importância, visto que em primordial está o encargo da vida que agora lhe cabe.

De acordo com o perfil do adotado ensejado por aquele que deseja a adoção, é levado em conta além disso a entrada de crianças e adolescentes disponíveis para a adoção. Nos eventos em que o adotante tenha preferência no acolhimento de bebês, a demora pode ser ainda mais extensa. Vale ressaltar que ainda assim, existe da mesma forma uma dificuldade na adoção de crianças e adolescentes de idade mais avançada, onde muitas vezes o passado dessas acompanham cicatrizes de sofrimentos, traumas e práticas de violência que limitam a quantidade de pessoas dispostas a abraçar a causa desses almejantes da adoção.

Após a análise dos adotantes, prontamente realiza-se a consulta do cadastro dos que estão disponíveis para adoção e posteriormente haverá um momento de conhecimento do histórico da criança e do adolescente. Quando a criança for maior de 1 (um) ano de idade, é realizado o estágio de convivência, ou seja, uma aproximação progressiva imposta pela pessoa do judiciária, de acordo com o perfil de cada criança ou adolescente. O exercício de convívio tem por desígnio amoldar o adotante e o adotado a nova realidade. Nesse período será analisada a convivência e a autoridade judiciária irá se pronunciar.

Com o acolhimento da criança ou do adolescente, a pessoa ou casal que adotou irá juntar a documentação necessária, protocolar o pedido de adoção por meio de advogado constituído ou do Defensor Público da Infância e da Juventude, pedindo guarda provisória do adotante, até que dada a sentença final.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por escopo reunir um estudo da adoção homoafetiva no Brasil, expondo as divergências que existem, os impedimentos, discriminação e algumas leis primordiais que asseguram alguns parâmetros de mudanças na desigualdade entre gêneros, citando casos em que já foram aceitos.

A sociedade possui uma visão restrita em relação ao tema, vez que não possui condições e perspectivas no avanço da evolução humana, no que se refere a tudo que envolve relação à sexualidade.

O respeito à sexualidade é importante para o indivíduo, sendo este um direito fundamental inerente a ele. Por este motivo, o direito passou a buscar princípios que tutelassem a livre opção e manifestação sexual. Sua proteção destaca-se na Carta Magna em vários aspectos, mas apesar de tal proteção, se a homossexualidade, bissexualidade e transexualidade tornassem motivos de preconceitos ou discriminação, restaria insignificante toda a garantia advinda do texto constitucional.

Foi feito um estudo sobre as garantias fundamentais, o princípio basilar da constituição Federal que é o da dignidade da pessoa humana, esclarecendo pontos cruciais na conquista de um entendimento sobre os casais de unis sexualidade e os amparados pela adoção (crianças e adolescentes), apontando na legislação o direito adquirido por essas classes.

O que se observa é que a instituição familiar desde sua concepção até os dias atuais vem passando por inúmeras modificações, principalmente no que se refere a sua forma de organização. As famílias constituídas por adoção possuem a mesma proteção e direitos que as constituídas biologicamente. Sendo assim, uma vez que restou estabelecido que a união por tais casais, considera-se como família, não resta dúvida que o direito à adoção também é garantido.

O Direito Brasileiro deve sempre acompanhar os anseios da sociedade, de forma à acolher a possibilidade da adoção por casais homossexuais, vez que há uma omissão legislativa a esse respeito, razão pela qual deverá ser aplicado analogicamente o Direito Consuetudinário, além de garantir a aplicação dos princípios gerais de direito, sempre atentando aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o fim social que se busca é acima de tudo, resguardar e proteger a dignidade da criança e do adolescente. Pode-se afirmar de acordo com os estudos realizados que qualquer indivíduo desde que preencha todos os requisitos pré-estabelecidos para a adoção, poderá adotar independente de sua sexualidade.

Deve-se levar em consideração em qualquer caso, o melhor interesse da criança, qual seja: viver sob um ambiente familiar agradável, ter afeto, condições básicas de sobrevivência, educação e saúde. Cumpre ressaltar, que existe sim a possibilidade de uma pessoa de orientação sexual diferente adote isoladamente. Tal direito não lhe pode ser negado, mas o que infelizmente se vê na prática é que à orientação sexual dos adotantes interfere no que diz respeito à adoção. Entretanto não se pode levar isso em consideração ao determinar o deferimento do pedido de adoção, caracterizando discriminação quando assim não ocorrer.

Sendo assim, pode-se concluir que, o convívio afetivo gera a ideia de família e de acordo com a garantia constitucional estabelecida é possível que casais homossexuais tenham o direito de adotar, vez que deve se levar em consideração sempre o bem estar do adotado, assim como seu melhor interesse. Para a criança é muito mais vantajoso sua inserção em um convívio familiar do que permanecer em orfanatos ou no abandono das ruas, submetendo-se a violência e a toda sorte de degradação pessoal.

6. REFERÊNCIAS

BRUER, John. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. **Adoção por casais homossexuais e o interesse da criança**. Grandes temas da atualidade: Adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COLLOR, Fernando. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_3/LEIS/L8069.htm. Acesso em 15/09/2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 23 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família**.

SARMENTO, Daniel. **Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais**. Revista Trimestral de Direito Civil. v.32. Rio de Janeiro: Padma: 2000.

VADE MECUM: edição especial/ [equipe RT]. – 2ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VECHIATTI, Paulo Roberto Lotti. Manual da Homoafetividade: **da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2ed. São Paulo: Método, 2012.

NOTA:

[1] Professor Orientador. Graduado em História pela UFPE (1996) e em Direito pela UNICAP (2011), Mestre em História pela UFPE (2000); Professor Assistente do Colegiado de História da Universidade de Pernambuco/Campus Petrolina. Tem experiência na área de História, com ênfase em História do Brasil e História Regional, desenvolvendo pesquisas sobre o Nordeste no Século XX. Tem ampla experiência na área de formação de professores enquanto coordenador do PIBID. Coordenador do Curso de Direito da FACAPE.