BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 908

(Ano XI)

(01/06/2019)

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COLUNISTA DA SEMANA

27/05/2019 Kiyoshi Harada
» Sugestões para uma boa reforma tributária 06

ARTIGOS

31/05/2019 Karina Rodrigues Gomes
» A obrigação do Estado na distribuição de medicamentos e a intervenção do Poder Judiciário..... 15

31/05/2019 Bruna de Carvalho Nunes

» Reforma agrária: o homem em busca da terra.....34

31/05/2019 Maria Francisca Alves Pereira

» O Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro: legitimidade legal sob a ótica da eficácia judicial 54

31/05/2019 Ane Carolyne dos Reis Carvalho

» Guarda compartilhada e hipóteses de sua inviabilidade..... 81

31/05/2019 Talita Mie Gonçalves Costa

» O abuso de direito nas ações de alimentos gravídicos decorrente da negativa de paternidade.....98

31/05/2019 José Iran Martins Custódio Teles

» Análise da poluição sonora nas estações de transporte coletivo em Palmas Tocantins 123

31/05/2019 Karine Pereira Marques

» A penhorabilidade do salário no novo Código de Processo Civil.....148

31/05/2019 Natalia Cristina de Souza Albanez

» O direito e a violência doméstica contra a mulher no Brasil 162

31/05/2019 Isis de Moura Chiosini

» A Lei Maria da Penha e o feminicídio: seus reflexos no combate a violência contra a mulher 181

31/05/2019 Sanny Moema Noleto de Lima

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

» Lei Maria da Penha: um estudo de caso das medidas protetivas no combate a violência e sua aplicabilidade na comarca do município de Palmas nos anos de 2017, 2018 e 2019 201

30/05/2019 Joao Pedro Moda de Almeida

» Mídia e sua influência nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri 224

30/05/2019 Naiara Garcia Pires

» Aborto: um estudo sobre a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 124.306 244

30/05/2019 Victor Hugo Moda de Almeida

» A inconstitucionalidade da adoção do sistema tarifário pela reforma trabalhista.....261

30/05/2019 Cintia Paula de Souza

» Da inconstitucionalidade da legalização do aborto no caso de feto com microcefalia 285

30/05/2019 Miziara Ferreira de Souza

» Prisão no período eleitoral.....299

30/05/2019 Amanda de Souza Rodrigues

» Análise da prática criminosa do aborto no Brasil e o estudo comparado da descriminalização em países da América Latina.....314

30/05/2019 Marcia de Souza Oliveira dos Santos

» Psicopatia forense :uma análise sobre os crimes passionais.....336

30/05/2019 Dayana Jéssica da Silva

» Poliamor a luz do ordenamento jurídico pátrio.....349

30/05/2019 Mirela Caldeira de Souza

» Salário: adicionais e os reflexos da reforma trabalhista 380

30/05/2019 Bianca de Carvalho Scorcio

» O procedimento de adoção no Brasil 397

29/05/2019 Kamyres Ferreira Queiroz Gonçalves
» Consequências psicológicas do abuso na infância e adolescência 415

29/05/2019 Mariana Carvalho Oliveira

» A negativa do recolhimento do criminoso doente mental ao hospital de custódia e suas consequências 430

29/05/2019 Tais Alves Raveli

» Violência e abuso sexual infantil 474

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

29/05/2019 Rafael Henrique Frati

» A utilização da criminologia e política criminal na área da segurança pública 484

29/05/2019 Ariane Alcântara da Silva

» A responsabilidade civil por danos ambientais decorrentes das diversas atividades com agrotóxicos 517

29/05/2019 Thiago Guedes Alexandre

» A crise fiscal brasileira e a necessidade de reformas estruturais 539

29/05/2019 Geovana Risso Silva Estevão

» A insuficiência da lei perante a violência contra a mulher 554

29/05/2019 Elaine Sabrina Moreira Schuwarten

» Possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade 568

29/05/2019 Isadora Montini Tabarine

» A aplicação da audiência de custódia no ordenamento jurídico 586

28/05/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» Tortura castigo se caracteriza em relação circunstancial de poder.....602

28/05/2019 Elaine Sabrina Moreira Schuwarten

» O voto obrigatório: natureza jurídica e (des) necessidade no momento atual 610

28/05/2019 Victor Hugo Furlaneti Almeida

» A vítima no processo penal 620

28/05/2019 Rafaela Balero Marcassi

» Gravidez e maternidade no Sistema Penitenciário brasileiro 642

28/05/2019 Bárbara da Cruz Almeida

» Identidade de gênero e o direito à retificação de nome e gênero no registro civil.....659

28/05/2019 Beatriz de Carvalho Soares

» A responsabilidade na tutela provisória: irreversibilidade e o dever de indenizar 673

28/05/2019 Gustavo Henrique Caramelo Pais

» Um panorama do aborto no Brasil e no mundo 690

27/05/2019 Maria Laura Pereira da Silva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

» Entre o intervencionismo e o neoliberalismo: principais bases teóricas pós-crise de 29 e as consequências no Estado Brasileiro Moderno 713

27/05/2019 Giullia Roberta Araujo Resplandes

» Trânsito, embriaguez, e os avanços na fiscalização viária.....734

27/05/2019 Isabela Faria Gonçalves

» Filiação socioafetiva: seu reconhecimento extrajudicial e a multiparentalidade 753

27/05/2019 Gabriel Carlos Silva

» Alienação Parental 774

27/05/2019 Kátia Cilene Alves da Silva

» O programa habitacional do município de palmas Tocantins como instrumento garantidor do direito constitucional à moradia.....789

27/05/2019 Synara Lílian Martins Moreira

» Aspectos conceituais e jurídico da alienação parental 810

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SUGESTÕES PARA UMA BOA REFORMA TRIBUTÁRIA

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. Introdução

Existem duas propostas de reforma em discussão no Congresso Nacional. A primeira delas é a PEC nº 293-A/04 cujo relatório elaborado pelo ex Deputado Luis Carlos Haluy já foi aprovado, a toque de caixa, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Ela unifica dez tributos entre contribuições sociais, impostos federais, impostos, estadual (ICMS) e municipal (ISS), criando o Imposto sobre Operações de Bens e Serviços – IBS – de competência legislativa federal, mas com fiscalização e arrecadação compartilhada pelos três entes federativos. A segunda é a PEC nº 45/19, menos radical que a primeira: funde o PIS, a COFINS, o IPI, o ICMS e o ISS para formar o IBS, um imposto de incidência plurifásica, de caráter não-cumulativo e tributado por fora. Não se sabe como é possível colocar em prática tal proeza.

Existe ainda em gestação uma terceira proposta. Antevendo a resistência dos Estados e dos Municípios em razão da quebra do princípio federativo essa proposta fatia as duas primeiras em duas partes: em um primeiro momento haveria apenas unificação de quatro ou cinco tributos federais (PIS, COFINS, parte do IOF, IPI e eventualmente a CSLL) para formar o IBS, dispensando a alteração constitucional. Em um segundo momento o Estado perderia o ICMS e o Município perderia o ISS, os quais seriam incorporados ao IBS. Ela acaba com a contribuição previdenciária, sem considerar se a reforma previdenciária irá substituir ou não o atual sistema contributivo e de repartição de recursos pelo sistema de capitalização. O que é pior, planta a semente da CPMF com outra roupagem jurídica para financiar a Previdência Social. Haveria transferência do déficit previdenciário para o déficit da União. É trocar seis por meia dúzia!

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

2 Inoportunidade de uma reforma que altera radicalmente o Sistema Tributário Nacional esculpido na Constituição

É inoportuna uma reforma profunda do Sistema Tributário estruturada na Constituição, como as pretendidas pela PEC nº 293-A/04 e PEC nº 45/19 em discussão na Câmara dos Deputados, em um momento de profunda recessão econômica e de conflito permanente entre os Poderes. Conviver durante os longos 10 ou 15 anos de transição com o Sistema Tributário atual, que é colocado de cabeça para baixo pela reforma referida, com o novo Sistema complexo em que se misturam tributos de espécies diferentes e pertencentes a esferas políticas igualmente diferentes, para criar o IBS, um imposto de difícil conceituação, além de tumultuar a vida dos agentes produtivos irá inexoravelmente aumentar a carga tributária e a carga burocrática no decorrer dos experimentos com o novo Sistema. O próprio longo período de transição já revela a dificuldade de operacionalizar no âmbito de uma Federação como a nossa, ímpar no mundo, um imposto de competência da União, mas fiscalizado, arrecadado e partilhado por três entidades políticas agrupadas em torno de um Comitê Gestor Nacional dotado de poder normativo e de *representação judicial e extrajudicial* das três entidades políticas tributantes. A confusão que isso irá causará salta aos olhos. Qualquer decisão judicial, pró ou contra, irá influenciar nas finanças das três entidades políticas agrupados em torno desse Comitê Gestor Nacional. Abolir o IPI e o ICMS é fácil. O difícil é lidar com os problemas que isso acarretará para a Federação Brasileira, a começar pela questão dos créditos fiscais acumulados, principalmente em razão da Lei Kandir. Se fosse simples não precisaria de tantos lustros para promover a substituição definitiva de um Sistema pelo outro.

Daí porque é inoportuna a discussão dessas PECs que abrigam propostas de Sistema Tributário de dificilíssima operacionalização, apesar de seus apoiadores enxergarem nelas uma simplificação tributária. Pela vivência que temos com a matéria tributária no setor público e no setor privado antevejo infindáveis problemas novos de toda ordem que não se limitam à exata *conceituação constitucional* do que seja operação de bens e serviços. Com toda certeza irá aumentar a *carga tributária e a carga burocrática*, perturbando os agentes produtores em um momento de *profunda recessão econômica*, difícil de ser superada por conta de sucessivos desastres na área política.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Positivamente, neste cenário econômico recessivo em que não há sinais de diminuição da taxa de desemprego não é ocasião adequada para adicionar dificuldades tributárias aos agentes econômicos, nem de experimentar e *testar* um novo Sistema Tributário *incerto e de consequências imprevisíveis*.

3 Reforma tributária no nível infraconstitucional

Uma boa, oportuna e necessária reforma é a que se faz na legislação infraconstitucional. No momento é preciso fazer alguns ajustes na legislação tributária sem alteração constitucional. A seguir citaremos a título ilustrativo as seguintes propostas:

(a) Unificação do PIS/COFINS

Apesar de o produto de arrecadação dessas contribuições sociais terem destinação diversa, o fato gerador é idêntico. O artifício legislativo para aumentar essas contribuições por meio de regime não-cumulativo deve ser abolido em razão do dinamismo legislativo caótico na exclusão/inclusão de despesas detutíveis, que causam total insegurança jurídica. Quanto menos normas, mais fácil a operacionalização dos tributos e menor os conflitos entre fisco-contribuinte. A destinação dos recursos arrecadados é questão a ser resolvida pela LOA. Não é preciso ter um tributo para cada finalidade.

(b) IRPJ e CSLL

Pelas mesmas razões retro devem ser unificados sem perda do montante da arrecadação atual. Não faz sentido uma despesa paga a título de CSLL ter que integrar a base de cálculo do IRPJ que tem como pressuposto um acréscimo patrimonial.

(c) Contenção do poder normativo de órgãos administrativos fiscais

A fúria legislativa de órgãos administrativos fiscais nas três eferas impositivas há de ser limitada para a edição apenas de normas internas. Tudo o mais deve ser regulamentado somente por Decreto do Executivo, porém, nos exatos limites das leis que devem ser claras. Qualquer excesso há de ser sustado por Resolução da respectiva Casa Legislativa como permite a Constituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

(d) Obrigatoridade da instituição da compensação tributária

Deve se tornar obrigatória a compensação tributária prevista no art. 170 do CTN, concedendo aos entes políticos um prazo certo para regulamentá-la, a fim de abaixar o incrível montante da divida ativa estocada e diminuir o elevado índice de inadimplência dos contribuintes, sem capacidade contributiva para suportar a pesada carga tributária em um momento de profunda recessão econômica. Cada ente político deverá definir na respectiva LOA o montante do tributo a ser compensado em cada exercício (pode ser valor fixo ou percentual da receita tributária prevista).

Decorrido o prazo de regulamentação, ante a omissão do ente político oa contribuinte terá direito à compensação por iniciativa própria, comunicando o fato ao fisco competente.

(e) Estímulo à transação tributária

Essa modalidade de extinção do crédito tributário que tem previsão no art. 171 do CTN, mas ela não vem sendo implementada pela maioria dos Estados e Municípios. Somente no Município de Blumenau é que se tem notícia de sucesso com a implantação da transação tributária. A não regulamentação da transação tributária seria apenada com sanções políticas contra entes políticos omissos, proibindo o recebimento de transferências voluntárias a que alude o art. 25 da LRF, bem como a obtenção de avais do Tesouro para operações de crédito.

(f) **Aumento da eficiência dos órgãos da Administração destinados à cobrança de tributos**

É patente a carência de recursos materiais e pessoais dos órgãos incumbidos da cobrança de tributos. Nenhuma das Procuradorias Fiscais (da União, Estados e Municípios) conta com a quantidade de pessoal compatível com o volume de estoque da dívida ativa. Nenhuma delas conta com serviço de localização de devedores e de seus bens, impedindo a seleção qualitativa das execuções fiscais a serem ajuizadas.

Na busca da eficiência da execução forçada seria de todo conveniente uma ligeira alteração na Lei nº 6.830/86, inserindo como requisito da inicial a juntada de termo de penhora administrativa, conforme proposta que fizemos no passado, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

que o Judiciário não se transforme em órgão de localização do executado e de seus bens, prejudicando o andamento regular das execuções de devedores solventes.

(g) **Retirada gradual dos incentivos fiscais**

Os incentivos fiscais vêm causando um rombo anual de mais de 20% da receita tributária. Pagamento de tributos é dever de todos. Os empresários precisam se acostumar a andar com as próprias pernas e não com as do povo em geral que vive em condições desconfortáveis, senão em miséria. As desigualdades regionais ou sociais devem ser resolvidas por meio de políticas públicas adequadas, a serem implementadas com os recursos provenientes da arrecadação tributária. Os tributos devem ter por função primordial prover o erário para que o Estado possa alcançar os seus fins. A eternização dos incentivos à ZFM (mais de 80 anos) não faz sentido. Se não se desenvolveu os pólos industrial, comercial e de agronegócios até hoje isso não irá acontecer mais, porque os empresários lá estabelecidos estão se transformando em agentes exportadores de créditos fiscais para empresários situados fora da ZFM. É preciso avaliar o custo/benefício.

(h) Fixação de prazo máximo de três anos para finalização do processo administrativo tributário

Atualmente não há prazo legal para finalização do processo administrativo tributário, por conta da jurisprudência de nossos tribunais que fixaram a tese da fluência do prazo prescricional para cobrança do crédito tributário tão somente após o esgotamento do prazo de pagamento voluntário, depois da notificação da decisão administrativa final. O tempo de duração do processo depende de ato potestativo da Fazenda. Não é por acaso que a União mantém um estoque de dívida ativa da ordem de R$1.8 trilhão.

Urge fixar um prazo legal de forma expressa, embora implícita no CTN, estipulando o tempo razoável de três anos, findo o qual o recurso do contribuinte será considerado provido e o recurso da Fazenda será considerado como não provido. Uma Medida Provisória no governo Lula foi baixado nesse sentido, para resolver o problema do represamento de recursos das partes no Ministério da Previdência Social, para decidir sobre a renovação do CEBAS para fins de isenção da contribuição social das entidades filantrópicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

(i) Proibição de alteração da legislação tributária mais que duas vezes ao ano

É preciso fixar em nível de lei complementar a proibição de alterar a legislação tributária por mais de duas vezes ao ano, sendo obrigatória a sua consolidação até o dia 31 de janeiro de cada exercício, sob pena de sanções políticas (proibição de receber transferências voluntárias e aval do Tesouro nas operações de crédito. Frequentes alterações da legislação tributária torna complexa e caótica essa legislação e traz insegurança jurídica, além de equívocos na jurisprudência que nem sempre consegue acompanhar a dinâmica das modificações legislativas.

4 Reforma tributária por meio de emendas pontuais

No nível constitucional basta alguns pequenos ajustes por meio de emendas pontuais, sem mexer na estrutura do Sistema Tributário Nacional, como adiante enumerados:

(a) Lei complementar para definir fato gerador de contribuição social

Bastará simples acréscimo do inciso IV, ao art. 146 da CF para colocar sob reserva de lei complementar a definição de fato gerador de contribuição social, a fim de por termo à prática legislativa de instituir impostos inominados ou taxas inconstitucionais sob a roupagem de contribuição social, burlando o princípio discriminador de impostos. Isso aconteceu com o antigo IPMF convolado em CPMF, e também, com a taxa de iluminação pública convolada em contribuição para custeio de iluminação pública, ferindo a natureza dessa espécie tributária que tem ínsita a prestação de um benefício específico.

(b) Vedar o emprego de medida provisória em matéria tributária

Bastará simples acréscimo do inciso V ao elenco do art. 62 da CF. A MP viola o princípio da legalidade tributária (*nullum tributum sine praevia lege*), além de concorrer para conferir dinamismo caótico à legislação tributária. Na hipótese de rejeição da MP quem pagou o tributo não recebe de volta e quem não pagou não precisa mais pagar, incorrendo na violação do princípio da isonomia, além de atentar contra a moralidade pública.

c) Proibir a tributação por dentro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Bastará simples inserção do 8º ao art. 150 da CF para vedar a inclusão do valor do tributo na sua base de cálculo e na base de cálculo de outros tributos. Todos os tributos seriam de incidência por fora conferindo a transparência tributária referida no § 5º, do art. 150 da CF para que o consumidor possa aferir o peso da tributação que está suportando na compra de mercadorias e no recebimentos dos serviços prestados. Acabaria com o contingente de inadimplentes e de sonegadores fiscais à medida que o não pagamento do tributo reservado ao fisco caracterizaria apropriação indébita.

É preciso superar a cultura da nebulosidade tributária que conduz à política de tributação exacerbada de forma enrustida, que transforma, por exemplo, a alíquota legal de do ICMS de 18% em uma alíquota real de 21,95%. Com a tributação por fora as infindáveis discussões judiciais em torno de exclusões da base de cálculo dos diferentes tributos que tomaram conta dos tribunais desaparecerão de vez, abrindo espaço para o Judiciário ocupar-se de outras questões mais relevantes. Como está calcula-se que as discussões prosseguirão por mais de meio século. O cálculo do IBS por fora, da forma como se acha redigido na PEC nº 45/19 será inexequível.

(d) Proibir efeito modulatório

A modulação de efeitos em matéria tributária, prática observada no STF como decorrência do longo tempo consumido para o julgamento do mérito de um processo em que não foi conhecida ou concedida a medida cautelar, ofende, às escâncaras, os princípios da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva e da vedação do efeito confiscatório.

De outro lado, a vedação traria um efeito educativo aos governantes que deixariam de instituir ou majorar tributos de forma manifestamente inconstitucional contando com a morosidade do Judiciário. A modulação de efeitos vem estimulando os governantes na instituição ou majoração de tributos de forma inconstitucional na certeza da morosidade do Judiciário e da impunidade.

Enfim, são emendas que não destroem o Sistema Tributário vigente como fazem as PECs nºs 293-A/04 e 45/19 em discussão no Congresso Nacional. Ao contrário, mantêm os conceitos formados ao longo de mais de três décadas pela doutrina e jurisprudência e aperfeiçoam a estrutura do Sistema Tributário Nacional,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

tão bem esculpido pelo legislador constituinte original de 1988, concorrendo para conferir transparência, segurança jurídica e eficiência ao Sistema Tributário, aumentando o volume da arrecadação tributária sem majorar as alíquotas ou a base de cálculo dos tributos.

5 Considerações finais

Uma reforma radical do Sistema Tributário Nacional é tarefa do legislador constituinte originário, quando se fará um novo pacto federativo para a distribuição da renda tributária. E deve ser precedida de um estudo feito por profissionais com larga experiência no trato com a matéria tributária que conheçam o Sistema Tributário vigente habilitando-os a identificar as virtudes a serem preservadas e os defeitos a serem eliminados. É preciso, também, que esses profissionais conheçam de perto e em profundidade a jurisprudência de nossos tribunais, a fim de apontar os pontos polêmicos do Sistema Tributário em vigor que mais demandas judiciais estão provocando, ao ponto de absorver cerca de 60% do tempo reservado ao Judiciário para dirimir conflitos de natureza tributária. Sem enfrentar essas questões multiplicadoras de demandas, a médio prazo, o STF estará atolado no meio do cipoal de normas constitucionais de natureza tributária e de outras que não têm natureza constitucional, mas que são transplantadas para o bojo da Constituição Federal.

Tudo indica que o momento atual, caracterizado pela recessão econômica, pela desarticulação do governo e pela falta de sintonia entre Parlamento e Executivo não é adequado para implantar um novo Sistema Tributário incerto e de difícil operacionalização que convive simultaneamente com o atual Sistema Tributário por longos quinze anos (PEC nº 293-A/04) ou por dez anos (PEC nº 45/19). O certo é o Executivo e o Legislativo agirem em harmonia em torno da Reforma. Não faz sentido o Poder Legislativo conferir andamento célere às duas propostas de sua iniciativa, enquanto o Executivo está elaborando outra proposta de Reforma Tributária, somente para reafirmar a insatisfação e a independência do Legislativo frente ao Executivo. Outrossim, nenhuma preocupação de marcar passagem na história deve influenciar na aprovação da Reforma que não se faz com a vaidade, mas com a verdade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A OBRIGAÇÃO DO ESTADO NA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

KARINA RODRIGUES GOMES: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a obrigação do Estado na distribuição de medicamentos e a interferência Judiciária para a garantia do direito à saúde, como rege a Constituição Federal de 1988, no geral estabelece que a saúde é dever do Estado e direito dos cidadãos. Essa postura do Judiciário serve para cuidar e preservar os direitos das pessoas que têm sua voz interrompida no dia-a-dia. Este estudo está orientado a partir da disposição constitucional onde mostra a importância da prestação de serviços públicos de qualidade para a redução de doenças e mortes. Tendo em vista que o acesso à medicação deve ser calculado para não haver uso de forma irracional, existindo assim a Assistência Farmacêutica assegurando o controle através de programas governamentais direcionados para cada grau de enfermidade, acompanhado cada doença e seu nível de complexidade. Vale destacar que os direitos são coletivos para a sociedade como todo. Para realização deste trabalho, o método utilizado foi feita a pesquisa exploratória bibliográfica, que é muito indicada para o estudo do tema, no qual explorou diversos tópicos centrais acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito a saúde; Omissão do Estado; Intervenção do Judiciário.

ABSTRACT : This paper aims to show the State's obligation in the distribution of medicines and judicial interference to guarantee the right to health, as governed by the Federal Constitution of 1988, states that health is the duty of the State and the right of citizens. This position of the Judiciary serves to care for and preserve the rights of people who have their voice interrupted in the day to day. This study is oriented from the constitutional provision where it shows the importance of providing quality public services for the reduction of diseases and deaths. Given that access to medication should be calculated so that there is no use in an irrational way, there is thus Pharmaceutical Assistance ensuring control through government programs directed to each degree of illness, accompanied by each disease and its

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

level of complexity. It is worth mentioning that rights are collective for society as a whole. To perform this work, the method used was the exploratory bibliographic research, which is very suitable for the study of the subject, in which he explored several central topics on the subject.

KEY WORDS: Right to health; Omission of the State; Intervention of the Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

Ao falar em saúde pública, no Brasil, são nítidos diversos problemas enfrentados por quem procura atendimento nas unidades, seja falta de médicos, superlotação, falta de vagas, entre outros problemas, em relação ao fornecimento de medicamentos não é diferente. O princípio da dignidade humana e a importância do direito à saúde, que é um dos nossos maiores bens. A saúde pública no Brasil está prevista pela Constituição Federal no artigo 196 como um direito que deve ser garantido pelo Estado como um direito fundamental.

O primeiro tópico destaca o Direito a saúde como principio constitucional, o segundo destaca o Sistema Único de Saúde – SUS, o início da sua existência e os princípios básicos e a atenção farmacêutica. Já no terceiro tópico vamos analisar sobre a política de distribuição de remédios, e no quarto e último, a intervenção do Poder Judiciário para a garantia de direitos à saúde.

Esse presente artigo busca mostrar a importância e a relevância da saúde pública e quando não cumprida de forma amigável, seja pela impossibilidade de atender ou simplesmente por negligência, é necessária à intervenção do Poder Judiciário para que se faça presente o direito regido pela Constituição, ou seja, a efetivação do direito básico a saúde.

2 DIREITO A SAÚDE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Mesmo sendo direito de todos garantido pela Constituição Federal de 1988, a saúde pública encontra dificuldade na sua efetividade e vem ganhando cada vez mais a pauta de desafios para a sociedade. Assim, pode-se perceber que a judicialização nos casos do direito fundamental à saúde vem crescendo cada vez mais. É estranho pensar que para ter um direito essencial à vida é necessário que haja a intervenção de advogados, promotores, defensores públicos e juízes onde deveria ser só médicos, enfermeiros e hospitais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pois bem, e de acordo com essa mesmo Constituição, a dignidade humana deve ser assegurada de forma respeitosa e primordial, e todos são dignos do mesmo direito. Desse modo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana consiste em defender um indivíduo que se encontre em situação de indignidade, e não oferecer saúde básica a todos é uma forma de violar esse princípio. A saúde consiste na concretização de uma qualidade de vida sadia, uma vida com dignidade, com a garantia dos direitos. Segundo com Schwartz, a saúde é:

> *Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento à aferição à realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar. (SCHWARTZ, 2001, p. 43).*

O direito à saúde existe para todos, e quando ele não é cumprido há uma interferência do Poder Judiciário, no qual assegura que cada cidadão tenha seu direito fundamental garantido.

> *Os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). [...] a distinção é de que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal. (SARLET, 2006, p. 35 e 36).*

A saúde é um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indisponível para sua existência, seja como elemento agregado a sua qualidade (SCHWARTZ, 2001, p. 52). A Constituição Federal de 1988 especificamente no artigo 1º, inciso III, assegura que:

> *Art. 1º - 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:*
>
> *III - a dignidade da pessoa humana.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Segundo a visão de Morais (2005, p. 27 e 28) os direitos fundamentais, são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais, efetivos, interdependentes e complementares.

Os direitos fundamentais são divididos em três gerações sucessivas, como afirma Celso de Mello:

> *Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis pela nota de uma essencial inexauribilidade (MELLO, 1995, p. 39).*

Os direitos de primeira geração são classificados como direitos e garantias individuais, podendo ser chamados de liberdades públicas. Já os direitos fundamentais de segunda geração são os chamados de direitos sociais, econômicos e culturais. E os direitos fundamentais de terceira geração são considerados os que envolvem os princípios da fraternidade e da solidariedade, visando à proteção dos interesses coletivos. A dignidade da pessoa humana passou a ter valor fundamental com a universalização dos Direitos Humanos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU em 1948. (MENDES, 2011, p. 69).

Valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. Tamanha é a importância desse fundamento que ele se torna a base de muitos outros direitos fundamentais como o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem e à saúde (MORAES, 2005, p. 27).

Baseado nesse entendimento o autor Kimura (2005, p. 394) afirma que:

> *O direito à vida, elementar e essencial no âmbito dos direitos fundamentais envolve dois enfoques: (a) Direito à existência – refere-se ao direito de sobreviver, de defender, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável; (b) Direito à dignidade – corolário do direito*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *à existência – figura o direito de desfrutar a vida com dignidade (KIMURA, 2005, p. 394).*

Nessa linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana deve ser sempre preservada e protegida, e para isso, vamos entender um pouco sobre o Sistema Único de Saúde e sobre a Assistência Farmacêutica adiante.

3 SISTEMA ÚNICO DE SÁUDE (SUS) E A ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

O Sistema Único de Saúde, mais conhecido como SUS, como o próprio nome já diz, é um sistema de saúde que foi criado e executado no Brasil após a reforma sanitária surgido em razão da inadequação do sistema de saúde da época.

A administração é composta pelo Governo Federal, Estado e Municípios, cada um tem suas responsabilidades. Atendendo serviços básicos, de média e de alta complexidade, os serviços urgência e emergência, atenção hospitalar, ações e trabalhos das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica com acesso totalmente gratuito para a população do país, focado na saúde de qualidade. O Ministério da Saúde é o gestor a nível nacional do SUS, formula, normatiza, fiscaliza monitora e avalia políticas e ações juntamente com o Conselho Nacional de Saúde.

> *À direção nacional do SUS, atribuiu à competência de 'prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional' (art. 16, XIII), devendo 'promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal' (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei n° 8080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde. (art. 18, 1 e III). (Brasil, lei 8.080 de 1900).*

Vale ressaltar que o SUS, não é somente uma prestação de serviços assistenciais, Vasconcelos e Pasche (2006) afirmam que:

> *O SUS não se resume a um sistema de prestação de serviços assistenciais, mas um sistema complexo com responsabilidade de*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *articular e coordenar ações promocionais e de prevenção. Que o SUS possui fundamentos legais explicitados no texto da Constituição Federal de 1988. É também responsável pela oferta do conjunto de atenção à saúde que reúne, além de ações promocionais, ações preventivas e assistenciais. (VASCONCELOS e PASCHE, 2006, p. 531).*

O SUS têm princípios básicos e fundamentais, que são tratados como regras ou leis que não podem e não devem ser quebradas, são eles: universalização, equidade, integralidade, regionalização, hierarquização da rede, participação social, descentralização, resolubilidade, complementariedade do setor privado e controle social.

No sentido da universalização, a saúde é um direito de todas as pessoas, independente da atividade, custo ou complexidade. O SUS deve atender sem distinção e sem qualquer tipo de discriminação para que todos tenham acesso digno e igualitário.

> *[...] o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, renda, ocupação ou outras características sociais ou pessoais. O SUS foi implantado com a responsabilidade de tornar realidade este princípio. (CUNHA; CUNHA, 1997, p. 301).*

Já a equidade é um princípio que envolve generosidade, solidariedade e convivência entre diferentes e diferença. É tratar diferente, pessoas diferentes para que se tenha direitos iguais. Objetiva-se a diminuir desigualdades. Este princípio visa reconhecer as condições de vida das pessoas e suas necessidades, para reduzir os impactos na saúde pública. O atendimento deve acontecer independente da situação em que se encontra o paciente, garantindo assim, um atendimento humanizado. Teixeira (2005, p.5) afirma que:

> *Vale destacar o princípio da Equidade, tendo em vista que este princípio geralmente encontra-se em evidência, principalmente quando se refere a reformas no sistema de saúde. A noção de equidade diz respeito à necessidade de se "tratar desigualmente os desiguais" de modo a se alcançar a igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma dada[...] O ponto de partida da noção de equidade é o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais e o reconhecimento de que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser superadas. Em saúde, especificamente, as desigualdades*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *sociais se apresentam como desigualdades diante do adoecer e do morrer, reconhecendo-se a possibilidade de redução dessas desigualdades, de modo a garantir condições de vida e saúde mais iguais para todos. TEIXEIRA (2005, p. 5).*

A integralidade significa que os serviços vão estar integrados, ou seja, funcionando em rede. A saúde é um todo, envolve desde o aspecto biológico, social, econômico a até espiritual. Considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. É dever do Estado, atender de forma integral, é um dos pilares do SUS.

Quanto ao principio da regionalização a população deve estar vinculada a uma rede de serviços, hierarquizados, organizados por região com área geográfica definida. É um processo de articulação entre serviços existentes com comando unificado.

A hierarquização da rede compreende-se como a hierarquização dos serviços, para classificá-lo de acordo a sua complexidade.

No que tange a participação social, a população, por meio de entidades representativas deverá participar do processo de formulação das politicas públicas de saúde, da execução e implantação.

A descentralização significa que as pessoas estão fora do centro, ou seja, no contexto do SUS, próximo de todas as pessoas. Redistribuição de responsabilidades, quanto às ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo.

O ideal é que os serviços estejam próximos da população para atender a todos em qualquer horário.

Em relação à resolubilidade, a rede de saúde precisa estar organizada e estruturada para dar soluções aos indivíduos quando buscarem. Ela de ser capacitada para enfrentar e resolver problemas individual ou coletivo**.**

Já em relação à complementariedade do setor privado, a Constituição Federal define que, quando por insuficiência do setor público, for necessária a contratação de serviços privados. O interesse público prevalece sobre o privado. A instituição privada deverá estra de acordo com os princípios básicos e normas técnicas do SUS.

O Controle Social bem feito pode garantir que a população possa participar do processo de construção do SUS e decidir sobre o funcionamento dos serviços de saúde bem feito, como ou onde vai ser implantado uma nova Unidade de Básica de Saúde (UBS), ou o melhor horário de funcionamento de um serviço.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Controle Social pode ser feito dentro da instância do SUS, como nos Conselhos de Saúde ou nas Conferências de Saúde. Os Conselhos são grupo de pessoas que ajudam a tomar decisões sobre o funcionamento do SUS. O Controle Social se organiza formalmente nos Conselhos locais de saúde, que são as pessoas da comunidade.

As Conferências de Saúde se reúnem a cada quatro anos com a representação de vários grupos da comunidade, como: associações, sindicatos, igrejas, entre outros. Essas Conferências avaliam a situação de saúde do Brasil inteiro e ajudam a propor soluções ou regras para as políticas de saúde.

A Constituição Federal/1998 é clara no que se refere à saúde. Ela cita que a saúde é dever do Estado ofertar um serviço público de qualidade, de caráter igualitário para todos. É bom ressaltar que além da Constituição Federal, existe a Lei nº 8.080 de 1990 que regula o Sistema de Saúde.

Os autores Vasconcelos e Pasche (2006, p.531) afirmam que:

> *O Sistema Único de Saúde (SUS) é o arranjo organizacional do Estado brasileiro que dá suporte à efetivação da política de saúde no Brasil, e traduz em ação os princípios e diretrizes desta política. Compreende um conjunto organizado e articulado de serviços e ações de saúde, e aglutina o conjunto das organizações públicas de saúde existentes nos âmbitos municipal, estadual e nacional, e ainda os serviços privados de saúde que o integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema, de forma complementar, quando contratados ou conveniados para tal fim.(VASCONCELOS e PASCHE, 2006, p. 531).*

Dentro dos atendimentos prestados pelo SUS, existe também o fornecimento de medicamentos que é indispensável na contribuição para o funcionamento e dê resultados positivos nos atendimentos do SUS.

A Assistência Farmacêutica iniciou em 1971 pela Central de Medicamentos - CEME. Esta tinha por objetivo o fornecimento de medicamentos à população sem condições econômicas para adquiri-los e era caracterizado por uma política centralizada de aquisição e distribuição de medicamentos (CONASS, 2007). Ela engloba um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde tanto individual como coletiva tendo o medicamento como uso essencial e visando se acesso de uso racional. Tais ações consistem em promover a pesquisa o desenvolvimento de medicamentos e insumos, bem como sua seleção,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

programação, aquisição, distribuição e avaliação de sua utilização na perspectiva de resultados concretos e na melhoria da qualidade de vida da população.

No âmbito do SUS, os medicamentos disponíveis no tratamento de doenças ou de agravos são aqueles padronizados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, as responsabilidades das instâncias gestoras do SUS, Federal, Estadual e Municipal estão definidas em três componentes: básico, especializado e estratégico. Para esses três componentes, temos os seguintes modos de organização da Assistência Farmacêutica no SUS:

Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos – DAF, vinculado a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) tem como principal objetivo a execução de ações que garantem e ampliem o acesso à população a medicamentos que tenham qualidade, segurança e eficácia, promovendo seu uso racional sob orientação técnica e em estreita consonância com a política nacional de saúde de Assistência Farmacêutica.

Subordinados ao DAF, temos os componentes: básico, especializado e estratégico. O componente básico é financiado pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios e está relacionado aos medicamentos e insumos da Assistência Farmacêutica da atenção básica da saúde e aqueles relacionados a agravos e problemas de saúde específicos e refere-se a acesso a medicamentos primordiais para a qualidade e preservação da vida dos usuários. Os medicamentos que competem a esse programa são referentes a doenças como hipertensão, diabetes, infecções, doenças respiratórias, pneumonia, asma e alergias, e são fornecidos pela Unidade Básica de Saúde dos Municípios e do Estado. Esse programa foi financiado pela criação do Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica por meio da Portaria 176/1999 do Ministério da Saúde;

A Assistência Farmacêutica é descrita como:

> *Grupo de atividades relacionadas com o medicamento destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e o controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos. (BRASIL. 2007, p.16.)*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CEAF foi consolidado em 2009 e desde então têm sido consolidado como uma importante estratégia na garantia do acesso ao medicamento no SUS. Sua principal garantia é a integralidade total do tratamento medicamentoso para todas as doenças contempladas no CEAF. No sentido do tratamento medicamentoso o componente especializado se relaciona diretamente com o componente básico, pois o tratamento para muitas das doenças contempladas, deve ter tratamento iniciado na atenção básica, isso contribui para a garantia da integralidade e facilita a divisão de responsabilidades entre os entes federados. Os medicamentos são divididos em três grupos com características, responsabilidades e forma de organização são de formas distintas.

O primeiro grupo o financiamento está sob responsabilidade exclusiva da União, é constituído por medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o componentes e por aquele indicados para doenças mais complexas, para os casos de intolerância para a primeira e a segunda linha de tratamento e para aqueles que se incluem em ações de desenvolvimentos produtivos no complexo industrial de saúde. Programa de Medicamentos Especializados, necessário às doenças que exijam tratamento diferenciado, de alto custo e destinado aos pacientes que não possuem recursos para arcar com o tratamento. Doenças como artrite reumatoide, parkinson, entre outras.

> *A assistência farmacêutica deve ser garantida para todos e não deve haver redução de gastos nesse setor, mas é obrigação dos gestores públicos realizá-la da forma mais eficiente, segura e equitativa possível. (BLIACHERIENE e SANTOS, 2010, p. 71).*

O segundo grupo é constituído por medicamentos que a responsabilidade de financiamento é das Secretarias de Saúde. O terceiro grupo é constituído por medicamentos cuja responsabilidade do financiamento é tripartite, sendo a aquisição e a dispensação sendo de obrigação dos munícipios sob regulamentação da Portaria nº 1.555, de 30 de julho de 2013 que aprova a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Considerando os medicamentos dos grupos um, dois e três, atualmente o CEAF é composto por 196 fármacos em 387 apresentações farmacêuticas indicados para o tratamento das diferentes fases evolutivas das doenças contempladas.

O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica – CESAF destina-se a garantia do acesso equitativo a medicamentos e insumos para a prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças de perfil endêmicas, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

importância epidemiológica, impactos socioeconômicos que acometam populações vulneráveis, ele visa controlar epidemias e envolve os medicamentos usados para tratar doenças como cólera, tuberculose, leishmaniose, doenças sexualmente transmissíveis, entre outras.

O financiamento desses medicamentos é feito pelo Ministério da Saúde que os distribui de acordo com a necessidade de cada município. As secretarias de saúde levantam a real precisão de medicamentos e fazem a solicitação ao Ministério da Saúde.

São garantidos também medicamentos para Influenza, HIV/AIDS, doenças hematológicas, tabagismo, deficiências nutricionais. Além de vacinas, soros e imunoglobulinas.

Os medicamentos são financiados adquiridos pelo Ministério da Saúde sendo distribuído pelos Estados e Distrito Federal. Cada instância tem um papel diferente em relação aos medicamentos estratégicos. Sendo o papel do Ministério da Saúde os protocolos de atendimentos, planejamento e programação, financiamento e aquisição centralizada, e distribuição aos Estados/municípios. O papel das Secretarias Estaduais de Saúde é o armazenamento, distribuição ás regionais ou a municípios e a programação. Por último o papel das Secretarias Municipais de Saúde, que é o armazenamento, distribuição às Unidades de Saúde, programação e a dispensação.

A Política de Assistência Farmacêutica é estabelecida e assegurada pelo SUS, previsto no §1º do art. 198 da Constituição Federal. Esse acesso a medicamentos é de total importância e relevância garantindo e preservando vidas e é um direito universal. Ocorre que tal direito deve ser regulamentado, para que os recursos destinados sejam utilizados de maneira mais racional, garantindo uma cobertura de medicamentos cada vez maior. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 144).

Portanto, quando essas políticas públicas não são cumpridas de forma direta e que garantam a saúde e a conservação da vida, é necessária a intervenção do Poder Judiciário como será mostrado a seguir.

4 A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE DIREITOS A MEDICAMENTOS

Embora seja tudo bastante simples e bonito na teoria, às vezes a prática é bem mais difícil e é necessário a interferência Poder Judiciário para resolver questões que são de direitos da população, como rege a Constituição Federal de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A judicialização da saúde é quando um paciente ou um familiar entra com uma ação na justiça para reivindicar direitos e puder ter ao acesso a saúde de forma gratuita e igualitária, muitas das vezes, essa é a única forma de que esse paciente se tenha acesso ao tratamento de maneira precisa. Infelizmente é um processo longo e que pode demorar e enfrentar uma batalha judicial para ter acesso a um tratamento e enfrentar uma doença não é fácil, existem questões burocráticas e é bastante desgastante. Em alguns casos alguns pacientes até vão a óbito.

Para iniciar a judicialização é necessário recorrer a Defensoria Pública ou a o Ministério Público Estadual onde é prestada assistência gratuita a pessoas que não tenham condições de pagar por esse serviço ou aqueles que têm condições podem recorrer a um advogado particular.

Em meio a tudo isso, existe a reserva do possível, que é sempre a tese da defesa do Estado, expressão que surgiu em 1972, com um julgamento de um caso emblemático, pela corte constitucional alemã. Um grupo de jovens queria ingressar na faculdade, mas a corte alemã não garante expressamente o direito à educação superior, o grupo entrou com uma ação judicial alegando que se não tivesse garantido o acesso às universidades, não poderiam escolher livremente suas profissões, no qual este sim é um direito consagrado na constituição alemã, o tribunal reconheceu que o acesso às universidades era realmente muito importante e desejável para o fiel exercício da escolha profissional.

No entanto, ele afirmou que era inviável se exigir que o Estado forneça para todos esses acessos por uma questão de reserva do possível. O Estado não tem como atender todas as demandas sociais, devendo se concentrar naquilo que é taticamente possível.

Nesse caso a decisão do tribunal teve foco em quanto um individuo pode exigir da sociedade verificando se essa pretensão é ou não razoável. Assim a reserva do possível acabaria atuando como uma espécie de limites individuais em face dos direitos sociais.

> *[...] para o Tribunal Constitucional Federal, mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são, desde o início, restringidos aquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando exigir da coletividade [...] (LAZARI 2016, p. 60).*

Essa teoria não teve foco na questão financeira e orçamentária, o que aconteceu quando ela foi trazida para o Brasil, o que significa que a prestação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

alguns direitos sociais por parte do Estado estaria condicionada a existência de recursos, ou seja, de dinheiro nos cofres públicos. Assim, uma eventual não realização de algum direito social, teria como fundamento a insuficiência de recursos, o que é muito comum na questão de judicialização mínimo de políticas públicas, especialmente em temas como saúde e educação.

> *[...] No Brasil, portanto [a reserva do possível], passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática.(TORRES 2009, p. 110).*

Volta e meia o poder público alega que não pode concretizar os direitos sociais por falta de verbas. Como a implantação dos direitos sociais depende de recursos, o Governo usa a justificativa da reserva do possível. Segundo esses princípios os direitos sociais devem ser efetivados na exata medida que isso seja possível. A impossibilidade financeira deve ser comprovada, a reserva do possível não pode ser usada de forma irregular.

Lazari afirma que:

> *A reserva do possível assunto intrinsicamente relacionado ao "custo dos direitos", consiste num conceito originário e antologicamente despretensioso na limitação argumentativo fático a implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão da insuficiência orçamentaria para tal. (LAZARI 2016, p. 60).*

O Supremo Tribunal Federal (STF) considera que o Judiciário pode sim impor a administração pública a obrigação de tomar medidas que assegurem a dignidade da pessoa humana. Para fazer um contraponto existe o Mínimo Existencial que seria um conjunto de bens indispensáveis a uma vida digna e que o Estado deve obrigatoriamente fornecer, sem poder se esquivar de sua obrigação, ele prega que mesmo estando num quadro de falta de recursos, o Poder Público deve garantir um mínimo necessário para a existência da população. O Mínimo Existencial é muito usado em sentenças judiciais para o fornecimento de medicamentos. O STF admite

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

até mesmo o bloqueio de verbas públicas para assegurar o fornecimento de medicamentos aos necessitados em prol do direito à vida e a saúde.

Rafael de Lazari (2016, p.98) apresenta o mínimo existencial de forma simples:

> *Numa conceituação simplória – e de reducionismo apriorístico -, pelo mínimo existencial entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada. (LAZARI 2016, p. 98).*

Ele ainda diz mais sobre o assunto e o conceitua de forma bem mais elaborada

> *[...] subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal especifica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve sua origem), mas fruto da construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais mostra-se impossível a existência digna do homem. (LAZARI 2016, p. 110).*

Segundo Ricardo Lobo Torres (2006, p. 345):

> *O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, devendo-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana e igualdade. Ainda assim, tenta estabelecer a definição de mínimo existencial como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas. Ademais, na qualidade de direito fundamental, exibe as facetas de direito subjetivo e de norma objetiva. É direito subjetivo ao passo que investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa de seus direitos mínimos. Já do ponto de vistas de norma objetiva, o mínimo existencial surge como a norma de declaração de direitos fundamentais que deve cobrir o campo mais amplo das pretensões da cidadania. (TORRES 2006, p. 345).*

É normal quem queira uma prestação pública se arme do mínimo existencial por outro lado o Estado se defenda com a reserva do possível. Pelo principio da reserva do possível, as necessidades humanas são ilimitadas, porém o Estado deve sempre se ater a sua capacidade econômica financeira de atender essas necessidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), em 25 de abril de 2018 (Lei n.º 13.655/2018), ela passa a ter 30 artigos, os dez artigos inseridos vão falar sobre processos nas esferas judicial (todos os ramos e órgãos de qualquer instância do Judiciário), administrativa (órgãos da administração direta) e controladora (controle interno e externo, fazendo ligação com o Tribunal de Contas da União, Estado e Município) no qual veio trazer maior responsabilidade aos atos do Poder Público, no cumprimento de medidas infundadas onde se compreende que estas normas são para dar maior segurança jurídica e eficiência à atuação da Administração Pública.

O Judiciário tem a função de fiscalizar, para que as políticas públicas não se percam em promessas não cumpridas e corrigir desigualdades. A insuficiência de políticas públicas para uma melhor qualidade sanitária faz com que o Judiciário intervenha para corrigir desigualdades e eventuais falhas.

Para Schwartz (2001, p.148), os recursos destinados à saúde, no Brasil, são insuficientes para atender à demanda da população. Optam os governos, pelo ajuste das contas públicas em detrimento dos gastos sociais.

Dallari afirma que:

> *Não basta a existência de serviços destinados à promoção, proteção e recuperação sanitária adequados e em número suficiente, nem a existência de normas legais prevendo todas as hipóteses de agravo à saúde pública, se o Estado não tiver atingido um nível tal de desenvolvimento socioeconômico e cultural que lhe permita dispor de todos os recursos técnicos existentes, atender a todas as necessidades de infraestrutura e possuir uma população educada para a saúde. Assim o Estado subdesenvolvido que não possui todos os recursos técnicos conhecidos para o tratamento de certas patologias, que não dispõe de meios econômicos para promover o saneamento ambiental ou que não educou sua população para a saúde, não pode atingir o mesmo nível sanitário daqueles desenvolvido que já emprega tais recursos socioeconômicos e culturais (DALLARI 2002, p.154).*

Schwartz (2001, p. 156) diz que "Dentro do caráter sistêmico da saúde, a procura pela sua efetivação/solução não é problema apenas do Judiciário ou de um único estamento social, mas de todos os componentes do Poder e da sociedade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

[...]". Mais à frente ele ainda completa que, "Um dos fatores de maior importância da problemática efetivacional sanitária reside em seu aspecto político, na vontade de os Poderes implantarem políticas condizentes com o problema da saúde". (SCHWARTZ 2001, p. 156).

Fortalecendo a tese que o Judiciário é uma instituição democrática que atende e corrige possíveis erros cometidos pelos políticos e estreita a exclusão social das classes menos favorecidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se ao longo do presente trabalho, por meio de uma consistente base teórica, que os direitos fundamentais são de grande importância para a garantia de direitos do ser humano, direitos esses que são essenciais para a vida. A saúde é tão importante, que para ser garantida foi criado um artigo na Constituição, onde foi instituído o Sistema Único de Saúde - SUS, no qual permite atendimento de forma regionalizada, hierarquizada e descentralizada, onde tem papel importante para a concretização das políticas públicas, a saúde não é uma conquista, e sim uma responsabilidade do setor público.

Quando esses atendimentos não dão certo, como deveria, o Poder Judiciário intervém para fazer valer o que a lei determina, onde mostra que essa intervenção é o resultado da incompetência do sistema político para dar respostas aos problemas atuais da sociedade.

Num país que cresce e se desenvolve a cada dia que não garante os direitos básicos de vida ao ser humano, mostra que existem grandes desafios a serem superados e esse estudo quis contribuir com a relevância do assunto e demonstrar as responsabilidades pertinentes ao poder público, que são direitos do cidadão e que mostra que as políticas públicas devem ser revistas e intensificadas para a melhoria da qualidade do atendimento, fazendo um elo entre o equilíbrio financeiro e a direito do cidadão regido por lei.

No entanto, é importante ressaltar para que haja uma melhoria significativa nas condições precárias da saúde da população, é necessário que se intensifique as políticas públicas sociais, fazendo com que haja uma verdadeira conquista social e que seja comprometida com a qualidade de vida de todos e que seja capaz de reduzir os riscos de doenças que agravem à saúde e o Estado tem papel fundamental na proteção da vida e da dignidade humana para que se estabeleça uma sociedade saudável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que a demanda sanitária é maior do que os recursos de que o Estado dispõe para supri-la, necessitando assim da interferência do Poder Judiciário para garantir a universalização, equidade e a integralidade e cabe ao Poder Judiciário, a efetivação dos direitos existenciais da saúde, e faz-se necessário a participação da sociedade para manter o equilíbrio entre sociedade e jurídico para assim, fazer valer o direito constitucional atribuído. Compreendeu que os objetivos traçados e pretendidos para a realização do trabalho foram alcançados, visto que o acesso à saúde é de bem com comum de toda a população garantido de forma universal, contudo ainda são necessários maiores investimentos para uma saúde de qualidade e igualitária.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Jurídica UNIJUS, São Paulo, v. 11, n. 15, Nov/2008, p. 16.

BLIACHERIENE, Ana Carla e **SANTOS**, José Sebastião dos apud. **Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2007, p. 15.

BRASIL. Constituição/1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade-mécum universitário de direito. 8. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança, reforma agrária - imóvel rural situado no pantanal mato-grossense - desapropriação-sanção (cf, art. 184) - possibilidade - falta de notificação pessoal e previa do proprietário rural quanto a realização da vistoria (lei n. 8.629/93, art. 2., par. 2.) - ofensa ao postulado do dueprocessoflaw (cf, art. 5., liv) - nulidade radical da declaração expropriatória - mandado de segurança deferido. MS n. 22.164/SP. Impetrante: Antonio de Andrade Ribeiro Junqueira, Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 10 de out de 1995. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1606388>. Acesso em: 17 de março de 2019.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada, EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693Acesso em 10 de março de 2019.

CUNHA, J. P. P; **CUNHA**, R. E. **Sistema Único de Saúde: princípios**. In: CAMPOS, F. E; TONON, L. M; OLIVEIRA JÚNIOR, M. (Orgs.). Caderno Planejamento e Gestão em Saúde. Belo Horizonte: Coopmed (Caderno de Saúde, 2), 1997, p. 301.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. Revista Direito e Democracia/ Universidade Luterana do Brasil, Canoas, v. 3, n. 1, p. 7-42, jan/jun. 2002.

DISPONÍVEL em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 de março de 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional.** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 394.

LAZARI, Rafael de. **A reserva do Possível e Mínimo Existencial: A Pretensão de Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, **COELHO**, Inocêncio Mártires, **GONET**, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MORAES, Alexandre de.**Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 27.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35, 36 e 55.

SARLET, Ingo Wolfgang e **FIGUEIREDO**, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88.** Revista de Direito do Consumidor, 2008, p. 144.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde: efetividade em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 98.

TEXEIRA, C.F **Equidade, Cidadania, Justiça e Saúde.** Paper elaborado para o Curso Internacional sobre Desarrollo de Sistemas de Salud, OPS-OMS/ASDI. Nicarágua, 17 de abril a 6 de maio de 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.345.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110.

VASCONCELOS, Cipriano Maia de; **PASCHE**, Dário Frederico. **O Sistema Único de Saúde,** 2006, p.531.

---

[1]Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogada. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

www.conteudojuridico.com.br

REFORMA AGRÁRIA: O HOMEM EM BUSCA DA TERRA

BRUNA DE CARVALHO NUNES: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil. Fernandópolis.

DR. RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(Orientador)

RESUMO: A terra e o homem, com seus direitos humanos são destaques do que pretendemos desenvolver, haja visto que a terra sempre foi um bem muito significativo desde que a mesma passou a ser um lugar que poderia ser seu. O Estado, a partir desse momento, aparece como órgão de regulamentação, isto é, aquele que visa propiciar o bem comum. Iniciamos a referida proposta com o início da história humana, quando todos viviam em comunidades, buscando o essencial para a sobrevivência de todos. Enfatizamos a história dos diferentes povos e sua relação com a terra. Voltamo-nos com a vivência do homem em terras brasileiras, com a divisão do território brasileiro em grandes lotes, doados a donatários, as sesmarias, que deram origem ao que hoje chamamos de latifúndios. Destacamos as Constituições Federais que foram implementadas no Brasil, enfatizando a Constituição Federal de 1988, que salientou de forma significativa a questão da terra, da Reforma Agrária, das formas de desapropriação. Foram os movimentos sociais e suas características, destacando o MST – Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra. Analisamos a ânsia para a conquista da terra, os assentamentos, as invasões, muitas vezes truculentas, e os pequenos agricultores ambientalistas são expulsos de sua pequena propriedade.

Palavras-Chave: Terra; Homem; Latifúndios; Constituição; Desapropriação.

ABSTRACT: Land and man, with their human rights are highlights of what we intend to develop, since land has always been a very significant asset since it has become a place that could be yours. The State, from that moment, appears as a regulatory body, that is, that which aims to promote the common good. We began this proposal with the beginning of human history, when all lived in communities, seeking the essential for the survival of all. We emphasize the history of different peoples and their relationship with the land. We return with the experience of man in Brazilian lands, with the division of Brazilian territory into large lots, donated to

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

donatarios, the sesmarias, which gave rise to what we now call latifundia. We emphasize the Federal Constitutions that were implemented in Brazil, emphasizing the Federal Constitution of 1988, that emphasized in a significant way the land issue, the Agrarian Reform, the forms of expropriation. It was the social movements and their characteristics, highlighting the MST - Landless Workers' Movement. We look at the craving for land grabbing, settlements, often gruesome invasions, and small-scale environmentalist farmers are driven out of their small property.

Keywords: Constitutions; Agrarian Reform; Property; Invasions.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. A terra como objeto de desejo do homem. 2.1.1. Início da história do homem x terra. 2.1.2. A história dos diferentes povos em função de sua relação com a terra. 2.1.3. O homem e as terras brasileiras. 2.2. As constituições brasileiras e a reforma agrária. 2.2.1. Constituição federal de 1841 – o código civil. 2.2.2. Constituição federal de 1934. 2.2.3. Constituição federal de 1946. 2.2.4. Constituição federal de 1967. 2.2.5. Constituição federal de 1988. 2.3. Desapropriação. 2.4. Movimentos sociais. 2.5. O M.S.T e a luta pela terra. 2.6. A reforma agrária atualmente. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A terra sempre foi um bem para o homem desde que começou a viver em sociedade. A partir do momento "em que o homem chegou em um pedaço de terra e disse isso aqui é meu, criou-se a propriedade privada", conforme Rousseau (*apud* LIBERATO, 2003, p.15). Para viver em sociedade há necessidade da instalação de normas, através de um contrato social, que propicie a vivência harmônica entre os indivíduos. Criam-se então, regras e limites que cerceiam o livre arbítrio da pessoa para que seja possível criar uma paz social.

E, como principal órgão de regulamentação surge o Estado, que visa propiciar o bem comum da coletividade.

O objetivo primordial do que pretendemos enfatizar é analisar as soluções adotadas no Brasil para que os homens que incessantemente lutam por esse bem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que é a terra, que desde sempre significou status e riqueza, seja distribuída equitativamente entre os que nela possam trabalhar e produzir riquezas.

Antigamente o possuidor de terras era o grande detentor do poder. Atualmente não é tão diferente, haja visto que existem grandes proprietários de terras, detentores do poder, manipulando milhares de pessoas para poderem alcançar seus objetivos.

Especificamente nos deteremos à análise das várias Constituições Brasileiras que enfocaram o direito à terra e, em particular, vamos analisar os ditames previstos na Constituição Federal de 1988, que ressaltam aspectos significativos da reforma agrária, com a finalidade de buscar soluções relativas aos problemas da terra.

Analisar a política de assentamento proposta pela referida legislação que vai de encontro aos anseios dos movimentos sociais do homem do campo, que luta pela terra é nossa proposta, bem como a constatação de muitos conflitos que envolvem essa busca em todas as regiões brasileiras, e constata os recursos que o governo federal vem utilizando para resolver esse problema socioeconômico e político.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A terra como objeto de desejo do homem

2.1.1. Início da história do homem x terra

No início da história humana constatamos que todos viviam em comunidade, utilizando bens e objetos comuns. A terra e os instrumentos de convivência eram utilizados de forma coletiva, todos podiam usufruir, conforme critérios pré-estabelecidos.

A razão de tal fato era em função de que as tribos possuíam uma vida nômade, sem apego aos bens materiais e sem que os mesmos devessem pertence-los. Almejavam uma vida digna para sobreviverem. Buscavam o alimento, fato este que podia causar discórdia entre as pessoas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

As tribos e/ou comunidades chegam a um momento que o sedentarismo toma lugar da situação nômade em que viviam. Este foi o momento em que começam a pensar em delimitar o espaço territorial, principalmente aquele que propiciasse mais facilmente a conquista do alimento.

Conquistando novos espaços, as tribos se organizam em comunidades e começam a elaborar normas intensas, com delimitação de espaços, direitos e obrigações de cada um.

E a família, por dever e por religião fixa-se ao solo tanto como o próprio altar e este fortemente ligado ao solo, estreita relação se estabelece, portanto, entre o solo e a família.

Mais tarde, com a junção das várias comunidades, surge um novo contrato social, com direitos sobre as terras de cada comunidade e de cada pessoa.

2.1.2. A história dos diferentes povos em função de sua relação com a terra

No Egito cabia ao faraó, que representava os deuses diante dos homens, a distribuição da terra. A característica principal era o uso coletivo da terra.

Na Babilônia havia o Código de Hamurabi, que continha normas sobre a organização e distribuição da terra.

Tanto na Grécia como em Roma, a agricultura representou o principal modo de produção, sustentando as economias das grandes cidades. O direito à terra estava relacionado com a religião e a família.

Já, no sistema feudal, na Idade Média, vinculava-se o cultivador à terra cultivada, sistema este que se tornou dominante em toda Península Ibérica, durante séculos. A relação de compromissos entre o senhor feudal e o vassalo impedia que este fixasse em terras ainda sem donos. Mas, o direito passa a reconhecer interesse dos socialmente mais fortes.

Os senhores feudais possuíam não só poderes territoriais, como também poderes políticos. Eram os únicos titulares de direitos. Aos vassalos cabia os deveres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

de trabalhar, guerrear e de fidelidade. Havia uma situação de domínio jurídico-feudal.

Pode-se afirmar que o feudalismo foi o sistema econômico responsável pela concentração da terra e caracterização da propriedade como um direito subjetivo, absoluto, do indivíduo que a possui.

No sistema feudal disputava-se a primazia da terra, reconhecida como a principal fonte geradora de riquezas, cuja propriedade constituía privilégio do clero e da nobreza.

Com a superação do sistema feudal e com o crescimento das cidades, os conflitos passaram a ser mais frequentes, pois praticamente não existiam direitos destinados a uma parcela da população.

Afastou-se a ideia de que a terra possuía um caráter divino, ampliando para um significado de acumulação de riquezas, enfatizada pelo Capitalismo.

Neste momento a terra seria um bem a ser aquisicionado, passando a ter um caráter econômico a ser adquirido.

O capitalismo surge a partir do momento em que o excedente de produção passou a ser comercializado como fonte de renda. Os proprietários passam a utilizar suas terras e sua produção para a acumulação de riquezas. O direito à terra é mantido como um direito exclusivo, ilimitado e perpétuo.

Na Idade Contemporânea, em função de evidentes desigualdades sociais, o direito à terra passa a ter um cunho mais social.

2.1.3. O homem e as terras brasileiras

Com a vinda cabralina para o Brasil ficou o clero como um avalista das novas terras e um credor exigente da Coroa Portuguesa.

Joaquim Luiz Osório destaca que os índios eram legítimos senhores do território. No entanto, os reis de Portugal e Espanha, sabedores das terras brasileiras, dividem-na através de um ato jurídico, um tratado internacional em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

quinze grandes lotes, as chamadas capitanias, instaurando os donatários, que deviam realizar um pagamento do dízimo.

Esse sistema de sesmarias tinha como intuito a colonização da terra recém-descoberta, mas na realidade este regime visava reverter ao poder público lucros, pois os donatários deviam ter posses.

Apesar de não existir o intuito de reforma agrária, os objetivos das sesmarias foram atingidos: retirar todo lucro possível das terras.

Seguindo ao sistema das sesmarias aparece o Regime de Posses. Com este regime o indivíduo entrava na parte da terra, pública ou privada, cultivando-a, realizando melhorias, então, o seu título era reconhecido.

Com a concentração de terras pelas sesmarias, acabou determinando a criação de latifúndios, causando desconforto à população. As terras incultas passam a ser consideradas terras devolutas, isto é, terras sem ocupação, que não possuíram um título de propriedade legitimado pelo Poder Público.

Conforme o Decreto 1.318 de 30/01/1854, as terras devolutas passam a integrar o patrimônio público.

Após a Constituição de 1891, foi legado aos Estados, a competência para distribuição das terras volutas.

Vários movimentos sociais agrários tentam reivindicar as terras devolutas, isto é, objetivam extinguir os latifúndios e ter acesso às terras. Podemos afirmar que esses movimentos buscaram a Reforma Agrária.

Com a proclamação da República, em 1889, pouco mudou essa situação, isto é, grandes fazendas, muitas improdutivas, sem nenhum interesse social da terra, permanecendo como um fator de status e poder dos proprietários.

2.2. As constituições brasileiras e a reforma agrária

Sabedores somos que a reforma agrária é um programa constitucional de promoção de igualdade entre cidadãos ou grupos familiares que se dedicam à atividade rural, ou pretendem seguir a atividade rural.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

São elementos da Reforma Agrária a terra, a política agrícola e o homem. O homem que deve ser o centro das atenções em qualquer programa de reforma agrário. A reforma agrária não se faz apenas com a distribuição de terra. Implica uma política de desenvolvimento que priorize o homem, dando-lhe condições efetivas de aproveitamento da terra.

2.2.1. Constituição federal de 1841 – o código civil

Esta foi a primeira Constituição do Brasil – República e em seus ditames dispõe em seu Art. 72 no §17 " O direito da propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia".

> A constituição do Império de 1824 garantia a propriedade privada de forma absoluta. O proprietário tinha pleno direito de usar, fruir e dispor da propriedade de maneira que lhe aprouvesse, não estando adstrito a qualquer limitação imposta pelo Estado ou pela sociedade. (LIBERATO, 2003, p.49-50).

Agora, com a Constituição Federal de 1891, as terras devolutas, até então "nacionais" passaram a pertencer, igualmente, aos Estados em que estivessem situadas, ressalvadas aquelas incrustadas na faixa de fronteira e necessárias à defesa das fortificações, construções militares e estradas de ferro federais, seriam de domínio da União. Passaram essas terras a ter legislação própria em cada Estado, que baixaram suas leis dispondo sobre suas terras.

"Essa Constituição manteve a plenitude da propriedade privada, tendo restringido, no entanto, o direito absoluto em duas hipóteses, quais sejam a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. " (GODOY, 2003, p. 42).

2.2.2. Constituição federal de 1934

Essa Constituição inseriu no quadro brasileiro os direitos políticos, rompendo com a estrutura vigente, legando à comunidade uma situação mais socialista. Ampliou o leque das possibilidades de desapropriação da propriedade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

não mais encarando a terra como um direito absoluto de seu legítimo possuidor, mas como um direito social adstrito a certos limites impostos pelo Estado.

Então, a referida Constituição enfatizou não só a desapropriação por necessidade e utilidade pública, como também o uso da propriedade particular até onde o bem público o exija, em caso de guerra ou comoção intestina, com o direito de indenização posterior.

A Constituição Federal/1934 inspirou uma conotação social ao direito de propriedade.

2.2.3. Constituição federal de 1946

A quarta Constituição Brasileira da era republicana e quarta do país foi promulgada a 18/09/1946 e reflete de modo preciso todo o quadro social e político do mundo e do Brasil, quadro decorrente do mais sangrento conflito – a 2ª Guerra Mundial – que a face da Terra jamais conheceu, quando se confrontaram de um lado, o Eixo Berlim – Roma – Tóquio e, de outro lado, os aliados, que se uniram contra o espírito autoritário de Hitler, que pretendia dominar o mundo e impor pela força uma nova ordem, utópica e absurdo Reich de mil anos!

A Carta Magna de 1946 toma como paradigma o modelo delineado em nossa Primeira Constituição da República, conjugada com a orientação da Constituição de 1934.

A Constituição Federal de 1946 veio a inovar a Constituição de 1934, ampliando hipóteses cabíveis para desapropriação.

"A propriedade agora, deveria atender ao bem-estar sociável, isto é, estar consonante com o bem comum, o seu exercício deveria estar aliado aos interesses da sociedade. " (LIBERATO, 2003, p.59).

2.2.4. Constituição federal de 1967

A Constituição Federal de 1967 manteve o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, facultando-se ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

expropriador aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

> Constata-se que com a referida Constituição a função social da propriedade foi concebida como princípio de ordem econômica e social. Confirmemos os ditames do Art. 153, §22: " é assegurado o direito de propriedade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no Art. 161, facultando-se ao expropriador aceitar o pagamento em títulos da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior". (LIBERATO, 2003, p.51-52).

2.2.5. Constituição federal de 1988

"A referida Constituição Federal considerou a propriedade não como um direito absoluto, mas como um direito fundamental adstrito aos ditames impostos pelo poder público. " (LIBERATO, 2003, p.51-52).

A propriedade deixou de ser considerada como um direito individual ou como uma instituição de direito privado e passou a ser vista como uma instituição de ordem econômica ou como instituição das relações econômicas.

> Diferentemente das constituições que antecederam a Carta Magna de 88, que inseriam o direito de propriedade dentro do capítulo dos direitos em geral, inseriu o direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais, ressaltando a proteção dada a este direito e a importância do interesse social ínsito na propriedade. (LIBERATO, 2003, p.55).

É previsto que não basta que o indivíduo seja o legítimo proprietário, é preciso, no entanto, que utilize sua propriedade em atendimento à função social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Nessa Carta Magna, a Reforma Agrária recebeu uma atenção especial. No título VII, Cap.III, trata da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária. A questão agrária recebe um capítulo exclusivo.

Constatemos a seguir:

> Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
>
> § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.
>
> § 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fim da reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.
>
> § 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.
>
> § 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.
>
> § 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. (LIBERATO, 2003, p.55).

O Art. 185 estabelece as propriedades que são insuscetíveis para fim de reforma agrária. O Art. 186 enfatiza o aspecto referente à função social da propriedade, e o Art. 188 prescreve que a destinação de terras públicas e devolutas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. (LIBERATO, 2003, p.56).

O Art. 191 prescreve que aquele que não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, aérea de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á propriedade. E em seu parágrafo único estabelece que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (LIBERATO, 2003, p.59).

Conclui-se que, segundo normas da Constituição Federal de 1988, não há garantia da propriedade, mas sim, garantia do interesse da coletividade, haja vista a existência de um caráter limitador da propriedade, qual seja, a função que deve estar adstrita a alguns requisitos para sua ocorrência. (LIBERATO,2003, p.59).

2.3. Desapropriação

A Constituição Federal garante que o titular de uma propriedade pode usar, gozar e dispor do que lhe pertence. No entanto, o interesse social, às vezes, determina a limitação, supressão ou transferência forçada do objeto da propriedade.

Nesse caso podemos enfatizar o que é desapropriação. Desapropriação seria a ação ou resultado de despojar alguém compulsoriamente, de sua propriedade, retirando-lhe o domínio desta.

A desapropriação seria o ato através do qual a autoridade pública competente, nos casos prefigurados em lei e mediante indenização, determina a transferência da propriedade particular a quem dela vá se utilizar em função da necessidade pública, do interesse social e do interesse social para fins de Reforma Agrária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Juridicamente, desapropriação constitui o procedimento por meio do qual o Poder Público, utilizando-se do "*jus imperii*" desapossa alguém de sua propriedade, adquirindo-lhe, compulsoriamente, o domínio, desafetando-a do domínio particular, mediante indenização, por muitos admitida como desapropriação.

Os doutrinadores afirmam a existência da desapropriação entre os romanos. Na verdade, se consideramos o grande volume de obras públicas realizadas por aquele povo de conquistadores, razoável é que assim fosse. Entretanto, o direito romano não deu à desapropriação o tratamento sistemático dispensado a outros institutos jurídicos.

Na Idade Média também vigorava o direito do mais forte e o alveário caprichoso dos monarcas. A propriedade se achava em poucas mãos: os nobres e o clero ou corporações religiosas. O conceito de Estado ainda era tênue.

Foi Accursio que lançou as bases de uma teoria de desapropriação, mediante pagamento em caso de necessidade ou utilidade pública. Universalizou-se o princípio, contudo no início da Idade Contemporânea, com a Revolução Francesa.

"No direito brasileiro a desapropriação pode acontecer nos casos de necessidade pública, utilidade pública e interesse social. " (ROCHA, 1992, p.50).

Assim sendo, os tipos de desapropriação sob o prisma indenizatório, podem ser em dinheiro nos casos de necessidade pública e utilidade pública e título da dívida pública para os casos de interesse social e para os casos de desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária dos imóveis que não estiverem cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

O Art. 184 da Constituição Federal de 1988 dispõe que compete à União desapropriar por interesse social para fins de reforma agrária o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social mediante indenização de títulos da dívida agrária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O Art. 185 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre as terras que são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária, sendo a pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra e a propriedade seja produtiva.

2.4. Movimentos sociais

"Para de definir o verdadeiro intuito de um movimento social, pode-se verificar se ele tem um caráter permanente ou passageiro, o que determina a unidade histórica ou, tão somente, o fato historicamente isolado. " (LIBERATO, 2003, p.97).

É preciso então, definir o que seria um movimento social ou uma simples reinvindicação.

O conceito de movimentos sociais foi alvo de muitos pensadores, dentre eles Marx, Lenin, Touraine...

Algumas características põem ser observadas nos movimentos sociais, tais como:

- A existência, ou não, de liderança definida;

- A existência de um grupo relativamente organizado;

- Interesses, planos, programas ou objetivos comuns;

- Fundamentação nos mesmos princípios valorativos, doutrina ou ideologia;

- Desenvolvimento de uma consciência de classe ou uma ideologia própria;

- Objetivam um fim específico, uma proposta de transformação social ou uma alteração nos programas sociais vigentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> Touraine afirma que "os movimentos sociais são os mais importantes comportamentos coletivos. " (LIBERATO, 2003, p.98).

Constatamos que os movimentos sociais surgem quando um grupo de indivíduos se sentem insatisfeitos com a realidade atual em que vivem. Geralmente grupos desprivilegiados, dominados, subalternos, minorias.

Então, um movimento social vai se manifestar através de ações organizadas a fim de transformar o que almeja ser modificado.

Os participantes destes movimentos organizam associações, formam partidos políticos, participam de sindicatos existentes ou por eles criados.

Atualmente no Brasil podemos destacar vários movimentos sociais, como o dos ambientalistas, operários, estudantes, trabalhadores rurais e muitos outros.

Interessa-nos deter no Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra, que constitui hoje, um dos mais significativos movimentos sociais, com uma ideologia norteante e objetivos comuns.

2.5. O M.S.T e a luta pela terra

> Movimento Popular visando implantar a Reforma Agrária não caracteriza crime contra o Patrimônio. Configura Direito Coletivo, expressão da cidadania, visando implementar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático". (HC-5574/SP-97.0010236-O-Relator. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro *apud* LIBERATO, 2003, p.15).

O movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra surgiu entre 1965 e 1985. O referido movimento constitui um dos mais significativos movimentos sociais atuais. Foi considerado um movimento social haja visto que é imbuído por uma ideologia que o norteia e. de certa forma. É organizado em torno de um objetivo comum.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Sem-terra qualifica uma situação de exclusão social, carente, que não possui acesso à terra. A Reforma Agrária veio de encontro a este grupo, que buscava um direito fundamental do homem, de possuir uma propriedade privada.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 a luta pela Reforma Agrária se tornou legalizada, pois estava legitimada pela referida legislação em vigor.

Bernardo Mançano Fernandes destaca que:

> A luta pela reforma agrária é uma luta mais ampla, que envolve toda a sociedade. A luta pela terra é mais específica, desenvolvida pelos sujeitos interessados. A luta pela reforma agrária contém a luta pela terra. A luta pela terra promove a luta pela reforma agrária. (*apud* LIBERATO, 2003, p.116).

Como destacamos, com as sesmarias houve uma perpetuação da estrutura fundiária no Brasil, então, os movimentos sociais agrários passaram a ser vistos como subversivos à ordem econômica já estabelecida. A figura do líder foi marginalizada e a ele imputados crimes e os grupos passaram a ser chamados de bandos, quadrilha, esbulho possessório, subversivos.

A violência era, e ainda é, a principal relação entre o trabalhador rural e o proprietário da terra, na qual os jagunços são os principais agentes da truculência no campo.

Desta forma os movimentos sociais passaram a ser punidos e as violações dos direitos tornaram-se abusivas.

Podemos afirmar que a Igreja Católica teve um papel importante no apoio aos trabalhadores rurais pois as paróquias locais do interior do país se tornaram espaços privilegiados de discussão e organização dos mesmos.

A Comissão Pastoral da Terra (CPT) se tornou uma das primeiras organizações de caráter nacional que contribuiu na coordenação da luta contra as grandes propriedades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.6. A reforma agrária atualmente

Não podemos deixar de reconhecer uma sensível evolução no Direito brasileiro, no que se refere ao compromisso jurídico que deve existir entre o binômio terra-sociedade. Esse compromisso reside no fato de que, mesmo estando a propriedade em mãos particulares, o proprietário tem o dever de dar a essa propriedade destinação adequada e racional, para que a sua produção seja útil à sociedade.

Com a implementação de maquinários constatamos a modernização da agricultura no país. Como consequência muitas pequenas propriedades acabaram sendo vendidas para os vizinhos, grandes proprietários. Outro acontecimento foi o surgimento dos boias-frias, trabalhadores rurais autônomos passam a viajar na boleia de caminhões ou ônibus para realizar os trabalhos nas grandes fazendas.

Vale ressaltar que o Estado, que prima pelo princípio da legalidade, é o primeiro a violar os direitos humanos dos indivíduos, em virtude de um estigma social, pois o mesmo sistema que proporciona direitos fundamentais, os criminaliza quando aplicados na realidade e necessidade social que nos cerca.

É preciso afirmar que os donos de pequenas porções de terra, moradores que vivem de plantações voltadas à conservação do ambiente, da flora e fauna regionais são, muitas vezes, vítimas de "jagunços" armados que os ameaçam. As ameaças são ora com armas de fogo, tortura psicológica, fazendo-os deixar a terra e pedir proteção.

Por outro lado, Cabral dá enfoque a uma invasão realizada pelo MST e afirma que os crimes do movimento não são atos isolados:

> Armados com foices, facões, estilingues, bombas, rojões, lanças, machados, paus e escudos, os sem-terra transformaram a Estância do Céu em um inferno. Alimentos e produtos agrícolas foram saqueados... Quatro dias depois, quando a polícia finalmente conseguiu retirar os sem-terra da fazenda, só sobraram ruínas... (CABRAL, 2009, p.46-50).

Bonim enfatiza que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> [...] as roupas, os carros e as caminhonetes estacionados ao lado das barracas construídas com toras de madeira revelam hoje que o perfil do MST mudou radicalmente nos últimos anos. É uma geração de invasores, que usa tênis de marca, tem celular, motos e caminhões para ajudar no trabalho pesado. Estão fortemente abastecidos de suprimentos enviados pelas cooperativas ligadas ao movimento. A ocupação é o atalho pelo qual muitos filhos de assentados esperam deixar a casa dos pais para construir o próprio patrimônio. Uma vez assentados, os sem-terra criam os filhos para ser os invasores do amanhã. Então, sempre haverá novos sem-terra e mais invasores. (BONIM, 2014, p.52-55).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo Carlos Frederico Máres de Souza Filho:

> A terra ainda é sinônimo de vida, apesar de tanta matança ter havido em seu nome. É a vida não só porque oferece frutos que matam a fome, mas porque purifica o ar que se respira e a água que se bebe. Fosse pouco, dá ainda o sentido de viver humano, sua referência, sua história, sua utopia e seu sonho". (*apud* LIBERATO, 2003, p.9).

Constata-se que o regime das capitanias hereditárias e das sesmarias deu origem à concentração de grandes porções de terra, e que a Lei de Terras, de 1860, deu continuidade a esta política de exclusão, pois o imigrante e o negro eram impossibilitados de possuí-las.

Consequentemente, até os dias atuais, permanece a concentração de grandes extensões de terra, em poucas mãos. Tal fato nos leva a uma reflexão sobre a evolução da ocupa~]ao territorial brasileira e as consequências atuais. Percebe-se então que esse sistema significou a manutenção dos latifúndios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal de 1988 ao definir a reforma agrária como um direito humano fundamental e propor a desapropriação por interesse social, possibilitou aos indivíduos a almejarem a aquisição, com dignidade, da terra.

A política agrícola deve merecer atenção especial dos agentes públicos, pois só vai acontecer a reforma agrária se houver uma distribuição coerente da terra e uma otimização para que seja utilizada de forma correta. A reforma agrária não pode somente visar a distribuição de terra, mas criar condições efetivas para que haja um eficiente aproveitamento da mesma. Concluindo, a reforma agrária deveria buscar condições dignas de vida do homem e da terra.

Constata-se de que a reforma agrária é um direito humano, a pressão popular para que se efetive o referido programa passou a ser visualizado como subversiva à ordem vigente e como consequência os movimentos populares da reforma agrária são visualizados como subversivas e seus partícipes, indivíduos criminalizados, inicialmente apenas a figura do líder e depois todo o movimento social em si é visto como crime e seus integrantes, meros criminosos.

Mas, constitucionalmente, percebe-se que não só a terra, mas também a desapropriação são direitos fundamentais do homem. Então, os movimentos sociais que buscam a reforma agrária são movimentos legítimos frente aos ditames da Carta Magna de 1988.

O Estatuto da Terra surgiu em 1964 e reside em lei efetivamente agrária, que se aplicada convenientemente poderia não só modificar a estrutura social do meio rural brasileiro, como também levaria a mudança do pensamento egoístico e concentrador dos proprietários rurais que preferem conservar seus latifúndios a cedê-los em benefício comum de reforma agrária e consequentemente da sociedade.

O conceito de Reforma Agrária no Estatuto da Terra enfatiza que seria um conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificação no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento da produtividade, estabelecendo relações entre o homem, o uso da terra, para efetivar a justiça social e o bem-estar do trabalhador rural.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Sem dúvida alguma, o Estatuto da Terra representou um grande avanço em nível jurídico, todavia muito pouco à nível jurídico, todavia muito pouco à nível social, vez que o seu objetivo maior que consiste na mudança jurídico-social, não aconteceu. Os proprietários rurais que sempre representaram uma grande força política, intervindo eficientemente junto às autoridades estatais, responsáveis pela implantação do sistema agrário previsto no Estatuto, concorreram para o comprometimento de sua eficácia.

Conclui-se afirmando que é totalmente ilegítima e ilegal qualquer criminalização dos movimentos sociais agrários, haja visto que, estando dentro de um Estado Democrático de Direito, que acolhe a pressão popular como direito fundamental do cidadão, qualquer ruptura nesse interesse difuso constitui verdadeira violação aos direitos humanos, sendo passível de punição a sanção. Outra face da disputa pela terra ainda é evidenciada através de atitudes violentas de grileiros e latifundiários e trabalhadores assentados, em constantes conflitos relativos à posse da terra.

REFERÊNCIAS

AJUFE, Associação dos Juízes Federais do Brasil. **Reforma agrária e agronegócio: uma perspectiva socioeconômica do direito ao uso da terra.** Anais de Seminário realizado em Ribeirão Preto, agosto de 2002. Última edição. Brasília: AJUFE.

BONIM, Robson. **Cidade Sitiada**. Revista Veja, Editora Abril, 30 de Julho de 2014. Edição 2384, p.52 a 55.

CABRAL, Otávio. **O Manual da Guerrilha**. Revista Veja, Editora Abril, 28 de Janeiro de 2009. Edição 2097, p.46 a 50.

CRETELA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. V.1 – Elementos de Direito Constitucional. 4 . ed. São Paulo: RT, 2001.

FALCAO, Ismael Marinho. **Direito Agrário Brasileiro**. Bauru: Edipro, 1995.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário**. S. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GODOY, Luciano de Souza. **Direito Agrário Constitucional: O Regime da Propriedade.** São Paulo: Atlas, 1998.

LIBERATO, Ana Paula Goulart. **Reforma Agrária: Direito Humano Fundamental**. Curitiba: Jurvá Editora, 2003.

MANIGLIA, Elisabete. **A Questão Agrária e a Justiça**. In: FERNANDES, Bernardo Mançano, et al. **A Questão Agrária e a Justiça.** Organizado por Jovelino José Strozake. São Paulo: RT, 2000.

ROCHA, Olavo Acir de Lima. **A desapropriação no Direito Agrário**. São Paulo: Editora Atlas SA, 1992.

ROUSSEAU, Jean Jacques. D**iscurso sobre a origem das desigualdades entre os homens.** Rio de Janeiro, 1980.

SANTOS, Weliton Militao dos. **Desapropriação, Reforma Agrária, e o Meio Ambiente.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SILVA, Leandro Ribeiro. **Propriedade Rural**. Rio de Janeiro: Lunier Juris, 2001.

STEFANINI, Luis de Lima. **A Propriedade no Direito Agrário**. São Paulo: RT, 1978.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O TRIBUNAL DO JÚRI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LEGITIMIDADE LEGAL SOB A ÓTICA DA EFICÁCIA JUDICIAL

MARIA FRANCISCA ALVES PEREIRA: Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo (FASEC).

ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO[1]
(Orientador)

RESUMO: O presente estudo analisou a instituição do tribunal do júri no Brasil, desde sua atual estrutura e composição e, ainda, a par das decisões proferidas pelo conselho de sentença do respectivo tribunal, em especial sob a ótica dos princípios jurídicos e da justiça. Nesse contexto, para alcançar tal objetivo foi utilizada pesquisa bibliográfica, acrescente-se ainda, jurisprudências sobre o tema, a fim de estabelecer as bases teóricas e práticas para este trabalho, apoiada no método dedutivo, com pesquisa descritiva e qualitativa. A problemática deste artigo científico surge quando se questiona a importância do rol dos crimes dolosos contra a vida estarem sob apreciação e julgamento por jurados leigos. Assim, o estudo analisou os principais princípios jurídicos atinentes à processualística penal, e os exclusivamente pertinentes ao tribunal do júri, a criação do júri popular no Brasil e as razões de sua criação no Mundo, em especial na Inglaterra. Nesse ínterim, análises de princípios constitucionais e da abordagem sobre a justiça, com as respectivas críticas ao modelo atual do júri popular no Brasil chega-se a um resultado: o tribunal popular necessita de ajustes legislativos para um melhor aproveitamento em sua função judicial, de modo a atender a evolução social.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Dignidade da Pessoa Humana. Justiça. Eficácia Judicial.

ABSTRACT*:* The present study analyzed the institution of the jury's court in Brazil, since its current structure and composition, and also, along with the decisions rendered by the court's judgment board, especially from the point of view of legal principles and justice. In this context, to reach this objective was used a bibliographical research, also add, jurisprudence on the subject, in order to establish the theoretical and practical bases for this work, supported in the deductive method, with descriptive and qualitative research. The problematic of this scientific article arises when it is questioned the importance of the list of intentional crimes against the life being under appreciation and judgment by lay jurors. Thus, the study analyzed the main legal principles related to criminal proceduralism, and those exclusively relevant to the jury court, the creation of the jury in Brazil and the reasons

for its creation in the World, especially in England. In the meantime, analyzes of constitutional principles and the approach to justice, with their respective criticisms of the current model of the popular jury in Brazil, comes to a result: the popular court needs legislative adjustments for a better use in its judicial function, social evolution.

KEY WORDS: Jury Court. Dignity of human person. Justice. Judicial Effectiveness.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 PRINCÍPIOS NORMATIVOS GERAIS E PROCESSUAIS PENAIS. 2 O TRIBUNAL DO JÚRI NA HISTÓRIA. 2.1 Breve introito dos motivos para o surgimento do júri na Inglaterra. 2.2 Origem e evolução do tribunal do júri no Brasil. 3 ASPECTOS RELEVANTES DO TRIBUNAL DO JÚRI NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 4 INTERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA VISÃO MODERNA CONSTITUCIONALISTA. 5 A JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO FILOSÓFICA E DA CIÊNCIA JURÍDICA. 6 PONTOS CRÍTICOS DO TRIBUNAL DO JÚRI. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda o tema do tribunal do júri em sua legitimidade legal, a qual está prescrita na atual Carta Política brasileira de 1988 e no Decreto-lei n.º 3.689/41 (Código de processo penal) em face da eficácia judicial, isto é, sob a ótica da qualidade da prestação jurisdicional realizada pelo júri popular, nas demandas criminais de sua competência.

Neste diapasão, conforme elucidado neste estudo, ao tribunal do júri foi atribuído a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entendido como os mais importantes no âmbito penal, uma vez que o bem jurídico tutelado é a vida. E nessa função de apreciar e julgar tais crimes, a sete jurados leigos cumpre exercer esse mister, sem a necessidade de fundamentar suas decisões, sob a presidência de um juiz togado.

Diante deste detalhe, ao analisá-lo perante a ciência do Direito, inclusive em seus aspectos filosóficos, em especial, rente aos princípios constitucionais, com destaque a dignidade da pessoa humana, na hermenêutica jurídica, no conceito do justo e na apreciação dos requisitos para atuar no cargo de juiz de direito, surge a seguinte problemática: o tribunal do júri composta por jurados leigos é o procedimento mais adequado para julgar os crimes dolosos contra a vida, a fim de entregar uma efetiva e justa prestação jurisdicional?

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, acrescente-se, será que o réu tem um julgamento justo, já que proferido por pessoas leigas na ciência jurídica? Este fato, não estaria afrontando sua dignidade?

Em razão desses questionamentos é que surge o presente artigo, com a finalidade de esclarecer de forma precisa a problemática e uma sugestão no intuito de solucionar tal conflito.

Desse modo, o estudo tem como objetivo analisar os principais princípios atuantes na processualística penal, inclusive os de exclusividade no tribunal do júri; os motivos para o surgimento do júri popular no contexto mundial, com ênfase na Inglaterra; origem e evolução do júri no Brasil; destacar os princípios constitucionais, aspectos filosóficos-jurídicos e hermenêutica contextualizados no âmbito do tribunal do júri e, por fim, apresentar as críticas pertinentes ao júri popular, conforme a estrutura e características dele delineadas no atual ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de cumprir tal desiderato, este artigo se utilizou de pesquisa bibliográfica, inclusive jurisprudências, no intuito de solidificar a base teórica e, consequentemente, da aplicação correta dos institutos jurídicos apresentados.

O método utilizado será o dedutivo, com pesquisa descritiva e qualitativa.

Nesta linha, por meio do método dedutivo e pesquisa descritiva, o presente estudo propôs analisar as características do tribunal do júri no Brasil em conjunto com os alicerces jurídicos, isto é, dos princípios, em especial os de cunho constitucionais, do justo e da efetividade.

Ademais, a pesquisa é qualitativa, pois visa apontar os prováveis motivos, circunstâncias e características os quais delineiam as tomadas de decisões pelo tribunal do júri, segundo o atual ordenamento jurídico brasileiro.

Para o desenvolvimento do trabalho, este fundamentou-se na pesquisa bibliográfica, em especial, nas doutrinas e legislação pátria (Constituição Federal de 1988 e Decreto-lei n.º 3.689/41 [Código de processo penal]). No tocante às doutrinas se destacam: Alvim (2018); Barroso (2018); Capez (2018); Lenza (2018); Magalhães Filho (2015); Mendes e Branco (2017); Nucci (2018); Nunes (2018); Oliveira (2010); Rangel (2018); Reale (2002) [Filosofia do direito]; Reale (2002) [Lições preliminares de direito]; Tavares (2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Este artigo está organizado da seguinte forma: resumo, abstract, introdução; 7 (sete) seções; considerações finais e, por fim, referências.

No que concerne às seções, a primeira seção é denominada "princípios normativos gerais e processuais penais", nela são apresentados e analisados os principais princípios atuantes na processualística penal. Na segunda seção, "breve introito dos motivos para o surgimento do júri na Inglaterra", destaca de forma breve o cenário político-social inglês para o surgimento do júri popular na Inglaterra.

Na terceira seção, "origem e evolução do tribunal do júri no Brasil", é apresentado os motivos que dão origem ao júri popular no Brasil, e sua evolução desde a época imperial até a Constituição Federal de 1988. Na quarta seção, "aspectos relevantes do tribunal do júri no atual ordenamento jurídico brasileiro", analisa-se a competência e composição do tribunal do júri, decisões, recurso, incomunicabilidade entre os jurados, rito escalonado do júri, dentre outros aspectos.

Na quinta seção, "interação entre os princípios constitucionais na visão moderna constitucionalista", realça a importância dos princípios constitucionais, a interrelação entre eles, a dignidade da pessoa humana, hermenêutica jurídica, efetividade e sua aplicação no âmbito do tribunal do júri. Na sexta seção, "a justiça na concepção filosófica e da ciência jurídica", trata da questão da justiça como alicerce da ciência jurídica e a sua contextualização no ambiente do júri popular. Por fim, na sétima seção, "pontos críticos do tribunal do júri", são apresentadas as críticas ao atual sistema do júri no Brasil.

1 PRINCÍPIOS NORMATIVOS GERAIS E PROCESSUAIS PENAIS

A fim de iniciar o presente estudo é de essencial importância conceituar os princípios jurídicos e apresentá-los os principais que delineiam os processos em geral e, em específicos os atuantes na processualística penal.

Nesse ínterim, os princípios são a estrutura básica e geral que moldam todo o sistema jurídico para a busca dos objetivos almejados e, ainda, os quais servem como meios para soluções de interpretações e exegéticas (ALVIM, 2018, p. 220).

Ainda, no tocante aos princípios, é de salientar que a doutrina processualística destaca o que se chama de princípios informadores do processo,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

os quais permeiam qualquer sistema processual, tais como: lógico; jurídico; político e; econômico.

Para o presente trabalho, será destacado apenas os princípios lógicos e o jurídico. No que se refere ao princípio lógico este significa que o legislador deve usar formas processuais que propiciem um melhor sistema de apuração do fato penal em debate; enquanto o princípio jurídico aponta que se deve dar às partes, no processo, iguais oportunidades, não devendo ser construído um processo com o desequilíbrio. (ALVIM, 2018, p. 221). Ressaltamos que o desequilíbrio, e determinado grau dentro da ótica processual penal é essencial, já que há um descompasso de forças entre o poder estatal representado pelo acusador e o particular em defesa de sua liberdade, não obstante, determinado este descompasso natural, estabelece-se a medida de equilíbrio entre as partes.

Uma vez delineadas as linhas gerais dos princípios conforme exposição acima, cabe apontar os principais princípios atuantes nos processos em geral, com ênfase na processualística penal e do tribunal do júri.

No âmbito penal, o sistema utilizado no Brasil é o acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos diferentes; acusação e defesa são partes no processo, em par de igualdade e a função judicial equidistante destes (CAPEZ, 2018, p. 557).

Na linha dos princípios, destacam os da proporcionalidade e razoabilidade, os quais buscam com os demais princípios a busca de uma solução harmoniosa, pelo primeiro, entende-se em avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, com ênfase na menos gravosa; pelo segundo, implica ao juiz agir com discrição e racionalidade aceitáveis de acordo com o senso normal das pessoas (ALVIM, 2018, p. 234).

Pelo princípio da legalidade, inserto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, entende-se que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

De aspecto constitucional, o princípio da eficiência, com previsão no art. 37, *caput*, da CF/88, significa que os agentes públicos devem atuar para concretizar materialmente e com eficiência os fins previstos em lei, sendo no campo jurisdicional, a efetiva prestação da tutela jurisdicional (ALVIM, 2018, p. 235).

Em continuidade, é oportuno destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este princípio fundamental e mais importante do direito (NERY JR.; NERY; *apud* NUCCI, 2018, p. 61).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Nessa linha de raciocínio, o princípio da dignidade da pessoa humana tem valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional (COELHO *apud* NUCCI, 2018, p. 61).

Por fim, complementando os entendimentos acima sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, este é compreendido como a base do Estado Democrático de Direito, e, portanto, deve ser fielmente cumprido, em especial no âmbito penal e processual penal, sob hipótese alguma não pode ser violado (SARLET *apud* NUCCI, 2018, p. 61).

No que tange ao princípio do devido processo legal, este se consubstancia no princípio da legalidade e demais princípios sob a ótica material e, no aspecto processual, implica em observar as garantias individuais quando da atuação estatal em seu mister de apurar, acusar e julgar, a exemplo da ampla defesa, contraditório, dentre outros (NUCCI, 2018, p. 71).

Em seguida, apresenta-se o princípio da presunção de inocência, como desdobramento lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, que se caracteriza pela inocência da pessoa até que haja uma sentença condenatória com trânsito em julgado (NUCCI, 2018, p. 69).

Pelo princípio do contraditório, extrai-se dele, que toda alegação fática ou apresentação de prova no processo, por uma das partes, terá a outra o direito de se manifestar, em respeito ao equilíbrio das partes no processo (NUCCI, 2018, p. 84).

Em sintonia ao princípio supracitado, tem-se o da ampla defesa, a qual garante amplos e extensos métodos de defesa em detrimento dos atos imputados pela acusação, isto acontece por ser o réu parte hipossuficiente em detrimento do poder estatal (NUCCI, 2018, p. 83).

De maneira parecida a ampla defesa, tem-se exclusivamente no tribunal do júri, o princípio da plenitude de defesa, compreendida como uma defesa plena, completa e mais próxima possível da perfeição, tal característica é necessária, já que no tribunal do júri as decisões são desprovidas de fundamentação pelos jurados (NUCCI, 2018, p. 83).

De suma importância em qualquer ordenamento jurídico, são os princípios do juiz natural e do juiz imparcial, pelo primeiro, entende-se a garantia conferida ao réu a ser julgado por um juiz antecipadamente determinado na lei, o que evita

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

juízos e tribunais de exceção; pelo segundo, a imparcialidade decorre do princípio do juiz natural, e busca-se a isenção do juiz com as partes (NUCCI, 2018, p. 86).

Por fim, cabe apontar o princípio da publicidade e a necessidade das decisões judiciais serem fundamentadas, conforme art. 93, inciso IX, da CF/88, *in verbis*:

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Nessa linha de raciocínio, pode se inferir que há uma aparente contradição na instituição do júri popular, em que as decisões emanadas dele serem desprovidas de fundamentação, com o texto constitucional preconizado no art. 93, IX, em que determina que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, assim pontua Albernaz, ao expor seu raciocínio em publicação na revista brasileira de ciências criminais, nº 19:

> Assim, não há como negar que, tal como estruturado, o Tribunal do Júri ofende a Constituição, quer na parte em que esta impõe ao Judiciário o dever de motivar todos os provimentos jurisdicionais de conteúdo decisório (CR, art. 93, IX), quer na parte em que ela declara ser o regime político brasileiro estruturado consoante os princípios de um Estado Democrático de Direito (CR, art, 1º) (ALBERNAZ *apud* RANGEL, 2018, p. 287).

Todavia, é pertinente apontar que, o entendimento da 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o pedido de *Habeas Corpus* n.º 162.990/DF, é no sentido contrário ao mencionado acima, portanto, com raciocínio na constitucionalidade do referido tema:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LATROCÍNIO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. SIGILO DAS VOTAÇÕES. ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS UTILIZADOS PELOS JURADOS PARA CONDENAR O PACIENTE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
>
> [...]
>
> 3. Segundo o disposto no art. 5º, XXXVIII, b e c, da Constituição Federal, são assegurados à instituição do júri o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, razão pela qual não se exige motivação ou fundamentação das decisões do Conselho de Sentença, fazendo prevalecer, portanto, como sistema de avaliação das provas produzidas, a íntima convicção ou a certeza moral dos jurados. Trata-se, pois, de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. (STJ, 2012, on-line)

Desse modo, se conclui pela lição trazida acima é que, ainda que parte da doutrina penalista discorde das decisões proferidas pelo júri popular serem desprovidas de motivação, com base somente na íntima convicção de cada jurado, o que prevalece nos julgados das Cortes superiores, a exemplo do STJ, é que a íntima convicção prevalece nesses casos, em razão do sigilo das votações e soberania dos veredictos os quais caracterizam o tribunal do júri instituído na Constituição Federal brasileira.

2 O TRIBUNAL DO JÚRI NA HISTÓRIA

2.1 Breve introito dos motivos para o surgimento do júri na Inglaterra

Importante destacar que da criação do júri na Inglaterra, o júri era uma garantia contra os ordálios, que nos povos germânicos antigos os denominavam juízos de Deus, que se baseiam na crença de toda sorte de prova em que Deus não deixaria de socorrer um inocente; ademais, com a Magna Carta do Rei João Sem-Terra, na Inglaterra de 1215, esta era um acordo entre a nobreza e o rei, no sentido dos nobres serem julgados pelos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

seus pares, isto é, por outro nobre, logo, não houve uma participação popular, em sua forma plena (RANGEL, 2018, p. 43-45).

Em sentido similar é o entendimento de Sahid Maluf ao expor o sistema inglês após a revolução popular de Cromwell, em que o povo assume a liderança na vida política, todavia, a magistratura desta época era composta da aristocracia local e, portanto, não oferecia segurança a julgamentos imparciais e, assim, era necessário a criação de um tribunal cuja composição fosse estritamente de origem popular (MALUF, 1967, p. 423 *apud* OLIVEIRA, 2010 p. 68).

Nesse sentido, opina Oliveira (2010, p. 81), reforçando a ideia do surgimento do júri popular, na Inglaterra e França, em contraposição da magistratura oficial, esta imbuída de desconfiança e incertezas perante a sociedade.

Pelo exposto, se verifica que a origem do júri em épocas remotas na Inglaterra e França, se justificava na razão das pessoas não serem julgadas pelo rei, a exemplo do acordo firmado na Magna Carta de 1215 na Inglaterra, e posteriormente, após a revolução popular de Crowell, neste país, contra ser julgado por uma magistratura aristocrática, igualmente, na França, em razão da desconfiança da magistratura oficial.

2.2 Origem e evolução do tribunal do júri no Brasil

O tribunal do júri no Brasil surge num contexto conturbado no ambiente político, o qual o Brasil busca a sua independência e liberdade rente a Metrópole portuguesa, que tinha em seu início competência apenas para os crimes de imprensa, sendo os jurados eleitos (RANGEL, 2018, p. 60).

Neste contexto, é que surge o tribunal do júri no Brasil, por meio da Lei de 18 de junho de 1822 (CAPEZ, 2018, p. 650; NUCCI, 2018, p. 951).

Em seu início, o júri era composto por 24 (vinte e quatro) jurados, sob a decisão do júri, cabia recurso apenas para o Príncipe-regente (OLIVEIRA, 2010, p. 70; NUCCI, 2018, p. 951).

Cabe ressaltar que, conforme elucidam os constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, o júri popular no Brasil surge em razão diversa dos países de influência anglo-saxão, não em razão de uma conquista popular em face dos órgãos judiciais oficiais, na busca de justiça rente o poder absolutista do rei e, assim, busca-se um julgamento perante os iguais como direito individual e, ainda, não há no Brasil consenso popular para a sua continuidade (BASTOS; MARTINS *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 70).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Na época do Brasil Imperial, elucida Rangel (2018, p. 70) que, o júri era composto apenas por eleitores, excluídos, portanto, os cidadãos de baixa renda, assim o júri refletia os brancos e mestiços, em detrimento da maioria não só escravizada, e sem qualquer participação no poder político, constituindo assim, um júri de classes.

Com o advento da Constituição de 1824, na época imperial, esta reconhece o júri popular como integrante do Poder Judiciário, com competência para causas cíveis e criminais, estes últimos nos casos e modos que os códigos determinarem, tendo os jurados competência para decidir sobre fatos e os juízes na aplicação da lei (RANGEL, 2018, p. 61).

Nessa linha de raciocínio, o júri imperial era composto do grande júri, igualmente denominado de júri de acusação, e o pequeno júri, este denominado de júri de sentença (ALMEIDA JR. *apud* RANGEL, 2018, p. 63).

Com o surgimento do Código de Processo Criminal em 1832, este estabelece um conselho de jurados por cada termo judiciário, de outro lado, a Lei n.º 261 de 1841, extingue o júri de acusação, subsistindo apenas o júri de sentença; na aplicação da pena de morte, exigia-se o quórum qualificado de, no mínimo, dois terços dos votos, e para as outras matérias, o quórum de maioria absoluta (OLIVEIRA, 2010, p. 72).

Em seguida, com a proclamação da República no Brasil em 1889 e, sob a égide da novel Constituição de 1891, esta manteve a instituição do júri, ponto marcante foi a proteção ao júri ao ser inserido no texto constitucional na seção de declaração de direitos, impedindo eventuais leis infraconstitucionais de alterar a essência do júri (RANGEL, 2018, p. 74).

Segundo Nucci (2018, p. 951), por meio do Decreto n. 848 de 1890 foi criado o júri federal.

Com a Constituição de 1934, o júri permanece reconhecido no texto constitucional, todavia, é retirado do capítulo dos direitos e garantias individuais e, passa a compor o capítulo referente ao Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2010, p. 73; NUCCI, 2018, p. 951).

No que tange à Constituição de 1937, esta silencia sobre o júri popular, somente com o Decreto-lei n.º 167 de 1938, o júri é confirmado quanto à sua existência, apesar da perca da soberania dos veredictos, permitindo recurso ao Tribunal de Apelação, nos casos de injusta decisão, quando controversa com as provas produzidas, consoante art. 96 do referido decreto (OLIVEIRA, 2010, p. 73; NUCCI, 2018, p. 951).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Após o período ditatorial do governo de Getúlio Vargas, houve a redemocratização do Brasil, a qual se reflete na nova Constituição de 1946 e, insere o tribunal do júri no capítulo dos direitos e garantias individuais (NUCCI, 2018, p. 952; OLIVEIRA, 2010, p. 74). Nesse contexto, se restabelece a soberania dos veredictos (CAPEZ, 2018, p. 650; OLIVEIRA, 2010, p. 74).

No Brasil, nova Constituição é imposta em 1967, esta resguarda o tribunal do júri e sua soberania, em seguida, há a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, a qual prevê a instituição do júri, mas a soberania é abolida e, ainda, restringe a competência do júri apenas para os crimes dolosos contra a vida (OLIVEIRA, 2010, p. 74; NUCCI, 2018, p. 952).

Por derradeiro, novamente, com a redemocratização do Estado brasileiro, faz-se necessária a promulgação de nova Constituição, a qual se recai na atual Constituição de 1988, a qual trata o júri popular em seu rol de direitos fundamentais e consubstanciado em princípios exclusivos, elencados em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas "a" a "d", tais como: plenitude de defesa; sigilo das votações; soberania dos veredictos; e, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (OLIVEIRA, 2010, p. 79-80; NUCCI, 2018, p. 952).

3 ASPECTOS RELEVANTES DO TRIBUNAL DO JÚRI NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tribunal do júri no Brasil tem previsão na Carta Política de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas "a" a "d", com substrato na plenitude de defesa; sigilo das votações; a soberania dos veredictos e; competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Tal competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, é entendida como mínima, isto é, nada impede que o rol destes crimes seja ampliado, ressalte-se ainda, que a competência inclui tais crimes em sua forma tentada e os conexos, todavia, o crime de genocídio não é de sua competência, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado na apreciação do Recurso Extraordinário n.º 351.487-RR (NUCCI, 2018, p. 960).

Importante destacar ainda, que a competência do tribunal do júri não é absoluta, já que se houver competência especial no texto constitucional, como acontece nos casos de prerrogativa por função, esta competência especial prevalece sobre a geral do tribunal do júri (LENZA, 2018, p. 1267).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> No que tange à soberania dos veredictos, significa esta na impossibilidade de o tribunal recursal de modificar o mérito da decisão proferida pelo júri popular, todavia, é de ressaltar que trata-se de princípio relativo, conforme preceitua o art. 593, inciso III, alínea "d" do Decreto-lei n.º 3.689/41 - Código de Processo Penal (CPP), caso a decisão é manifestamente contrária a prova dos autos, há anulação desta e determina um novo júri e; no caso de revisão criminal, a fim de alterar uma condenação definitiva em absolvição, se houve uma decisão arbitrária pelo tribunal antecessor, tal justificativa se coaduna com o princípio informador do processo penal, da busca da verdade real (CAPEZ, 2018, p. 652).
>
> De acordo com o CPP, este disciplina em seu art. 436, *caput*, aqueles que estão obrigados em atuar no júri popular, sendo obrigatório para os maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade. Cabe destacar que o art. 437 do CPP, dispõe sobre os que estão isentos do serviço do júri.

Importante apontar que, apesar do texto jurídico proibir qualquer tipo de discriminação quanto ao grau de instrução dos alistáveis ao júri popular, os alistáveis devem ser alfabetizados e, ainda, possuir saúde física e mental compatível com a função, ser brasileiro e estar no gozo dos direitos políticos (NUCCI, 2018, p. 1048).

Por fim, a composição final que irá atuar nos julgamentos dos casos concretos, encontra-se amparo no art. 447 do CPP, *in verbis*:

> Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

o que se refere ao rito procedimental do júri, este é escalonado, a primeira fase denominada *judicium accusationis* ou sumário da culpa, tem início com o oferecimento da denúncia e término com a decisão de pronúncia; a segunda fase, denominada *judicium causae*, inicia-se com o recebimento dos autos pelo juiz-presidente e término com o julgamento pelo tribunal do júri (CAPEZ, 2018, p. 654).

Cumpre salientar a especialidade no que se refere ao aspecto da incomunicabilidade dos jurados, assim dispõe o art. 466, § 1º, do CPP:

> Art. 466
> [...]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> § 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

No tocante ao recurso principal a ser utilizado no rito do júri popular, destaca-se o recurso de apelação, a ser interposto nas seguintes situações, conforme disposto no art. 593, inciso III, alíneas "a" a "d", *in verbis*:

> rt. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
> [...]
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
> d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Nessa linha de raciocínio, é de se apontar o teor do § 3º do art. 593 do CPP, o qual menciona que se a apelação se fundar na alínea "d" do inciso III do art. 593 do CPP, o tribunal *ad quem* se convencendo de tal argumento se dará provimento ao recurso e, o réu submetido a novo julgamento, todavia, não se admite pelo mesmo motivo, segunda apelação.

Neste contexto, conforme elucidado acima, infere-se que se houver nova decisão contrária à prova dos autos, realizada por outro júri, o recurso de apelação para atacar essa hipótese estabelecida na alínea "d", do inciso III, do art. 593 do CPP não poderá ser utilizada.

4 INTERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA VISÃO MODERNA CONSTITUCIONALISTA

> A concepção dos princípios perante os mais respeitáveis constitucionalistas pode ser sintetizada em dois grandes filósofos constitucionalistas, Ronald Dworkin e Robert Alexy, na lição do norte-americano Dworkin, os princípios irradiam sobre todo o ordenamento jurídico, com impacto inclusive na interpretação e aplicação das normas jurídicas, já que eles ditam preceitos de decência política e de justiça (DWORKIN, 1996 *apud* BARROSO, 2018, p. 242).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Em sintonia à visão do constitucionalista americano, e sob um olhar diferente sobre os princípios, elucida Robert Alexy que os princípios são mandados de otimização e devem ser realizados na maior intensidade possível decorrente do caso concreto (ALEXY, 1997 *apud* BARROSO, 2018, p. 246; ALEXY, 1993, p. 81 *apud* MENDES; BRANCO; 2017, p. 74).

Nesse diapasão, compartilha dos entendimentos supracitados Barroso (2018, p. 247) ao destacar que os princípios inserem identidade ideológica e ética a todo o sistema jurídico, além de trazer unidade a este e, portanto, se alcança a melhor solução ao caso concreto e o ideal de justiça (BARROSO, 2018, p. 247).

De modo semelhante ao Ministro Roberto Barroso da Excelsa Corte, é o entendimento de Mendes e Branco (2017, p. 72): "Os princípios seriam padrões que expressam exigências de justiça".

Tamanha relevância possuem os princípios, que podem ser elucidadas na lição de Miguel Reale:

> Não ha? ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo de saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Prive-se uma ciência de seus princípios, e te?-la-emos privado de sua substância lo?gica, pois o Direito na?o se funda sobre normas, mas sobre os princi?pios que as condicionam e as tornam significantes (REALE, 2002, p. 61-62)

Conforme explanado acima, os princípios têm aplicação em todos os sentidos no mundo jurídico (elaboração; interpretação e; aplicação das normas), e assim, faz-se mister estudar o campo da efetividade das normas, isto é, se estas estão sendo aplicadas corretamente no cotidiano da sociedade.

Para isto, compactuam sobre a efetividade da norma, os pensadores jurídicos Miguel Reale e Hans Kelsen, para eles, a efetividade expressa o cumprimento da norma, isto é, de ser observada e aplicada (REALE, 1973, p. 135; KELSEN, 1979, p. 29-30 *apud* BARROSO, 2018, p. 258).

Não diferente é o pensamento de Norberto Bobbio, em sua obra "A Era dos Direitos", ao ensinar que o grande problema dos tempos atuais, não é inserir os direitos fundamentais no ordenamento jurídico, mas sim qual o modo mais seguro para protegê-los, a fim de impedir a sua contínua violação (BOBBIO, 1992, p. 25 *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 78).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Barroso (2018, p. 258-259), a efetividade se assenta em preceitos fundamentais e, portanto, obriga que o Poder Público torne efetivo os comandos constitucionais no mundo concreto, sendo de imensa valia a participação dos cidadãos, ao se exigir o cumprimento dos valores constitucionais.

Ao trazer os estudos dos princípios fundamentais, sua efetividade no mundo jurídico, e a busca da verdadeira justiça, faz-se mister a interconexão do princípio da dignidade da pessoa humana, este sendo fundamento da República Federativa do Brasil, assentado no art. 1º, inciso III, da CF/88 com o tribunal do júri e, assim, analisar a dignidade da pessoa humana na figura do investigado/réu no julgamento realizado pelo júri popular.

Neste sentido, apesar de o instituto do tribunal do júri ter previsão constitucional, mas constituída por jurados leigos, desprovidos de conhecimento técnico na ciência do direito, e ter competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, dita-se esta, o bem jurídico mais importante na seara penal, e conduzindo os rumos sobre a liberdade do réu, no mínimo os princípios da dignidade da pessoa humana do réu, os princípios de justiça, da busca da verdade real podem estar obstruídos diante dessa atual realidade em que se encontra a sociedade.

Cabe lembrar que, o Estado Democrático de Direito, impõe que o termo democracia é um governo da maioria com respeito as minorias, que no presente estudo, é a pessoa do réu em detrimento do júri popular, nesse sentido sobre o Estado Democrático de Direito, segue a lição do Ministro do STF Barroso (2018, p. 312): " (...) limitar o governo da maioria, mediante a enunciação dos valores e direitos fundamentais a serem preservados, inclusive os das minorias".

Ademais, ressalta Barroso sobre a moderna interpretação constitucional, a qual deverá estar amparada não apenas nos textos normativos e precedentes judiciais, mas inclusive, na filosofia moral e política, em busca de ideais de interpretação evolutiva e na leitura moral da Constituição (BARROSO, 2018, p. 312).

Desse modo, nada mais justo e ético, que uma nova visão, interpretação e aplicação dos valores constitucionais seja feita no que se trata da dignidade da pessoa humana consubstanciada na figura do réu perante o júri popular, uma vez que se encontra distorcido no mundo atual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Na evolução do pensamento jurídico no contexto mundial, logo após a 2ª Guerra Mundial, com a aprovação da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, a dignidade da pessoa humana torna-se o centro do aparato jurídico, junto com os direitos fundamentais, com estudos sobre teoria da justiça, normatividade dos princípios, argumentação jurídica e racionalidade prática, com a reaproximação do Direito com a filosofia (BARROSO, 2018, p. 318).

Conforme se observa, a ciência jurídica se respalda na essência da dignidade da pessoa humana, e a justiça é realizada se estiver em consonância a este fundamento jurídico e, segundo Barroso, havendo conflito entre princípios, o interprete deve-se utilizar da ponderação, a qual se respalda nos princípios da razoabilidade-proporcionalidade, preponderando um princípio sobre o outro no caso concreto, mas sem exclui-lo (BARROSO, 2018, p. 336-382).

Ademais, conforme ensina Eros Graus, a invocação de princípios deve estar alinhado com todo o ordenamento jurídico, já que prevalece a unidade da Constituição, e esta deve ser interpretada não por normas isoladas, pois para isso, bastaria o intérprete ser alfabetizado e, sim numa visão de interconexão entre as normas constitucionais, na busca da melhor solução, em sintonia as deliberações do constituinte (GRAU, 2003, p. 88 *apud* MENDES; BRANCO; 2017, p. 91).

Neste diapasão, em sintonia ao exposto acima, pode-se inferir que a soberania popular deve ser interpretada não de modo isolada, mas em conjunto com as demais normas constitucionais, tais como: a dignidade da pessoa humana, Estado Democrático de Direito, busca da verdade real a qual se impera no âmbito penal, princípio da justiça e, assim, faz-se mister que uma Emenda Constitucional com o fito de alterar o teor do inciso XXXVIII do art. 5º da CF/88, no sentido que os jurados não sejam leigos e, a título ilustrativo, como sugestão, que os jurados do tribunal do júri fossem bacharéis em Direito, o que já resultaria num processo mais justo, e em sintonia com os ditames da justiça, do devido processo legal, da ampla defesa, já que conhecedores das nuances da doutrina, leis e jurisprudências a qual permeiam toda a ciência jurídica.

Tal entendimento de um tribunal do júri ser composto por jurados bacharéis em Direito é perfeitamente possível, por meio de Emenda Constitucional, já que esta não retiraria do júri popular a soberania para atuar no respectivo tribunal, e a alteração no texto constitucional não afeta a essência do júri popular.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido sobre o poder de reforma nas cláusulas pétreas encontra amparo nos ensinamentos de Lenza:

> (...) a limitação do poder de reforma não se restringe à impossibilidade de alteração da matéria definida pela doutrina como 'cláusula pétrea'. A regra deve ser lida no sentido de ser vedada não a reforma, mas a reforma 'tendente a abolir' (LENZA, 2018, p. 979).

A situação do réu perante o tribunal do júri não está no melhor amparo legal, o qual ele merecia, consoante o estudo proposto, isto se deve a falta de concretização dos direitos fundamentais no plano da exigibilidade, assim assevera a concretização e a exigibilidade dos direitos fundamentais o Ministro do STF Lewandowski:

> (...) os problemas relativos à institucionalização dos direitos humanos não se encontram no plano de sua expressão formal, posto que, nesse campo, grandes avanços foram feitos desde o surgimento das primeiras declarações a partir do final do século XVIII. As dificuldades localizam-se precisamente no plano de sua realização concreta e no plano de sua exigibilidade (LEWANDOWSKI, p. 66 *apud* TAVARES, 2018, p. 444).

Desse modo, a pessoa do ser humano consubstancia na dignidade dela e deve ser enaltecida, esclarece o filósofo Kant que, o homem não pode servir de meio ou instrumento para outro, de ser usado de forma arbitrária desta ou daquela vontade, pelo contrário, o homem tem o fim em sim mesmo (KANT *apud* TAVARES, 2018, p. 444-445).

Mais uma vez, pode-se perceber que a dignidade da pessoa humana não pode ser objeto de afronta em razão dos caprichos e desejos da sociedade, o que significa, ao trazer para o âmbito penal, mais especificamente na área de atuação do tribunal do júri, a dignidade do réu em ter um processo com o máximo respeito aos ditames da justiça, de julgadores técnicos se faz de extrema necessidade e com urgência.

Assim, os direitos fundamentais são vistos pelos jusnaturalistas como limites à vontade da maioria, o que ocorre em razão de valores universais e, tendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

o homem a sua proteção em qualquer contexto onde há injustiça, independente de ele pertencer a maioria ou minoria (MAGALHÃES FILHO, 2015, p. 34).

Pelo exposto, se conclui que o julgamento realizado por um corpo de jurados técnicos bacharéis em direito se coaduna com os preceitos do mundo moderno, em sintonia de juízes técnicos e imparciais, e não há razão para se manter no tribunal do júri, jurados leigos, já que tal instituto fora criado numa época em que se regia o poder do soberano, isto é, do Rei, conforme já explicado neste presente estudo e, para não ser julgado por um regime opressor, é que se criou o respectivo júri popular, portanto, a fim de permanecer o instituto deve ele se amoldar a conjuntura política, social e jurídica a qual se encontra o Mundo atual.

5 A JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO FILOSÓFICA E DA CIÊNCIA JURÍDICA

O tema justiça tem real destaque na ciência jurídica, o qual se extrai da lição de Couture: "Teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça" (COUTURE, 1987 *apud* NUNES, 2018, p. 369).

Nesse contexto, a valorização da pessoa humana e da justiça no âmbito do Direito é tido como as duas proposições fundamentais da ciência jurídica, pois estas são os alicerces desta ciência, conforme ensina Reale:

> (...) toda Axiologia tem como fonte o *valor da pessoa humana*; e (...) toda Axiologia jurídica tem como fonte o *valor do justo*, que, em u?ltima ana?lise, significa a coexiste?ncia harmo?nica e livre das pessoas segundo proporc?a?o e igualdade
>
> [..]
>
> *O valor pro?prio do Direito e?, pois, a Justic?a* — na?o entendida como simples relac?a?o extri?nseca ou formal, aritme?tica ou geome?trica, dos atos humanos, mas sim como a unidade concreta desses atos, de modo a constitui?rem um bem intersubjetivo ou, melhor, o bem comum.
>
> A Justic?a que, como se ve?, na?o e? sena?o a expressa?o unita?ria e integrante dos valores todos de convive?ncia, pressupo?e o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem juri?dica (REALE, 2002, p. 267, grifo nosso).

De igual modo, Reale (2002, p. 67) expõe a centralidade da justiça no cerne do Direito, em sua obra lições preliminares de direito: "Direito e? a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

concretizac?a?o da ideia de justic?a na pluridiversidade de seu dever ser histo?rico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores".

Complementa tal raciocínio Reale, sobre a importância da justiça no Direito, a ponto de não se identificar com nenhum valor, já que antecede todos os demais:

> A nosso ver, a Justic?a na?o se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. *Ela e? antes a condic?a?o primeira de todos eles*, a condic?a?o transcendental de sua possibilidade como atualizac?a?o histo?rica. *Ela vale para que todos os valores valham*. Na?o e? uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas e? antes uma intenc?a?o radical vinculada a?s rai?zes do ser do homem, o u?nico ente que, de maneira origina?ria, e? enquanto deve ser. Ela e?, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experie?ncias axiolo?gicas necessariamente plurais, distintas e complementares, sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida (REALE, 2002, p. 375, grifo nosso).

Das lições acima trazidas por Reale, verifica-se que a valorização da pessoa humana e a justiça são os alicerces da ciência jurídica. Ao refletir sobre tais pontos fundamentais do Direito, o tribunal do júri composta por leigos, ao analisar e julgar os crimes dolosos contra a vida, estaria em harmonia com os fundamentos da ciência jurídica expostas por Reale, no caso do júri popular, a dignidade da pessoa humana, no ser do réu, e a justiça, estaria realmente sendo alcançada?

Neste contexto, ainda, segundo Reale, as normas jurídicas devem se pautar na adequação da realidade, atualizar-se nos preceitos éticos, uma vez que o direito é um processo aberto, dinâmico, o qual não se esbalda em soluções normativas de caráter definitivas e, na qual o Direito tem seu substrato na certeza e segurança (REALE, 2002, p. 550).

Tal ensinamento trazido acima, pode ser completamente aplicado ao atual instituto do tribunal do júri brasileiro, já que a norma constitucional a qual estabelece os parâmetros do respectivo tribunal, ressalte-se, formado este por jurados leigos, poderia se inferir que tal norma não se encontra perfeitamente adequada à realidade dos dias atuais, pois um júri leigo, pode-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

se questionar, se este traz a certeza, a segurança, o justo, o qual a ciência jurídica tem sua essência e nesta se respalda.

Desse modo, é prudente uma alteração no texto constitucional, em sentido de se incorporar um corpo de jurados técnicos bacharéis em Direito, em prol de uma aproximação mais coerente, com a certeza, segurança jurídica e a justiça.

Não menos preocupante, é a forma como alguns operadores do direito, sem generalizar, tratam as normas constitucionais, que para Lenio Luiz Streck tais operadores do direito induz uma "baixa constitucionalidade" e torna o texto constitucional ineficiente, em especial ao respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, já que a hermenêutica jurídica utilizada por eles não se condiz com os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade, dentre outros e, segundo Rizzatto Nunes, este acrescenta a esse rol de desrespeitos, a dignidade da pessoa humana, a equidade como justiça no caso concreto (STRECK, 2003 *apud* NUNES, 2018, p. 389-390; NUNES, 2018, p. 389-390).

Nessa linha de raciocínio, pode-se inferir que a atividade jurisdicional deve se estabelecer nos princípios da CF/88, o qual são os alicerces de todo o ordenamento jurídico, conforme já explanado nesse estudo, em especial na dignidade da pessoa humana, para que se possa alcançar a verdade, e se atentar se o resultado do operador do direito foi justo, conforme expõe Rizzatto Nunes:

> Para o comando normativo dos dias que correm, num sistema constitucional que se pressupõe justo — porque condicionado, especialmente o nosso, pelo superprincípio do respeito à dignidade da pessoa humana —, importa mais saber se o resultado da ação do operador do Direito foi justo — e, logo, fez o bem — que se ele, indivíduo, é justo (NUNES, 20148, p. 397).

Não por menos Rizzatto Nunes faz uma crítica sobre os estudantes de direito, o qual se focam continuamente no conhecimento abstrato das leis, mas esquecem o próprio ser humano (NUNES, 2018, p. 467).

É importante frisar que, o Direito no decorrer do processo histórico está sujeito as melhorias como também em atos que o prejudiquem e, portanto, passíveis de decadência e mudanças (MAGALHÃES FILHO, 2015, p. 37).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Neste ponto tal argumento supracitado pelo jusfilósofo se coaduna com a temática do instituto do tribunal do júri, no sentido de que o respectivo tribunal está em desconexo com a realidade do mundo atual e, mudanças na legislação constitucional é pertinente, já que num primeiro momento quando da criação do júri formado por leigos no Mundo, este se encaixava perfeitamente no contexto do poder autoritário do Rei, conforme já demonstrado neste estudo.

Mas que em tempos modernos já não faz sentido, pois os tempos no Brasil são de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88), em que os governantes igualmente estão submetidos a lei, e ainda, tem-se um poder judiciário independente do Poder Executivo, conforme art. 2º da Carta Política de 1988, constituído por juízes de extrema capacidade técnica e de todo um aparato legal de um processo justo para o réu e, que pode se conviver com um tribunal do júri formado por jurados técnicos bacharéis em Direito, a fim de ter em sua plenitude um poder judiciário exclusivamente técnico.

6 PONTOS CRÍTICOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

A estrutura do instituto do júri popular e a atuação dos respectivos jurados recebe críticas pela doutrina especializada ao analisar a instituição do júri em épocas bastante remotas e na atual instituição do júri no cenário brasileiro, conforme será demonstrado neste estudo.

Nesse sentido, destaca-se a injustiça perpetrada por um grupo, o que pode ter sido chamado de tribunal do júri, composto de mais de duas centenas de cidadãos atenienses, na Grécia Antiga, em face de um dos maiores filósofos do Ocidente, Sócrates, e que deu impulso a julgamento popular na história, tal julgamento o condenou a pena de morte por envenenamento (OLIVEIRA, 2010, p. 21-57).

Já na França, à época de sua revolução liberal, a qual passava por uma mudança do pensamento político-social, faz insurgir em sua sociedade o tribunal do júri, em paralelo, havia os juízes togados, consubstanciado no poder judiciário independente do executivo, eram considerados de suma importância, pois atuavam sob o aspecto da razão jurídica e liberdade, já o júri, era tido por muitos como palco para espetáculos (OLIVEIRA, 2010, p. 37-38).

Tema polêmica no tribunal do júri é a desnecessidade de fundamentação em seus julgados pelos jurados e, não raras vezes está

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

ausente o aspecto técnico-jurídico e, portanto, é preocupante para o Direito, pois este possui função social e política, embutido de padrões de cientificidade a fim de alcançar melhor solução na esfera social (OLIVEIRA, 2010, p. 75).

De igual impacto sobre o tribunal do júri, trata-se da vulnerabilidade da imparcialidade dos jurados, em especial nos crimes de grande alarde na sociedade local, com destaque as de porte reduzida, além do contato maior entre os jurados com os pertencentes ao meio social e, ainda, o papel da imprensa, a qual poderá ter relevância em condenar ou absolver, de forma prévia o réu (OLIVEIRA, 2010, p. 142-209).

Quanto a previsibilidade legal conferida à acusação e defesa recusar até 3 jurados dos eventualmente sorteados para compor o conselho de sentença, sem a necessidade de justificação para esse fim, em certa medida compreende estratégia das partes, todavia, se assimilando aos jogos de azar (OLIVEIRA, 2010, p. 150-151).

Questão não menos interessante se refere a fase de formação da culpa, já que os fatos são trazidos pelas partes e magistrado, sem a participação do júri e, apenas os argumentos orais das partes e, em casos esporádicos, uma breve e superficial análise dos autos do processo são expostos ao júri, a fim de formar a convicção de cada jurado (OLIVEIRA, 2010, p. 152-153).

Pertinente destacar sobre a idade mínima dos jurados do tribunal do júri, já referido neste estudo, que é de 18 (dezoito) anos, estando em descompasso com a do juiz de direito, pois este deve ter 3 (anos) de atividade jurídica, conforme preceitua a Constituição Federal, oriunda da Emenda Constitucional n.º 45/2004, no intuito de evitar juízes imaturos e, assim, requisitando um lastro de experiência na função jurisdicional (OLIVEIRA, 2010, p. 155-156).

Sobre a idade mínima dos jurados, é pertinente a crítica apontada por Nucci:

> Por certo, muitas pessoas, com 18 anos, já possuem a necessária experiência, mas outros tantos, em número incalculável, não têm a estrutura suficiente para compreender as teses expostas e o grau de responsabilidade que se lhes é apresentado. Tanto é realidade que ainda perdura a atenuante obrigatória para o agente que comete delitos com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> menos de 21 anos (art. 65, I, CP), devendo-se tal preceito ao grau de imaturidade ainda persistente na formação do jovem adulto (NUCCI, 2018, p. 1048).

Já não bastasse o fator da idade dos jurados, conforme já relatado, Aury Lopes Jr. coloca em evidência no sentido de contraposição entre a falta de conhecimento técnico do júri popular e o princípio democrático o qual impera no Estado brasileiro:

> Sete leigos, aletoriamente escolhidos, participarem de um julgamento é uma leitura bastante reducionista do que seja democracia. A tal "participação popular" é apenas um elemento dentro da complexa concepção de democracia, que, por si só, não funda absolutamente nada em termos de conceito. Democracia é algo muito mais complexo para ser reduzido na sua dimensão meramente formal-representativa (LOPES JR., 2004, p. 139 *apud* RANGEL, 2018, p. 19).

Outro ponto de reflexão é o debate entre a acusação e a defesa perante o conselho de sentença, alguns entendem que os jurados se encontram frágeis neste ponto específico, uma vez que as malícias e habilidades retóricas, inclusive ocasionado em falácias, tendo em vista que a emoção tende a prevalecer sobre a análise racional e, portanto, acarretando um julgamento injusto (OLIVEIRA, 2010, p. 202-203).

Concordando neste aspecto, leciona Borensztajn:

> (...) sempre foram mais preocupados com o que chamam de torneios de eloquência e, como visto, com ataques pessoais, sejam estes às partes ou ao réu, esquecendo-se o que, a nosso ver, é o mais grave: a mentira fria, proposital, calculada e deliberada, com o fim de criar no espírito dos jurados se não um outro quadro dos fatos, ao menos a dúvida razoável que, evidentemente, levaria o resultado do julgamento a um desfecho diverso (BORENSZTAJN, 1987, p. 422 *apud* OLIVEIRA, 2010, p. 203).

Quanto à incomunicabilidade dos jurados no tribunal do júri popular, parte da doutrina questiona as normas que a regulamenta, já que impede uma ampla, geral e irrestrita reflexão entre os jurados sobre os fatos e teses debatidos em plenário, para uma análise profunda do caso, sendo que o silêncio não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e, reflete

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

um lado obscuro da história e política centrada no governo fascista e autoritário da Era Vargas (RANGEL, 2018, p. 14-39).

Para Ferrajoli, a transparência e fundamentação das decisões do júri devem estar presentes no ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 1999, p. 25 *apud* RANGEL, 2018, p. 20).

De outro lado, há os que entendem ser o tribunal do júri não um direito fundamental em sua essência, conforme o constitucionalista Pontes de Miranda, o júri não é considerado nos documentos internacionais de direitos humanos um direitoautenticamente fundamental, como se fizesse parte dos chamados direitos supraestatais (MIRANDA *apud* NUCCI, 2018, p. 952).

Em sentido uníssono a Pontes de Miranda, se coaduna o constitucionalista português Jorge Miranda, ao criticar o júri popular, ressalta que o tribunal do júri é uma garantia fundamental formal, apenas por estar previsto na Constituição, mas não é no seu sentido (MIRANDA, 1988, p. 7 *apud* NUCCI, 2018, p. 952).

Nessa linha de raciocínio, elucidado nesta seção de críticas ao júri popular, verifica-se que vários pontos seja na estrutura e composição do tribunal popular, ou ainda, na forma de atuação desse respectivo corpo de jurados, ensejam uma reforma legislativa para que se alcance um texto normativo mais harmônico com a atual sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo concluiu que a origem do tribunal do júri no contexto mundial, em especial na Inglaterra, se amolda no fundamento dos cidadãos não serem julgados pelo rei, ou ainda, pelos magistrados oficiais, já que estes eram vistos com desconfiança pela população. Ressalte-se que, na Inglaterra, a conquista foi realizada pela nobreza e, assim, esta classe ser julgada perante os seus e, não uma conquista universal.

Já no Brasil, na época imperial, as razões para a criação do júri é um desencadeamento da independência do Brasil frente a metrópole portuguesa e, a população de baixa renda, a qual era a maioria, era excluída da participação no júri popular, sendo este um júri de classes.

No tocante à estrutura, composição e particularidades do tribunal do júri no Brasil, a exemplo da idade mínima de 18 (anos), ser apenas alfabetizado, decisão por íntima convicção e incomunicabilidade entre os jurados, com o fito de apreciar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e julgar os crimes dolosos contra a vida e, consequentemente, ditar sobre o direito de liberdade do réu, é preocupante.

Essa realidade fica ainda mais acentuada, já que o júri popular não participa da fase *judicium accusationis* (sumário da culpa), e ainda, por ser um corpo de jurados leigos, estão submetidos a experiência da acusação e defesa, em especial, aquelas direcionadas ao fator emotivo dos jurados ao invés dos fatos.

Nessa perspectiva, o estudo acentuou que o Direito sendo uma ciência, esta se alicerça em pontos fundamentais, tais como: princípios, em especial os de cunho constitucional, a exemplo da dignidade da pessoa humana, princípios da justiça, Estado Democrático de Direito, princípio da eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, dentre outros.

Nesse sentido, não basta apenas o texto legal, mas também, os meios coerentes na forma de hermenêutica jurídica utilizada, na interrelação entre os princípios, na busca dos valores morais, isto é, na maior interação entre os valores filosóficos com a ciência jurídica.

Sendo assim, igualmente, este artigo destacou que o legislador deve atuar nas formas processuais que propiciem uma melhor apuração da verdade (princípio lógico) e na construção de um processo equilibrado entre as partes (princípio jurídico).

Neste diapasão, no intuito de que os valores constitucionais estejam em plena harmonia, com destaque a dignidade da pessoa humana, Estado Democrático de Direito e a soberania popular, a sugestão de elaboração de uma emenda constitucional com o fito de estabelecer que os jurados do tribunal do júri serem bacharéis em Direito se amolda perfeitamente na conjuntura político-social-jurídico da atual sociedade brasileira.

Tal previsão de emenda constitucional para a reforma do júri popular tem enorme valia para o cenário jurídico brasileiro, além de se resguardar tal alteração legislativa perante eventuais tentativas de sua modificação por meio de leis infraconstitucionais.

Desse modo, apesar de os crimes dolosos contra a vida não serem julgados por um juiz de direito, o que seria ideal, o júri composto por jurados técnicos bacharéis em Direito resguarda a soberania popular para o julgamento dos crimes acima descritos, e confere ao réu, um processo e julgamento mais condizente e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

mais próximo da verdadeira justiça e com respeito a sua dignidade, já que conhecedores das leis, doutrinas e jurisprudências.

Neste contexto, a incomunicabilidade entre os jurados poderia ser revista e, assim o julgamento ser fundamentado, o que poderia ser realizado, igualmente, por meio da emenda constitucional supracitada.

Tudo isto, se resume que a ciência jurídica tem sua base na dignidade da pessoa humana e na justiça e, a concretização desses valores devem permear na racionalidade dos operadores do direito, inclusive no âmbito do júri popular.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 162.990/DF. Matéria Penal. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília-DF, 20 de novembro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1196546&num_registro=201000299598&data=20121205&formato=PDF. Acesso em: 9 mai. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Tribunal do Júri Popular na ordem jurídica constitucional**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri:** visão linguística, histórica, social e jurídica. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

---

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social. Delegado de Polícia Civil do Tocantins e professor de Direito Processual Penal no curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo em Palmas-TO. E-mail: ewalcacer@gmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

GUARDA COMPARTILHADA E HIPÓTESES DE SUA INVIABILIDADE

ANE CAROLYNE DOS REIS CARVALHO: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA[1]

(Orientadora)

RESUMO: A pesquisa versa sobre a guarda compartilhada, seus efeitos e as situações em que se torna inviável, ainda que acordado entre os pais. O objetivo do presente artigo é demonstrar a importancia da guarda compartilhada para pais e filhos, ainda que estipulada quando o assunto é conflituoso entre os pais, com base no melhor interesse da criança. O artigo foi baseado na metodologia bibliográfica, com análise de abordagem qualitativa, usando o método exploratório e dedutivo, que resultou em uma análise da inviabilidade da guarda compartilhada nos casos em que há evidente violação ao melhor interesse do menor e da importância do laudo técnico para uma melhor decisão judicial na concessão da guarda compartilhada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família; Guarda Compartilhada; Inviabilidade

ABSTRACT: The research is about shared guarding, its effects and the situations in which it becomes unfeasible, although agreed upon between the parents. The purpose of this article is to demonstrate the importance of shared custody for parents and children, even when stipulated when the issue is conflicting between parents, based on the best interests of the child. The article was based on the bibliographic methodology, with qualitative analysis, using the exploratory and deductive method, which resulted in an analysis of the unfeasibility of shared custody in cases where there is clear violation of the best interests of the minor and the importance of the technical report for a better judicial decision in granting shared custody.

KEYWORDS: family right; Shared Guard; Inviability.

1. INTRODUÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A guarda compartilhada foi instituída pela lei 11.698/08, sendo definida como 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. De acordo com a supramencionada lei, a guarda compartilhada pode ser requerida pelos pais em consenso ou decretada pelo juiz, de ofício inclusive, de forma a atender os melhores interesses do menor. Após isso, a lei 13.058/14 objetivou estabelecer o significado do que seria a guarda compartilhada e sua aplicação, dispondo dentre outras coisas, sobre o tempo de convívio com os filhos, que deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos e a cidade considerada base de moradia dos filhos, que deve ser aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

A partir desse panorama, a problemática está voltada para a análise dos efeitos jurídicos decorrentes da guarda compartilhada, quais as hipóteses em que a guarda compartilhada se torna inviável?

Com isso, o presente artigo tem por objetivo geral demonstrar a importância da estipulação da guarda compartilhada, ainda que em casos onde não há um acordo expresso entre os pais, tendo em vista a necessidade de compreender as nuances que permeiam a questão, como os princípios constitucionais e mais especificamente a Lei 13.058/2014.

O artigo foi desenvolvido sob a metodologia bibliográfica, com análise de abordagem qualitativa, usando o método exploratório e dedutivo, no sentido de facilitar o aperfeiçoamento e a aplicação dos conhecimentos desenvolvidos a fim de oportunizar o aprofundamento da revisão de literatura e reflexões conduzidas e embasadas na legislação pertinente, doutrinas e jurisprudências relativas ao Direito de Família, tendo como foco o instituto da guarda compartilhada.

A justificativa da pesquisa se volta aos conflitos existentes entre os pais e entre os aplicadores do direito, no sentido de oferecer soluções para o atual impasse quanto aos danos decorrentes de uma má aplicação da guarda compartilhada.

2. FUNDAMENTOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família foi bastante ampliado, saindo de um conceito fechado, excludente e patriarcal para um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

sentido público, aberto, social e baseado na afetividade. Atualmente, nas palavras de Patrícia Ramos

> A família contemporânea, fruto da evolução da sociedade e da própria legislação, agora regulada pelo Código Civil de 2002, interpretado à luz da Constituição Federal de 1988, é baseada no amor, na promoção da dignidade de seus membros, com o reconhecimento de outras formas ou modelos de entidades familiares além do casamento, como as uniões estáveis e aquelas formadas pela união de qualquer dos pais e sua prole (famílias monoparentais), reconhecendo direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento, e igualdade entre o homem e a mulher (RAMOS, 2016. p.29).

Como a Constituição de 1988 objetivou que, no âmbito familiar, a família atuasse no desenvolvimento do caráter e individualidade de cada um de seus membros, trouxe no bojo dos princípios fundamentais, o princípio da igualdade entre os pais e da igualdade entre homens e mulheres, pois o homem e a mulher são igualmente responsáveis pela gestão familiar. A Carta Magna trouxe ainda, importantes princípios que devem reger a família, como o da dignidade da pessoa humana, da afetividade, igualdade entre os filhos, mesmo os havidos fora do casamento, a solidariedade familiar, o respeito, a prioridade dos interesses das crianças e adolescentes, paternidade responsável, a não discriminação, o respeito à dignidade e a função social da família.

Complementa Ramos (2016) que o operador do direito deve estar atento aos mecanismos jurídico-processuais de pacificação dos conflitos familiares que envolvem o convívio familiar, quais seja, a conciliação, mediação e arbitragem, considerando, nesse contexto, as leis sobre guarda compartilhada (Lei n. 13.058/2014 e Lei n. 11.698/2008), a lei da alienação parental (Lei n. 12.318/2010), as medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (como a imposição de tratamento psicológico às partes pelo Juiz), a lei da violência doméstica (Lei n.11.340/2006), tudo à luz dos princípios constitucionais já mencionados e do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da razoabilidade, da impessoalidade, da eficiência, da duração razoável do processo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

da tutela específica e tempestiva, do acesso à ordem jurídica justa, do princípio da boa-fé e da cooperação intersubjetiva (p.17).

Assim sendo, mesmo quando houver a ruptura física do âmbito familiar, os deveres de cuidado, assistência, educação e afetividade devem permanecer, de igual modo, deve permanecer a gestão conjunta dos filhos para que seja atendido o melhor interesse deles.

2.1. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

Com base nos direito fundamental do direito e do devera convivência familiar, foi instituída a guarda compartilhada pela Lei 11.698/08 e a Lei 13.058/14 que concretizou o sentido de guarda compartilhada e quando essa deve ser aplicada. Nas palavras de Ramos (2016) há a guarda legal, também chamada de comum, que é a decorrente do nascimento, onde os pais, no registro de nascimento da criança, dando-lhe um vínculo familiar e todos os direitos daí decorrentes e há, nos casos em que ocorre o rompimento conjugal.

Cezar Ferreira (2016, p.90) traz as modalidades de guarda unilateral, que é definida como sendo a modalidade de guarda pela qual um dos genitores passa a deter a guarda dos filhos por sentença de homologação de acordo ou decisória. Ao outro genitor é dado o dever/direito de visita e supervisão e fiscalização dos atos do guardião. Por outro lado, a guarda alternada, que é bastante confundida com a compartilhada, se resume a uma modalidade de guarda pela qual se estabelece a permanência dos filhos menores um tempo na casa paterna e, ao mesmo tempo, na casa materna.

Na definição da guarda compartilhada, o conceito legal que está disposto no art. 1.583, § 2º do Código Civil, dispõe apenas, que na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. Na conceituação da Guarda compartilhada, Rolf Madaleno (2018) explica

> Na guarda compartilhada jurídica, os pais conservam mutuamente o direito de custódia e responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados sua posse, sem que isto obrigue a uma divisão equilibrada do tempo de permanência dos filhos com o pai e com a mãe, pois esta é a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> expressão prática da nova guarda compartilhada física agora regulamentada pela Lei 13.058/2014, de que pais devem decidir em conjunto sobre as questões que digam respeito aos interesses superiores dos filhos. A noção de guarda conjunta jurídica está ligada à ideia de uma cogestão da autoridade parental, como mostra Grisard: "A guarda conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental (...) é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal". (MADALENO,2018. p. 291)

Ramos (2016), no mesmo sentido, evidencia que

> A expressão "guarda compartilhada" de crianças refere-se à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições. Na definição do nosso Código Civil, a guarda compartilhada significa 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 (art. 1.583), de modo que o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre mãe e pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (§ 2º). (RAMOS,2016. p. 53-54)

E que há, ainda, uma subdivisão decorrente do conceito legal, onde a guarda compartilhada pode ser física ou jurídica. A autora define a guarda compartilhada jurídica como a prerrogativa de "tomar decisões em conjunto", o que significa que, mesmo em situações de divórcio, ambos os pais possuem o direito de tomar as decisões sobre o futuro dos filhos, embora a criança resida unicamente com um dos pais, que exerce a sua guarda física, definindo assim a guarda física compartilhada como o arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos, apresentando-se sob as mais diversas modalidades, nas quais a criança fica praticamente a metade de seu tempo com cada um deles.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.1 REQUISITOS DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Nos termos legais, de acordo com Ramos (2016) para que seja concedida a guarda compartilhada aos pais, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: maternidade ou paternidade jurídica (normalmente demonstrada com o registro civil do filho), aptidão para o exercício do poder familiar e vontade de exercer a guarda, ressaltando que, conquanto o legislador tenha mencionado pai e mãe, a guarda compartilhada também se aplica aos casais homoafetivos, podendo ser aplicada na maternidade ou paternidade socioafetiva, notadamente nas hipóteses de adoção, ressaltando que o companheiro da mãe, especialmente quando a criança não tem pai registrado, exerce nítida função parental, e que outros familiares, como a tia e a avó, também podem exercer a guarda compartilhada com os pais (p. 58).

Por fim, a autora mencionada acima evidencia que a guarda compartilhada ou unilateral pode ser requerida pelos pais, ou por qualquer deles, em consenso ou não, conjuntamente com a ação de divórcio, dissolução de união estável ou em medida cautelar, abordando como causas favoráveis a concessão do pedido, A transmissibilidade de bons valores, o estímulo do convívio familiar com os pais, avós, irmãos e demais parentes, no respeito à figura parental do outro genitor, no cuidado e disponibilidade afetiva, num ambiente saudável E as impeditivas, por exemplo, são O uso de drogas130, a existência de problemas psiquiátricos graves e um ambiente hostil ao desenvolvimento da criança. (p.59)

Com o cumprimento dos requisitos acima, há a concessão da guarda compartilhada física, podendo servir de base para a concessão da guarda jurídica compartilhada. É importante que o Juiz saiba, para a concessão da guarda jurídica, dentre outras coisas, os períodos de convivência de cada um dos genitores com o menor, as responsabilidades de ambos no que se refere a alimentação, escola e saúde da criança e como será a comunicação entre os pais, de forma a atender o melhor interesse da criança.

3. EFEITOS DA GUARDA COMPARTILHADA

Diante da mudança no conceito e abordagem da família, com a positivação dos deveres e direitos de seus membros, diversos deveres são exigidos aos pais com a intenção da proteção dos mais vulneráveis, quais sejam, os filhos, devendo se dá de forma prática e eficiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com a Constituição Federal, os deveres familiares estão expostos no art. 227, que diz ser 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. Trouxe ainda, de acordo com o Art. 229, o dever recíproco de que os paisdevem assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O art. 1.634 do Código Civil impõe aos pais, no mesmo sentido, quanto à pessoa dos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Para Rolf Madaleno (2018)

> A maior função do poder familiar, com base no foco Constitucional, é a proteção da sociedade familiar e tutela do melhor interesse da criança e adolescente, ele evidenciando ainda que estão submetidos ao poder familiar tanto os filhos naturais, oriundos ou não do casamento, ou quando resultantes de outra origem, aqui subentendidos os socioafetivos (CC, art. 1.593); como os adotivos, enquanto menores de dezoito anos (CC, arts. 5º e 1.630), figurando em seu contexto um conjunto de direitos e de deveres recíprocos (MADALENO, 2018. p. 702).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Com o divórcio dos pais, há uma transferência, quase que implícita para a mãe, de todo o dever legal que na maioria das vezes, por não dispor de uma separação amigável, acaba por arcar com todas as obrigações relacionadas aos filhos. Tal situação não tem como ser negligenciada dada a realidade fática nos processos que envolvem o direito de família, que entre outras coisas, busca resgatar o entendimento da titularidade e exercício conjuntos dos deveres decursivos do poder familiar. Dadas essas situações, a guarda compartilhada foi instituída, tanto para a divisão do exercício do poder familiar, quanto para reduzir, ou até eliminar, os casos de barganha ou chantagem pelo detentor da guarda unilateral. Com o avanço da Lei 11.698/08, Madaleno explana

> Estando os pais separados, nem por conta deste fato pode o ascendente não guardião se descurar do seu dever de participar efetivamente da vida afetiva e sentimental de seu filho, pois mesmo nas circunstâncias de desordem familiar o genitor não guardião segue como titular de um direito a uma adequada comunicação com sua prole e o direito de supervisionar sua educação, e ocorrendo de os pais se omitirem deste fundamental ditame da consciência e da natureza, mesmo pudesse o genitor ausente estar ofertando estrutura moral em visitas espaçadas, ainda assim implicará assumir a responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos porventura surgidos na vida dos filhos, com repercussão por toda a sua existência e com nefastos sintomas na vida funcional da prole, lembrando José Fernando Simão ser dos pais a responsabilidade pelos atos de seus filhos menores (MADALENO, 2018. p. 708).

Quando há o descumprimento dos deveres legais relativos a parentalidade, há a configuração da responsabilidade civil por danos gerados aos filhos, que encontra-se fundada, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança ou adolescente. Nas palavras de Anne Brito (2016)

> A responsabilidade de cuidar devidamente recai sobre os genitores, primeiro contato que o infante possui com o mundo. Esses devem oferecer ao menor mais do que apoio material apto a mantê-lo alimentado e em segurança, mas também elementos necessários para a saúde mental e comportamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> social. Quando os genitores deixam de exercer esse dever de cuidado, agindo com indiferença afetiva para com sua prole, ocorre o abandono afetivo. (BRITO, 2016).

Num primeiro cenário, quando o dever alimentar não é cumprido, nos termos da Lei 5.478/68 c/c 528 do CPC/15, há a responsabilização do genitor que não cumpriu com o acordado, levando até a prisão civil do devedor quando houver mais que três prestações em atraso. Rizzardo (2019) aborda que

> Pode-se conceituar alimentos como tudo quanto é indispensável às necessidades da vida, como vestimentas, alimentação, moradia, atendimento médico-hospitalar, instrução, recreação etc. Na visão de Clóvis Beviláqua, "a palavra 'alimentos' tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que na linguagem comum, pois compreende tudo o que é necessário à vida: sustento, habitação, roupa e tratamento de moléstias. Registra João Claudino de Oliveira e Cruz: A palavra 'alimentos', na terminologia jurídica, tem significação própria, compreendendo todo o necessário para o sustento, habitação, vestuário, tratamento por ocasião de moléstia e, se o alimentário for menor, as despesas com a sua educação e instrução."6 Há uma relação que obriga uma pessoa a prestar à outra o necessário para a sua manutenção e, conforme o caso, para a própria instrução ou formação (RIZZARDO, 2019. p. 665).

Por se tratar de um direito personalíssimo, indisponível e irrenunciável, nada impede uma prestação indenização, fora as prestações mensais, pelo período em que houve omissão no cumprimento do dever alimentício. Em outro campo, a responsabilidade civil por abandono afetivo, é a voltada a reparar a dor sofrida pelo filho que foi privado do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico em família, e devido a isso, tenha contraído dores e sentimentos irreparáveis pecuniariamente, ou seja, em outras palavras, será indenizado o filho que não teve a assistência, criação e educação devida do seu genitor, o qual descumpriu um dever legal. Um terceiro dano voltado a parentalidade, é a responsabilidade civil por alienação parental. Lagrasta Neto (2015) definiu a alienação parental como

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Alienação parental é definida como imposição pelo alienador ao alienado (criança ou adolescente) de falsas memórias, dirigidas também contra o igualmente alienado (genitor, cônjuge, companheiro, responsável, tutor etc.), incutindo nos primeiros sentimentos de ódio ou repúdio. Nessa condição o alienador promove verdadeiros atos de tortura, em geral devidos a seu desequilíbrio emocional ou doença mental, colocando-se duplo dilema: como tratar o doente? Como conseguir a prisão por tortura do alienador? De todo modo, a criança e o adolescente acabam por sofrer agressão física ou psíquica que além de moldar-lhes a personalidade, relevam sequelas crônicas, merecendo seja buscada a responsabilidade civil do alienador e a devida reparação (LAGRASTA NETO, 2015. p. 64)

Nesses recente cenário, de acordo com Flavio Tartuce (2018), o ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. Diante disso, para o autor, não há dúvida de que, além das consequências para o poder familiar, a alienação parental pode gerar a responsabilidade civil do alienador, respondendo o alienador por abuso de direito e sua responsabilidade é de natureza objetiva, ou seja, independendo de culpa e com entendimento consolidado com base no Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Civil (p. 918).

4. HIPÓTESES DE INVIABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Como evidenciado anteriormente, a guarda compartilhada visa o cuidado e proteção dos filhos de forma mútua, objetivando assegurar a eles, o dever de uma convivência saudável para seu pleno desenvolvimento familiar e social. Entretanto, mesmo que presentes os requisitos citados acima, quais sejam, a vontade de exercer a guarda conjunta e a aptidão plena para o exercício do poder familiar, há casos em que a guarda compartilhada se torna incompatível. No processo de apreciação para a concessão da guarda, para Ramos (2016), serão levados em conta alguns requisitos, dentre outros, a transmissibilidade de bons valores, o estímulo do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

convívio familiar com os pais, avós, irmãos e demais parentes, no respeito à figura parental do outro genitor, no cuidado e disponibilidade afetiva, num ambiente saudável (p.59). Destaca a autora, que nem os litígios entre os pais nem a morosidade judiciária podem atuar contrariamente ao integral convívio familiar, devendo todos cooperarem para tanto.

No campo prático, Lima (2018) evidencia que para um bom êxito no exercício da guarda, sem prejuízo da maleabilidade implícita no regime da guarda compartilhada, deverá ser previamente estabelecido um regime de convivência com regras elastecidas. Isso inclui a possibilidade de buscar o filho na escola, levar o menor para pernoite em dias de semana, bem como realizar visitas mais frequentes nos finais de semana, evitando o distanciamento afetivo causado por um eventual contato escasso entre pais e filhos. Assim, é possível convencionar contatos próximos e rotineiros com ambos os pais, desde que sem prejuízo à dinâmica escolar do menor. Com isto, o estabelecimento de uma rotina é primordial, de maneira a permitir que os pais possam fazer um bom planejamento relativamente aos momentos de convívio com os filhos, férias, atividades escolares e extracurriculares do cotidiano, possibilitando a conciliação destes fatores com a sua vida pessoal (p. 313).

Ramos (2016) Define quais os atos que inviabilizam a concessão da Guarda compartilhada

> O uso de drogas, a existência de problemas psiquiátricos graves, um ambiente hostil ao desenvolvimento da criança, a reiterada prática de alienação parental grave, maus-tratos e abuso sexual, atos comprovados de violência doméstica com agressões físicas e risco de morte são razões que inviabilizam a guarda compartilhada (RAMOS, 2016. p. 109).

Para a definição do que seria um ambiente hostil, a autora citada acima exemplifica

> Quando se menciona um ambiente hostil ao desenvolvimento da criança é aquele com ausência de afeto. Afeto é o centro do direito de família e a razão de ser da guarda compartilhada. É pelo convívio que o amor entre pais e filhos irá se fortalecer. É o amor o sentimento mais nobre e edificante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> do ser humano, que o prepara para a vida adulta de forma responsável e saudável. Recebendo amor/cuidado, a criança se percebe valorizada e pode internalizar bons sentimentos. Não são situações de pobreza nem em razão do litígio entre os pais que a criança perderá o seu direito à convivência familiar (RAMOS, 2016. p. 109).

Diante disso, para a doutrina, é importante o destacamento de três premissas importantes que podem interferir no processo de concessão da guarda compartilhada, sendo a primeira relacionada a aptidão em exercer o poder familiar, que mesmo sendo presumido, admite-se prova em contrário. A outra premissa diz respeito ao consenso, que como se pensava antes, não é mais um requisito para a concessão da guarda compartilhada, ou seja, quando não houver consenso entre os pais ou apenas um dos genitores demostrar interesse em partilhar a guarda, o processo se desenvolverá favoravelmente a guarda compartilhada, a terceira premissa volta-se ao dever alimentar, que não é desobrigado com a concessão do compartilhamento da guarda, em outras palavras, quem está obrigado a pagar os alimentos, deve-o continuar a fazer, mesmo que posteriormente haja a concessão da guarda compartilhada, visando sempre, em ambos os casos, o melhor interesse da criança.

No campo jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, em Agravo em Recurso Especial nº 1.456.629 - SP (2019/0044280-6), de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, foi assim ementado:

> EMENTA: CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. **MODIFICAÇÃO. ESTUDO PSICOSSOCIAL NÃO FAVORÁVEL. INVIABILIDADE. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO**. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.456.629 - SP (2019/0044280-6). RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO. PUBLICADO EM 09/04/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com o relator, no caso em apreço, o estudo realizado foi desfavorável ao pedido de guarda compartilhada, concluindo a perita judicial que "a despeito de haver, segundo a lei da guarda compartilhada, indicação para sua aplicação nos casos nos quais os genitores não chegam a um acordo, entendemos que, neste caso, sua aplicação poderia perpetuar pontos de conflito entre as concepções atinentes ao que seria melhor para a criança, evidenciando ainda que, em que pese a mudança legislativa que passou a adotar como regra a guarda compartilhada, entendemos que tal circunstância, por si só, não é suficiente para que ela seja fixada de tal maneira, devendo ser analisados os demais elementos constantes dos autos. Em outra demanda, o STJ reformou uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que viabilizou a guarda, assim ementado

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO.PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. **GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE NO CASO CONCRETO. HARMONIA ENTRE OS GENITORES NÃO DEMONSTRADA**. SENTENÇA REFORMADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.902 - RS (2018/0315114-0). RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI. PUBLICADA EM 22/02/2019.

Para o relator, aguarda compartilhada deve ser deferida sempre que demonstrada sua conveniência em prol dos interesses do filho menor, exigindo-se, para tanto, harmonia entre os genitores, mesmo na separação, e real disposição em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação da prole, com vista à sua adaptação à separação com o mínimo de prejuízo. Por outro lado, o relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no caso em apreço, decidiu

> EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PREJUDICADO. **GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE MATERIAL. DIFICULDADE GEOGRÁFICA**. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. PRESERVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE VISITAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.339.400 - DF

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

(2018/0194829-0). RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. PUBLICADO EM 05/11/2018.

Nesse último caso em apreço, o relatou estabeleceu que Havendo peculiaridades que inviabilizam a adoção da guarda compartilhada, a saber: a dificuldade geográfica e atendendo-se ao princípio do melhor interesse dos menores, por óbvio evidencia-se uma inviabilidade material em se implementar a guarda compartilhada no presente caso. Emergindo dos elementos de convicção produzidos nos autos, inclusive de Pareceres Técnicos elaborados e colacionados, que a genitora encontra-se apta a atender de maneira satisfatória às necessidades básicas e emocionais dos filhos, deve ser mantida a fixação de guarda unilateral em seu favor, afastando-se a pretensão atinente ao regime de guarda compartilhada formulado pelo requerido.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a pesquisa expôs, inicialmente, que um novo conceito de família, dada a mudança em sua essência e sentido, proporcionou relações familiares mais afetivas. Com uma nova visão de igualdade entre os pais, são deveres, de ambos, a guarda e zelo pelo crescimento saudável infanto-juvenil. Com a valorização da afetividade no campo familiar, a guarda compartilhada mostrou-se importante, dado o seu objetivo de aproximar pais e filhos e reforça as relações familiares, porque independentemente dos pais morarem juntos ou não, a criança deve se sentir acolhida. Além disso, é uma ferramenta eficaz no combate a alienação parental e no fortalecimento individual infantil.

Contudo, ainda que uma adequada medida, há casos em que a guarda compartilhada se mostra inviável, dada a natureza singular da situação ou dos conjugues, são exemplos de inviabilidade, entre outros, uso de drogas no convívio familiar, doenças psíquicas dos pais, falta de cuidado destes com o menor ou maus tratos.

A jurisprudência tem-se mostrado mais cautelosa ao decidir sobre a guarda, como nas jurisprudências analisadas acima, há um relatório psicológico da criança e da condição familiar desta, decidindo o Tribunal sobre o que o laudo enfatiza, ou seja, é decidida a guarda compartilhada quando está é recomendada via laudo técnico, afim de não gerar maiores danos a criança que já está sofrendo pela desintegração do seu convívio físico familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 11.698, de 13 de junho de 2008**. Institui e disciplina a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 01/04/2019.

BRASIL. **Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Estabelece o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispoe sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 01/04/2019.

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: 01/04/2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1.456.629/SP.** Recorrentes: R B B. Recorridos: G M A. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. São Paulo, 30 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=1.456.629&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1.406.902** - RS (2018/0315114-0)**.** Recorrentes: M DA S R O. Recorridos: F M O. Relator: Ministro MARCO BUZZI. Rio Grande do Sul, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=1.406.902&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no** 1.339.400 - DF (2018/0194829-0)**.** Recorrentes: J K L. Recorridos: W S A L. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Distrito Federal, 05 de novembro de 2018. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=1.339.400++DF+%282018%2F0194829-0%29&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01/05/2019.

BRITO, Anne Lacerda de. Abandono afetivo: o que é isso e quais as consequências jurídicas. Revista JUSBRASIL. Disponível em: http://annelbrito.jusbrasil.com.br/artigos/351785806/abandono-afetivo-o-que-e-isso-equaisas-consequencias-juridicas. Acesso em 28/04/2019.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica [recurso eletrônico] / Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira, Rosa Maria Stefanini de Macedo. – Porto Alegre : Artmed, 2016. e-PUB

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Guarda Compartilhada 3º edição. Antônio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2018.

LAGRASTA NETO, Caetano. A responsabilidade civil por abuso físico e psicológico da criança e do adolescente. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015. p. 64.

MADALENO, Rolf Direito de família / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família / Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo Direitos de Família / Arnaldo Rizzardo. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio Manual de responsabilidade civil : volume único / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

---

[1]Karine Alves Gonçalves Mota. Doutora em Ciências pela USP. Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. E-mail prof.karinemota@fasec.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

O ABUSO DE DIREITO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS DECORRENTE DA NEGATIVA DE PATERNIDADE

TALITA MIE GONÇALVES COSTA: Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal discorrer sobre o abuso de direito nas ações de família que surge através da imputação falsa de paternidade. Traçar estudos que percorrem as novações da lei número 11.804/2008, lei de alimentos gravídicos, que tem por escopo amparar a gestante e garantir o desenvolvimento sadio do nascituro. Este estudo desenvolve abordagens dentro da compreensão do abuso de direito enquanto ato ilícito, principalmente no que se diz respeito ao abuso do direito de ação. E, busca também, apresentar as configurações da responsabilidade civil de caráter objetivo e subjetivo de modo a compreender qual destas se aplica na situação e que se propõe estudar. Principalmente diante do veto do artigo 10º da lei de alimentos gravídicos. Este, por sua vez, foi declarado como incompatível com os preceitos constitucionais do Brasil, por ferir o direito de acesso à justiça da gestante e nascituro. Contudo, insta frisar que o tipo de responsabilidade contida no dispositivo em tela é exceção no ordenamento jurídico pátrio, e por isso, resta a regra, que é a de responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que para sua configuração é indispensável a apresentação de dolo ou culpa do agente.

Palavras-chave: Abuso do direito; Imputação de falsa paternidade; Responsablidade civil.

ABSTRACT: The objective of this paper is to discuss the abuse of rights in family actions that arise through the false imputation of paternity. Trace studies that cover the new provisions of law number 11804/2008, the law on pregnant foods, which aims to support the pregnant woman and ensure the healthy development of the unborn child. This study develops approaches within the understanding of the abuse of rights as an unlawful act, especially regarding abuse of the right to action. And, it also seeks to present the configurations of civil liability of objective and subjective character in order to understand which of these applies in the situation

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

and which proposes to study. Especially in the face of the veto of article 10 of the law of gravid foods. This, in turn, was declared as incompatible with the constitutional precepts of Brazil, for harming the right of access to justice of the pregnant and the unborn. However, he insists that the type of responsibility contained in the device on the screen is an exception in the legal system of the country, and therefore, the rule remains, which is that of subjective responsibility, that is, that which is indispensable for the configuration of malice or fault of the agent.

Keywords: Right Abuse; Imputation of false paternity; Civil responsability.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Abuso de Direito Enquanto Ilícito Civil e o Dever de Reparação; 2. O Abuso de Direito Como Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva; 2.1. O Abuso de Direito de Ação; 3. A Configuração do Abuso de Direito nas Ações de Direito de Família; 3.1. A Responsabilidade Civil Decorrente de Imputação Falsa de Paternidade; 3.1.2. Da Responsabilidade; 3.1.3 Do Cabimento da Ação de Danos Morais e Materiais; 3.1.3 Do Cabimento da Ação de Danos Morais e Materiais.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento que nas "relações familiares" têm ocorrido mudanças, e por isso o direito deve-se adequar às adversidades propostas pela sociedade. No que tange aos alimentos gravídicos que podem surgir de situações em que às vezes não há nem um vínculo íntimo familiar, mesmo assim, se garante os cuidados merecidos à genitora e sua prole, pois é um direito conquistado.

Embora seja um direito conquistado, pode-se haver abusos referentes a esse direito, que devem ser previstos no ordenamento jurídico, evitando de tal forma injustiças sociais. Esse trabalho visa, então, delimitar de que forma pode ser estabelecida a responsabilização civil quando há abuso de direito nas ações de alimentos gravídicos decorrente da negativa de paternidade.

Abuso de direito é considerado cláusula de responsabilidade objetiva no sistema normativo jurídico, já a responsabilização decorrente da ação de alimentos gravídicos é subjetiva. Logo, é preciso investigar quando há abuso de direito

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(material ou processual) nas ações de alimentos gravídicos e qual é o tratamento jurídico desse cenário.

Torna-se importante aprofundar nessa discussão, visto que há doutrinadores que discutem o tema com diversas interpretações, pois no viés do lesado, o então suposto pai, vítima de abuso de direito, é fundamental para que se garanta a justiça social, a indenização cabível, ressalvando o devido processo legal entre os princípios fundamentais do direito.

Nesta pesquisa, por primeiro, far-se-á uma abordagem do abuso de direito enquanto ilícito civil, e o dever de indenizar decorrente do dano causado do abuso. Trazendo sempre a ideia que o abuso de direito é configurado, quando este ultrapassa os limites estabelecidos pela legislação.

Num segundo giro, este estudo se voltará se olhar ao abuso de direito partindo de uma perspectiva da cláusula geral de responsabilidade objetiva, dentro deste nicho buscar-se-á compreender o abuso do direito de ação, e que este somente deve ser caracterizado diante da percepção da chamada litigância de má-fé, sob o intento de não se incorrer sobre o cerceamento do direito de ação.

Por fim, este artigo passa a estudar o abuso de direito de ação nos processos que versem sobre direito de família, bem como busca compreender os níveis de responsabilidade decorrentes da imputação falsa de paternidade.

Por fim, é imperioso mencionar que o presente artigo, é produto final do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

1. O ABUSO DE DIREITO ENQUANTO ILÍCITO CIVIL E O DEVER DE REPARAÇÃO

A compreensão do que é Direito gira em torno das normas devidamente conquistadas, além de ser um privilégio a ser exercido em um contexto legal vigente, operar de forma excedente um direito que lhe fora outorgado é considerado abuso, e, por conseguinte, gera uma reparação aos danos que são causados por essa afronta.

Em um breve contexto histórico tem-se como uma norma primordial da sociedade um dever de não prejudicar alguém, no que tange ao uso excessivo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

um direito a ele concedido se tornava uma ofensa muito significativa para a sociedade, e ainda torna. A teoria do abuso do direito tornou expressiva, principalmente na luta contra o absolutismo do Estado.

Em que se havia uma grande noção individualista no qual os direitos subjetivos eram protegidos em toda e qualquer hipótese. No entanto essa teoria, com o passar do tempo, foi mudando as concepções, não sobressaídas pelo Estado soberano e sim pelo convívio social, aquilo que se tornara abuso para aquela sociedade, era tido como ato ilícito.

> Embora muito antiga, a teoria do abuso do direito teve progresso rápido no último século, o que alargou consideravelmente os domínios do ato ilícito. Foi a justa reação a? noção individualista dos direitos subjetivos constituída a partir do Código Civil de Napoleão, pela qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer hipótese, ainda que dele decorressem consequências funestas para a sociedade. Aquilo que inicialmente representou um avanço – pois o Direito, com tal noção, passou a ser a mais poderosa arma contra o absolutismo do Estado –, com o passar do tempo mostrou-se de grande inconveniência em face de uma nova realidade socioeconômica, realidade, essa, que demonstrou serem relativos não só? o Poder do Estado, mas também os direitos conferidos ao homem, limitados que estão pelas regras de convívio social (CAVALHIERI FILHO, 2015, p. 238-239).

Alguns doutrinadores defendem que a expressão "abuso de direito" é incoerente, pois quando há abuso de algum direito na verdade esse direito passa a não existir, uma vez que todo direito é algo lícito, e ao exercê-lo de forma abusiva o torna ilícito. Conforme esclarece Gagliano e Pamplina Filho (2017, p. 166) "se alguém atua escudado pelo Direito, não poderá? estar atuando contra esse mesmo Direito", visto que o exercício de algum direito manifestamente excessivo é considerado ilícito.

> Na realidade, e? contraditória a expressão abuso de direito, e disso resultou toda a controvérsia sobre o tema. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> direito e? sempre lícito; ha? uma antítese entre o direito e o ilícito, um exclui o outro. Onde ha? direito, não ha? ilicitude. O que pode ser ilícito e? o exercício do direito – a forma de sua exigibilidade. [...] E assim e? porque uma coisa e? o direito e outra o seu exercício, visto que, encarado do ponto de vista existencial e funcional, o direito subjetivo pode ser desdobrado em dois momentos distintos: o da constituição e o do exercício (CAVALHIERI FILHO, 2015, p. 239).

A responsabilização decorrente do abuso de direito há duas vertentes: a teoria subjetiva, que usa do raciocínio de que o agente usa do direito para prejudicar alguém de forma interessada, ou seja, age com dolo. E a teoria objetiva se caracteriza pelo uso incomum e não operante do direito, ou seja, o propósito do pleno direito não condiz com o exercício deste em um caso concreto.

> Duas teorias definem o abuso do direito. Para a mais tradicional, a subjetiva, haverá? abuso do direito quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém. Para a teoria objetiva, o abuso do direito estará no uso anormal ou antinacional do direito. Caracteriza-se pela existência de conflito entre a finalidade própria do direito e a sua atuação no caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 241).

Para enfatizar, então, o conceito de abuso de direito tem-se como um agente disposto em seu direito, ultrapassar os limites estabelecidos pela legislação. O abuso se concretiza no uso hiperbólico na forma de comportar-se perante uma outorga legal, uma liberdade a ele concedida. E claro que ao manifesto abuso, tem-se a responsabilização adequada a aquele que sofreu os danos decorrentes desse excesso.

> Deixando de lado as controvérsias que grassam em torno da matéria, a ideia envolve o exagero no exercício dos direitos, ou, mais hodiernamente, a aplicação literal da lei e a imposição de normas feitas para a proteção de uma classe, fatores que sufocam os direitos primordiais da pessoa humana. Revela-se a figura quando o titular do direito leva outrem a malefício ou a prejuízos, e não quando a execução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de uma obrigação atendeu a todos os requisitos legais. O abuso está na forma de agir, nos excessos empregados. No gozo ou exercício de um direito provoca-se uma grave injustiça, incorrendo na máxima *romana summum jus*, *summa injuria*, o que se verifica quando se acumulam cláusulas abusivas em contratos de adesão, ou se executam medidas violentas para a proteção de eventual direito (RIZZARDO, 2015, s/p).

Exemplos de abusos de direitos são variáveis, entre eles estão: "a viabilidade das instituições financeiras em cobrar juros em níveis estratosféricos, no financiamento de um bem, a ponto de superar a dívida várias vezes o valor do bem financiado" (RIZZARDO, 2015, s/p); "no Direito das Coisas, o uso abusivo do direito da propriedade, desrespeitando a política de defesa do meio ambiente" (GAGLIANO; PAMPLINA FILHO, 2017, p. 169).

Bem como no Direito de Família em que a genitora propõe ação de alimentos gravídicos de forma abusiva, ou no valor da pensão acima do que o réu pode pagar, ou no apontamento do suposto pai, impondo a ele a essa "responsabilidade", ou posteriormente na utilização dessa pensão para outros fins. E isso como já demonstrado, conferida essa hipótese que transcende as barreiras do aceitável, é revelada a responsabilidade, compelindo-se ao autor do abuso a indenizar os prejuízos cabidos.

2. O ABUSO DE DIREITO COMO CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O abuso de direito no aspecto material é disposto no Código Civil de 2002 em seu artigo 187, do Código Civil de 2002, nos seguintes termos: "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" (BRASIL, 2002, s/p). Nota-se que é considerado um ato ilícito e caso quem exceda esses limites estará sob a mesma responsabilização do artigo 927 do mesmo código.

Pelo seu fim econômico refere-se ao interesse, rendimento em que aquele indivíduo terá ao exercer de forma abusiva o direito. Podendo ser esse interesse

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

material ou alguma vantagem com o resultado obtido pelo excesso manifesto. O direito subjetivo tem em si esse teor econômico e ao usá-lo de maneira controversa, estaria opondo-se ao real sentido de seu direito. Vê-se muito desse aspecto em contratos, uma vez que o objeto deste normalmente é com o fundamento econômico e social.

> Entende-se por fim econômico o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportara? pelo seu não exercício. Não mais se concebe o exercício de um direito que na?o se destine a satisfazer um interesse sério e legitimo. Esse fim econo?mico tem grande releva?ncia principalmente no Direito Obrigacional. O contrato – ninguém contesta – e? primeiramente um fenômeno econo?mico; o jurídico vem depois, para dar segurança ao econo?mico, aparar alguns excessos e traçar determinados rumos. Então, o feno?meno econo?mico esta? na raiz do contrato. Na?o poderá o titular de um direito contratual ir contra essa finalidade econo?mica, porque seria contrariar a pro?pria natureza das coisas (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 245).

Pelo seu fim social entende-se por um contexto sociológico, como antes já informado a grande disposição individualista da humanidade em tempos passados, e foi mudando para uma sociedade em que se preocupava não mais de forma individualista e sim no todo. Com isso, se um agente em seu pleno direito usá-lo de forma a afetar o sentido social que se tem, estará incorrendo em abuso de direito, bem como sujeito a responsabilização.

> Que se entende por fim social do Direito? A questa?o, embora complexa, pode ser assim resumida. Toda sociedade tem um fim a realizar: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito e? o instrumento de organizac?a?o social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo esta?, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propo?s (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 250).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pela boa fé se compreende pela boa-fé objetiva, aquela que de forma implícita todos devem agir em suas relações interpessoais, jurídicas, uma vez que esta é a boa-fé normativa presumida. Resumindo, para Cavalieri Filho (2015, p. 251) "boa-fé? objetiva e? o padrão de conduta necessária a? convivência social para que se possa acreditar, ter fe? e confiança na conduta de outrem".

Pelo bom costume se traduz pelos hábitos éticos de uma determinada sociedade, isto é, são aquelas políticas da boa vizinhança, regras de convivência. Caso o agente titular do direito vá de encontro com essas regras de forma abusiva, estará cometido este pelo artigo 187, do Código Civil de 2002. Regras estas que devem, de forma totalizada, ter uma aprovação em massa pela sociedade, devem ser objetivas, e previsíveis a um "homem ideal", que na situação proposta deve-se agir de maneira como um homem médio se comportaria.

> Por fim, os bons costumes. Compreendem as concepc?o?es e?tico-juri?dicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convive?ncia que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam. Havera? abuso neste ponto quando o agir do titular do direito contrariar a e?tica dominante, atentar contra os ha?bitos aprovados pela sociedade, aferidos por crite?rios objetivos e aceitos pelo homem me?dio. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 253).

A responsabilização decorrente de um abuso de direito no âmbito material é, portanto, a responsabilidade objetiva, respeitando o critério objetivo-finali?stico, como prediz o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil, e bem como o artigo 927, do Código Civil de 2002.

> Nesse sentido, o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justic?a Federal (Brasi?lia, setembro/2002): "A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no crite?rio objetivo-finali?stico" (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 241).

Esse caráter objetivo-finali?stico no ordenamento brasileiro, preza pelo simples desvio de finalidade do direito, e não pela intenção do autor em prejudicar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

outrem, em seu excesso, não analisando dolo ou culpa, caracterizando então a responsabilidade objetiva

2.1. O ABUSO DE DIREITO DE AÇÃO

No aspecto processual há normas que compelem o abuso do direito. Visto que no direito processual se preza pelo princípio da probidade processual, esse princípio conforme Cavalieri Filho (2015), consiste em uma presunção da boa-fé dos que estão presentes no processo, o simples fato do equívoco no sujeito passivo da ação, ou mesmo que a demanda seja incontroversa não são suficientes para configurar abuso de direito.

Há que se pontuar que direitos do livre acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, proteção judiciária, entre outros são princípios e garantias constitucionais, que devem ser respeitados acima de tudo. Em um processo, portanto, o abuso do direito deve estar incontestável, de maneira que se possa observar o excesso manifesto.

> Em se tratando do abuso do direito processual, a fo?rmula legal do manifesto excesso dos limites devera? ser observada com redobrado cuidado em face do princi?pio da protec?a?o judicia?ria, tambe?m chamado princi?pio do livre acesso a? justiça, que constitui, em verdade, uma constelac?a?o de garantias constitucionais: a do direito de ac?a?o e de defesa (art. 5º, XXXV), a do devido processo legal (inc. LIV), a da ampla defesa e do contradito?rio (inc. LV), a do juiz natural e competente, a da fundamentac?a?o de todas as deciso?es (art. 93, inc. IV). A primeira garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameac?ado um direito. A Constituic?a?o de 1988 ampliou o direito de acesso ao Judicia?rio para antes da concretizac?a?o da lesa?o, incluindo nessa garantia a ameac?a de lesa?o (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 247).

Nesse sentido não se pode arguir o abuso de direito de ação para se esquivar do processo, pois a lei (art. 187 do Co?digo Civil), segundo Cavalieri Filho (2015), não pode afastar o julgamento do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direito. Da mesma forma, a simples declaração do abuso do direito processual não pode prejudicar o devido processo legal, o contraditório, nem cercear a ampla defesa de ninguém.

Por isso, o abuso de direito de ação no direito processual brasileiro cumpre restar na litigância de má-fé. Esta como já fora estabelecida é o oposto de boa-fé, o Código de Processo Civil de 2015, em seu corpo normativo estabelece alguns artigos que ressalta a penalização pra quem usa desse artifício para se promover em juízo.

Em seu artigo 80, deliberam quais são as atitudes que um litigante de má-fé poderá interpor no processo:

> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> VI - provocar incidente manifestamente infundado;
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (BRASIL, 2015, s/p).

Esses requisitos do artigo 80, devem estar manifestos no decorrer do processo para que se caracterize o abuso do direito de ação. Deparando com isso, o juiz, de oficio ou a requerimento, conforme o artigo 142, do mesmo código, poderá aplicar as penalidades da litigância de má-fé estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015, dispostas no artigo 81, para que assim impossibilite as partes de alcançar seus objetivos de forma imprópria.

> Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé (BRASIL, 2015, s/p).

A respeito da responsabilização, segundo o artigo 79, do Código de Processo Civil de 2015, responderão por perdas e danos os que movimentarem o judiciário com má-fé. De forma objetiva, pois a litigância de má-fé é uma forma de abuso de direito no âmbito processual, e se dispensa a culpa, se houve ou não a intenção de prejudicar de fato, caracterizando a simples ocorrência como prevê o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil.

É interessante ponderar alguns requisitos que delimitarão e aparecerão no caso de se verificar o abuso de direito, esses requisitos destacam de forma clara e objetiva o doutrinador Rizzardo, quais sejam:

> a) pessoa deve ter assegurado um direito, que lhe é reconhecido por lei, ou dele está revestida juridicamente. Assim, v. g., é titular do direito de retomar a posse de um bem; b) A conduta é praticada durante o exercício do direito, como na defesa da propriedade, na repulsa de uma agressão, na prática de uma atividade profissional; c) Há excesso manifesto dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, ou pela boa-fé ou pelos bons costumes. Quem executa ou realiza seu direito vai além do que permite o próprio valor econômico do bem objeto do exercício; d) Violação do direito alheio. Inconcebível que se destrua um prédio porque traz umidade aos prédios vizinhos, ou que se inutilizem os móveis de uma residência quando de sua retomada em uma ação de despejo; ou que, na repulsa de uma simples agressão, se atente contra a vida do agressor; e) Dispensa-se a pesquisa do elemento culpa, porquanto o abuso pressupõe a existência do elemento subjetivo. Inconcebível pensar em excesso, ou em abuso, desvinculadamente da culpa. Se o sujeito ativo vai além do que se lhe permitia no momento, procedeu com culpa, por mais leve que seja a sua manifestação (RIZZARDO, 2015, s/p).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como se percebe a boa-fé e os bons costumes, como princípios, também regem o sistema processual brasileiro, em que se impõem penalidades quando as posturas corrompidas que contrariem esses princípios estão presentes nos atos processuais.

3. A CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO NAS AÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

Diante do exposto ao que se falar em responsabilidade civil diante de qualquer abuso de direito, tanto material quanto processual, no sistema jurídico brasileiro, pela legislação e da, então, interpretação através do Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2002), que o abuso de direito é de responsabilidade civil objetiva, fundamentada no critério objetivo-finalístico.

Esse critério põe em foco o desvio de finalidade do direito, e não pelo desígnio próprio do agente em prejudicar outrem. Mesmo que no âmbito processual precise provar a litigância de má-fé, se dispensa a análise da culpa, se houve ou não a intenção de prejudicar de fato, caracterizando a simples ocorrência como prevê o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil.

Como bem defende o doutrinador Cavalieri Filho, quanto ao fundamento principal do abuso do direito:

> O fundamento principal do abuso do direito e? impedir que o direito sirva como forma de opressa?o, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato e? formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ili?cito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possi?vel: a conduta esta? em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisa?o com os seus valores e?ticos, sociais e econo?micos – enfim, em confronto com o conteúdo axiolo?gico da norma legal (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 240-241).

Para configurar o abuso de direito, portanto, basta o afastamento do propósito para qual aquele direito foi criado. Alguns autores, no entanto, não

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consideram que em qualquer situação que ocorra o abuso de direito será a responsabilidade civil objetiva.

Nesse sentido tem-se Gagliano (2015), que pondera em que a genitora ao imputar falsamente um suposto pai nas ações de alimentos gravídicos, esta responderia subjetivamente, implicando na comprovação de sua culpa, e não pelo simples fato de a mesma ter desviado a finalidade para com o direito em que tinha.

> E? inequi?voca a possibilidade de haver responsabilidade civil decorrente da falsa imputac?a?o de paternidade, verificada no a?mbito judicial ou na?o, desde que demonstrada a atuac?a?o dolosa do sujeito infrator.
>
> Trata-se de responsabilidade subjetiva, e que, se ocorrida no bojo de uma demanda, caracterizara? a denominada ma?-fe? processual (GAGLIANO, 2015, p. 344).

Podendo ter tido essa interpretação devido ao artigo 10º, da Lei 11.804/2008, dos Alimentos Gravídicos, em que foi vetado, pois previa a responsabilidade civil objetiva caso a genitora apontasse um suposto pai e o exame pericial de paternidade resultasse negativo.

> Art. 10. Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu.
>
> Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos (BRASIL, 2008, s/p).

Esse artigo foi vetado com os fundamentos e razões apresentados de que este seria uma norma intimadora, pois implicaria diretamente ao direito ao acesso à justiça, garantia constitucional. No qual dada à improcedência da ação, a autora teria que indenizar o réu em danos morais e materiais pela ação movida contra este, de qualquer forma.

> Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar danos a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação (BRASIL, 2008, s/p).

Com essas contraposições de teorias, é que esse projeto visa compreender de que forma a responsabilização civil pode ser estabelecida quando há abuso de direito nas ações de alimentos gravídicos decorrente da negativa de paternidade, vê-se que pelo entendimento do Gagliano (2015) a responsabilidade é subjetiva ponderando a intenção da genitora em prejudicar o suposto pai. Em contrapartida, Filho Cavaliere (2015) defende que em qualquer hipótese se aplica o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil (2002), em que se dá a responsabilidade de forma objetiva, pelo fato do desvio da finalidade do direito e não pela intenção em prejudicar outrem.

3.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE IMPUTAÇÃO FALSA DE PATERNIDADE

3.1.1 Da Lei n.º 11.804 de 2008: um breve relato quanto à sua finalidade

Para a subsistência do ser humano é necessária condições como alimentos, vestimentas, saúde, segurança, entre outras que possibilite ao indivíduo uma qualidade de vida. O direito, em sua forma de se adaptar às necessidades da sociedade, estabelece um instituto chamado de alimentos, que são prestações devidas para a além da subsistência básica de quem os pretende.

> A sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho. Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e conviventes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. Como dever de amparo, os alimentos derivam da lei, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> acontece com outra classe de alimentos advindos do contrato ou do testamento, ou os alimentos indenizativos. (MADALENO, 2018, p.899)

Conforme aborda o doutrinador Gonçalves (2017b, p. 497) "o vocábulo "alimentos" tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, na?o se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa". Ou seja, para o ordenamento jurídico aquele que entrar com a preterição de alimentos terá direito não só no sentido estrito da palavra, e sim de uma forma ampla, proporcionando vestuário, moradia, assistência médica, assistência ao ensino didático, instrução, entre outros que o juiz entender necessário.

No Código Civil de 2002, os alimentos estão dispostos do artigo 1.694 ao artigo 1.710, esse dever de prestar alimentos de acordo com Gonçalves (2017b) se pauta na solidariedade do ser humano e sua condição econômica, isso se deve entre os membros da família (pai, mãe, filhos) ou os parentes (avós, tios, entre outras).

Consoante com o artigo 1.694 do Código Civil de 2002 "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação" (BRASIL, 2002, s/p).

Afinal de contas a quem é devido as prestações de alimentos? Àquele que detém de personalidade civil. E segundo o Código Civil de 2002 em seu artigo 2º dispõe que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Isto é, o ordenamento jurídico ressalva também a teoria concepcionista, que aponta o comentador Freitas (2011, p. 42) que "a Teoria Concepcionista, por sua vez, parte da premissa que os direitos e obrigações do nascituro começam da concepção".

Além disso, o artigo 2º, do Código Civil de 2002, também recepciona a teoria natalista no sistema brasileiro. Essa teoria preconiza que nascituro só adquire a personalidade, após o nascimento com vida. Isto é, aquele que é concebido e tem nascimento absorve a personalidade, juntamente com os direitos a ele garantidos, a partir do momento que nasce com vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ademais, essa teoria explica que não faz sentido pleitear direitos, mesmo com representação materna, pois este ainda não adquiriu a personalidade e com isso a capacidade de exercer seus direitos.

> Na Teoria Natalista, o nascituro so? adquire personalidade apo?s o nascimento com vida. Essa teoria, adotada no Brasil, parte da premissa de que so? o nascimento com vida permite a aquisic?a?o da personalidade, em que o sujeito de direito pode adquirir e transmitir obrigac?o?es. Outrossim, lhe e? outorgada protec?a?o enquanto nascituro, na?o podendo, contudo, por meio de sua ma?e, por exemplo, ter exercitado seus direitos – pois ainda na?o os adquiriu –, ja? que estes ficam aguardando pelo nascimento com vida para aquisic?a?o de sua personalidade, que corresponde a? capacidade de ser herdeiro, legata?rio, donata?rio, autor de heranc?a, enfim, lhe garante exerci?cio pleno de direito (FREITAS, 2011, p. 42).

Outra teoria que disciplina a cerca da personalidade é a Teoria da Personalidade Condicional, nessa o autor Freitas (2011) elucida que o nascituro fica sob condição suspensiva, em que corresponde ao nascimento com vida. Dessa maneira o nascituro tem um direito fictício legal, pois está subordinado ao seu nascimento com vida, assim passa a ser admitido como pessoa.

Em conformidade com a teoria concepcionista, os alimentos gravídicos por sua vez também possuem a mesma finalidade de prover subsistência ao indivíduo desde a sua concepção, ou seja, ao nascituro.

Porquanto, se prioriza nesse contexto à vida, à saúde, entre outros princípios constitucionais do nascituro é por isso que o artigo 2º da Lei n.º 11.804/2008, prevê que os alimentos gravídicos assegurem ao menos o direito de nascer com vida e dignidade, concedendo assistências de um modo geral à gestante.

> Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (BRASIL, 2008, s/p).

Para se conseguir as prestações alimentícias gravídicas, se faz necessária propositura da ação entre a concepção e o nascimento do nascituro, com o fim de buscar uma compensação financeira do suposto pai, ressalvando a parte que lhe confere na medida de ambas as condições é o que confere Freitas (2011, p. 73) ao que diz respeito "no custo das despesas realizadas desde a concepc?a?o ate? o parto, entre outras decorrentes da gravidez, convertendo este benefício em pensão de alimentos com o nascimento da criança, sem que, todavia, haja declaração ou imputação de paternidade".

3.1.2. Da responsabilidade

É sabido, pois, que no ordenamento jurídico se estabelece dois tipos de responsabilização civil, sendo subjetiva quando há perspectiva de conduta culposa e o nexo causal, ou seja, é preciso comprovar a culpa como sendo fator decisivo ao que se refere no resultado e nos danos causados, isso se estabelece no artigo 186 do Código Civil, quanto aos atos ilícitos, essa é a regra geral quando não há legislação estabelecendo a responsabilidade objetiva.

Além disso, tem-se a responsabilidade objetiva, como já explanado, se materializa analisando a conduta, independentemente de culpa, o nexo causal e o dano. Esse tipo de responsabilização se dá por meio de regulamento normativo, devendo este estar previsto em legislações, a exemplo, o dono, ou detentor, responsável pelo animal, artigo 936; ao que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido, artigo 938; abuso de direito, artigo 187, ambos do Código Civil.

Conforme não tendo vínculo de fato familiar entre a gestante e o suposto pai, um relacionamento, por vezes temporário, é considerado no rol jurídico das relações familiares. É pertinente essa apreciação, pois há de se questionar qual o juízo competente para essa demanda, em que se permeava a dúvida entre Vara Cível ou Vara de Família. E pelas características intrínsecas à família serem relevantes ao caso concreto, o juízo competente será o Juízo da Vara de Famílias, assim aponta Gagliano:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Isso porque o que se vai discutir, com freque?ncia, pressupo?e o conhecimento – diríamos mais, a vive?ncia – das complexidades inerentes aos conflitos familiares, sensibilidade esta que, normalmente, acaba sendo desenvolvida, pela especializac?a?o, nos profissionais atuantes nas Varas de Fami?lia (GAGLIANO, 2015, p. 333).

Por ter esse teor de relações familiares, as responsabilizações decorrentes dessas relações se traduzem a comprovação do elemento psíquico na conduta no agente que por sua vez cause prejuízo a outrem, esse requisito se faz remeter à responsabilização civil subjetiva trazida pelo Código Civil vigente.

Como salienta o doutrinador Glagliano,

> Nas relações de fami?lia, outrossim, segundo a perspectiva da responsabilidade civil, as situac?o?es fa?ticas demandara?o a prova do elemento ani?mico, a teor da regra geral definidora do ato ili?cito, constante no art. 186 do CC.
>
> Ao menos no atual esta?gio do nosso Direito. Isso porque estamos diante de um novo horizonte que se descortina, extremamente sensi?vel a?s flutuac?o?es da dina?mica jurisprudencial (GAGLIANO, 2015, p. 333).

Como as ações de alimentos gravídicos têm uma matéria equivalente às relações de família, entende-se que para assuntos que demandem responsabilização indenizatória, aplicar-se-á a regra geral do ordenamento jurídico no que se refere a responsabilidade civil subjetiva, impondo-se então a prova da culpa do agente causador do ato ilícito.

3.1.3 do cabimento da ação de danos morais e materiais

Diante do veto do artigo 10 da lei Lei 11.804/2008, que determinava a responsabilidade objetiva da genitora nos casos em que se tivesse a negativa de paternidade (daquele que durante a gestação tivesse sido apontado como tal) declarada por exame de DNA, resta ainda, a responsabilidade de caráter subjetivo, preconizada no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, que é aquela que exige para a sua configuração a prova do dolo ou culpa. Cristiano Chaves de Farias ensina que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> De qualquer sorte, o acionado (o suposto genitor) poderá, após a comprovação judicial de que não é o pai, pleitear uma indenização por dano moral, somente se conseguir evidenciar que a imputação a si dirigida decorreu de má-fé, devidamente comprovada, da mãe do menor. Ou seja, trata-se, a toda lógica, de hipótese de responsabilidade subjetiva, com o ônus de prova da culpa recaindo sobre o suposto pai.

A Lei 11.804/2008 preconiza que os alimentos gravídicos serão fixados com base nos indícios de paternidade, e que estes sejam suficientes para que se estabeleça o convencimento do juízo. Declarada a obrigação de prestação de alimentos gravídicos, resta ao suposto genitor a obrigação de pagá-los.

Na lição de Diniz (2007, p. 62), esta apresenta um conceito muito sólido do que vem a ser o dano, entendido como: "O dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.".

Diante da genitora que imputa falsamente a paternidade de um nascituro a alguém, observa-se clara violação ao princípio da boa-fé. "Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com lealdade e a confiança esperáveis" (CAVALIERI, 2008, p. 161).

No caso em que a gestante, ao saber que atribui à alguém falsamente a condição de pai, esta claramente viola os postulados do princípio da boa-fé, causando danos ao falso genitor, e, assim age abusando de seu direito.

Por isso, independentemente da lei 11.804/2008 não consagrar a possibilidade de responsabilização em caráter objetivo à autora da ação de alimentos, não se quedará para esta a possibilidade de uma reparação cível pelo lado da responsabilidade subjetiva, ou seja, quando em sua conduta houver dolo ou culpa.

Nesta esteira, Douglas Phillips Freitas preceitua o seguinte:

> Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), **pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito** (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil. (2009, p. 90 grifo nosso).

Insta frisar que mesmo diante do veto do artigo 10, ainda persiste o dever de indenizar o suposto "pai" com luzes nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, que preveem a regra geral da aplicação da responsabilidade subjetiva.

O julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, preceitua o seguinte:

> ALIMENTOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDUÇÃO EM ERRO. Inexistência de filiação declarada em sentença. Enriquecimento sem causa do menor inocorrente. Pretensão que deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis pela manutenção do alimentário. Restituição por este não é devida. Aquele que fornece alimentos pensando erradamente que os devia pode exigir a restituição do seu valor do terceiro que realmente devia fornecê-los. (SÃO PAULO, TJ, Apelação 138.499-1, Rel.: Des. Jorge Almeida).

O TJSP, reconhece através do julgado supra, o direito de repetição de indébito àquele que pagou alimentos gravídicos e não os devia. É imperioso gravar que o Tribunal crava que a pretensão deve ser demandada contra a mão ou pai biológico. Sobre isso Arnold Wald explica:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente devia fornecê-los (2009, p.107.)

Em mesmo sentido a 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP entende que a imputação dolosa de falsa paternidade, configura ato ilícito, bem como configura "agressão à dignidade" do imputado, e, desta forma deve o aplicador do direito resguardar os direitos de personalidade preconizados nos inc. V e X do art. 5° da Constituição Federal. Em literais palavras, fixa jurisprudência o egrégio tribunal:

> A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige a compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos inc. V e X do art. 5° da CF.(6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112, 10.10.1996).

Silva leciona que mesmo diante existência do princípio da não devolução dos alimentos, nos casos em que houver dolo na conduta da gestante, deverá persistir o direito à reparação para o suposto genitor. Com estas palavras grava a autora:

> Permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do artigo 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação. Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, daquele princípio pelo qual se a pensão for paga indevidamente não cabe exigir a sua devolução. (2008. s/p).

Ou seja mesmo que o legislador tenha excluído a reponsabilidade objetiva da gestante, permanece ainda a responsabilidade denominada subjetiva para efeitos de danos morais e materiais, na maneira em quem prescreve o Código Civil e seus artigos 186, 187 e 927, ficado aquele que prestou alimentos gravídicos e não os devia amparado pela seguridade da responsabilidade civil subjetiva, podendo este sim ser reparado pelos danos sofridos pelos alimentos prestados e que não os era devido a través da ação de repetição de indébito

CONCLUSÃO

O abuso de direito figura como ato ilícito, e, para ele vigora a regra geral (para os casos de abuso de direito) da reponsabilidade civil preconizada no artigo 927,do Código Civil vez que o abuso de direito configura ato ilícito.

Ao criar a lei 11.408/2008 o legislador buscou viabilizar meios para que as gestantes pudessem receber do suposto genitor alimentos, para que assim, se resguardasse a saúde e integridade do nascituro.

Com vistas à efetivação dos dispositivos contidos na lei supracitada, condena-se o suposto pai a pagar alimentos gravídicos, valendo-se o juiz de meros indícios de paternidade para formular seu convencimento.

Na hipótese da genitora, valer-se dolosamente do seu direito de ação, para conseguir liminar judicial, que conceda para ela direito de receber alimentos de outrem, atribuindo-lhe paternidade, que sabia não lhe pertencer, comete ato ilícito, por abusar do seu direito de ação.

Nas hipóteses de abuso do direito de ação na hipótese descrita anteriormente, não resta a possibilidade de se atribuir a responsabilidade objetiva

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelos danos causados ao suposto genitor, por força do veto lançado sobre o artigo 10 da lei de alimentos, que era tido como inconstitucional por ferir diretamente o direito à Justiça das gestantes.

Contudo, insta frisar que a lei civil preconiza que todo aquele que por ato ilícito causara dado fica obrigado a repará-lo, e, por isto ser preceito superior na ordenação legislativa do Brasil, é que mesmo diante do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, o Direito Civil não é superado, quando, na conduta da gestante de movimentar o Poder Judiciário para pleitear alimentos, imputar dolosamente à alguém a paternidade de filho que sabia não ser seu.

Para a genitora, que agir segundo as hipóteses acima narradas, mesmo não vigorando a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, deverá então ser aplicada a regra geral do diploma cível, que por sua vez, faz recair a responsabilidade civil de caráter subjetivo.

É imperioso gravar, que os danos causados ao suposto genitor, devem ser pleiteados através de ação de repetição de indébito, e também é perfeitamente aplicável à genitora às penalidades cabíveis àqueles que praticam litigância de má fé.

Por todo exposto, não se acha desamparado o indivíduo que sobre dano por meio do abuso do direito de ação, de gestante que imputa sobre ele, causação sabidamente falsa de paternidade, pois mesmo com o veto do artigo 10, inda resta plenamente aplicável as disposições da responsabilidade civil subjetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 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 out. 2018.

_____. **Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>. Acesso em 27 out. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 03 nov. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos Gravídicos** - Comentários à Lei 11.804/2008. 3. ed. Rio de Janeiro: 2011.

_____. Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08: primeiros reflexos**. 2008. Disponível em:<http://uniesp.edu.br/sites/mirassol/exibe_edicao.php?id_edicao=189#>Acesso em: 04 abr. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Responsabilidade Civil pela Falsa Imputac?a?o de Paternidade**. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Pablo Stolze; PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**, volume 3 - Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**:Direito de família. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito Civil**: Obrigações e Responsabilidade Civil, volume 2. 2. ed. Atlas, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Alimentos. Pleiteado pela mulher e filhos, sendo um deles o nascituro.** Apelação nº 138.499-1, Rel.: Des. Jorge Almeida. Tribunal de Justiça, Disponível em < http://www.tj.sp.gov.br/ > Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça.**6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112,**Tribunal de Justiça, Disponível em < http://www.tj.sp.gov.br/ > Acesso em: 14 abr. 2019

---

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: karine.mota@catolica-to.edu.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DA POLUIÇÃO SONORA NAS ESTAÇÕES DE TRANSPORTE COLETIVO EM PALMAS TOCANTINS

JOSÉ IRAN MARTINS CUSTÓDIO TELES: Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo Palmas TO.

LILIANE DE MOURA BORGES[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo foi realizado com o intuito de verificar o índice de poluição sonora nas estações de transporte coletivo em Palmas Tocantins, foi utilizado o método indutivo baseados em técnicas de avaliações qualitativa e quantitativa, consistentes em levantamento bibliográfico sobre o problema da poluição sonora, legislações ambientais pertinentes ao tema, e medições pontuais de ruídos nas estações de transporte coletivo de Palmas. A pesquisa foi realizada com o uso de um aparelho medidor de ruído o Decibelímetro do tipo ITDEC 4000 da Instrutemp, que após a quantificação dos dados foram representados graficamente, interpretados e comparados com os valores estabelecidos na Norma Brasileira Regulamentadora NBR 10.151 da Associação Brasileira de Normas Técnicas ABNT – 2000, que estabelece os valores máximos aceitáveis de emissão de ruído para os períodos diurno e noturno. Os encontrados estão além dos limites recomendados pela Norma Brasileira regulamentadora, sendo que cabe ao poder público estatal adotar medidas que coíbe a prática de emissão descontrolada de ruído.

Palavras-Chave: Legislações ambientais; Poluição sonora; Ruído.

ABSTRACT: The present study was carried out with the purpose of verifying the noise pollution index at the public transport stations in Palmas Tocantins, using the inductive method based on qualitative and quantitative assessment techniques, consisting of a bibliographical survey on the problem of noise pollution, legislation environmental aspects pertinent to the theme, and specific measurements of noise

[1] Professora Mestre em Ciências Ambientais e Saúde, docente na Faculdade Serra do Carmo. E-mail: prof.lilianeborges@fasec.edu.br.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

at Palmas collective transportation stations. The research was carried out with the use of a noise measurement device of the ITDEC 4000 Decibelimeter of Instrutemp, which after the quantification of the data were represented graphically, interpreted and compared with the values established in the Brazilian Regulatory Standard NBR 10.151 of the Brazilian Association of Standards Techniques ABNT - 2000, which establishes the maximum acceptable values of noise emission for the day and night periods. Those found are beyond the limits recommended by the Brazilian Regulatory Standard, and it is the responsibility of the state public authority to adopt measures that prohibit the practice of uncontrolled noise emission.

Key-words: Environmental legislations; Noise pollution; Noise.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Proteção Ambiental: Legislação Constitucional Originária e Infraconstitucional do Meio Ambiente. 3 Metodologia. 4 Coleta de Dados. 4.1 Resultados da Pesquisa. 4.1.1 Estação Javaé. 4.1.2 Estação Karajá. 4.1.3 Estação Xerente. 4.1.4 Estação Krahô. 4.1.5 Estação Xambioá. 4.1.6 Estação Apinajé. 5 Análise de Dados. 6 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com o meio ambiente saudável constitui uma das relevantes questões da sociedade atual. Quando se fala em poluição a tendência humana é pensar em poluição de rios, do ar, do solo, esquecendo que o meio ambiente engloba todos os elementos que proporcionam o desenvolvimento do homem. Assim, a poluição sonora passa despercebida dentre as modalidades de poluição, ainda mais quando se leva em consideração que ela não deixa vestígios visíveis.

Em meados de 1990 o Conselho Nacional do Meio Ambiente CONAMA preocupado com os excessos de níveis de poluição sonora editou a resolução 01/1990, que dispôs sobre os critérios de padrões de emissão de ruídos decorrentes de quaisquer atividades, preconizou que os ruídos com níveis superiores aos estabelecidos, na Norma Brasileira Regulamentador NBR 10.151 da Associação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Brasileira de Normas Técnicas ABNT são prejudiciais à saúde e ao sossego público, portanto, inaceitáveis do ponto de vista prevencionista.

Os meios de transporte, em especial os motorizados, e a movimentação de pessoas, nas cidades são os causadores de impactos que comprometem a qualidade sonora do meio ambiente nos centros urbanos, gerando o agente de risco ruído, que na maioria das vezes é pouco considerado, pelas autoridades governamentais, ou passa despercebido não deixando vestígios.

Mesmo sem vestígios visíveis suas consequências são graves podendo ser até mesmo irreparável. Segundo a Organização Mundial de Saúde - OMS, a poluição sonora é, depois da poluição do ar e da água, o problema ambiental que afeta o maior número de pessoas. Ela é capaz de produzir incômodos e danos específicos ao organismo humano como problemas de redução da capacidade de comunicação, memorização, diminuição do sono, distúrbios neurológicos, circulatórios, gástricos, perturbação da saúde mental, perda auditiva, doenças cardiovasculares e até mesmo impotência sexual.

A poluição sonora constitui um tema relevante que merece ser objeto de estudo, assim, o presente artigo visa verificar se os níveis de emissão de ruídos nas Estações de Transporte Coletivo em Palmas estão de acordo com os preceitos da Lei Municipal de Meio Ambiente (Lei nº 1.011, de 04 de junho de 2001 e os níveis de aceitabilidade preconizados na NBR 10.151 da ABNT). Foi utilizada a metodologia com abordagem qualitativa e quantitativa, consistentes em estudo bibliográficos pertinentes ao tema e medições de ruído com levantamento de dados, utilizando equipamento de medição de ruído Desibelímetro.

O estudo contribuirá para verificação do ruído, identificação das principais fontes geradoras, visando à qualidade de vida dos usuários das estações de ônibus, que em grande parte estão expostos de forma involuntária a essa poluição.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Pretende-se mostrar a importância e a necessidade de investimentos para eliminar e ou diminuir o ruído para o limite recomendado pela norma protetora do meio ambiente.

O artigo foi dividido em três partes, na primeira seção serão discutidas noções introdutórias sobre o tema, no que diz respeito à proteção ambiental, a preconização legislativa da Constituição Federal de 1988, lei da Politica Nacional do Meio Ambiente nº 6.938/81, resoluções do CONAMA e da Lei Municipal do Meio nº 1.011 de 2001, analisando os requisitos específicos e os instrumentos de controle.

Na segunda seção, será descrita a metodologia utilizada, a técnica de coleta de dados, e a apresentação dos gráficos, com a análise dos resultados.

E por fim, na última seção serão apresentadas as considerações finais da pesquisa.

2 PROTEÇÃO AMBIENTAL: LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIA E INFRACONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988 recepcionou a lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981, que definiu a Politica Nacional do Meio Ambiente e estabeleceu a repartição de competência, instituindo poderes para a união, os estados, distrito federal e os municípios, autorizou legislarem de modo concorrente e suplementar, sobre a proteção do meio ambiente, atendendo os interesses, nacional, regional e local. Tal dispositivo da lei recepcionada tem como principal objetivo tornar efetivo o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como prevê o artigo 225 da Constituição Federal:

> 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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações.

Nos termos do artigo 23 *caput*, inciso VI, da Constituição Federal de 88, o legislador constituinte originário estabeleceu que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a proteção e o combate de todas as formas de poluição do meio ambiente. No artigo 24, caput e inciso VIII, do mesmo diploma legal o constituinte autorizou a fazenda pública legislar concorrentemente com a União, e responsabilizar, os infratores, por danos ao meio ambiente. (BRASIL, 1988).

A União por meio do Congresso Nacional instituiu a politica Nacional do Meio Ambiente (PNMA), que tem como principal objetivo a preservação e a melhoria da qualidade ambiental, propiciando à vida, a dignidade da pessoa humana, tendo como princípios basilares, dentre outros previsto no artigo 2º inciso V, da lei 6.938, o controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras. Entendendo como atividade poluidora aquela que degrada o meio ambiente que direta ou indiretamente prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população.

Para efetivar tais diretrizes, a Politica Nacional do Meio Ambiente implementando sua estrutura criou um sistema nacional do meio ambiente SISNAMA, que são um conjunto articulado de órgãos e entidades, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que buscam dar efetividade às leis, proteção e qualidade de vida no meio ambiente.

Dentre tais órgão se destaca o Conselho Nacional do Meio Ambiente CONAMA, que é órgão consultivo e deliberativo que tem a finalidade de assessorar, estudar e propor ao conselho de governo, diretrizes de políticas governamentais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

para o meio ambiente e os recursos naturais, e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões de qualidades ambientais.

Na competência de delimitar padrões de qualidades ambientais, mais especificamente delinear os limites consideráveis aceitáveis de emissão de ruídos decorrentes de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, o CONAMA emitiu a resolução nº 02 de 1990, que assegurou que são considerados como prejudiciais à saúde e ao sossego público os ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela Norma NBR-10.151, da ABNT objeto de estudo comparativo dessa pesquisa.

Segundo a legislação do meio ambiente local, a Lei nº 1011, de 04 de junho de 2001, no artigo 96, é estabelecida que, o controle da emissão de ruídos no Município visa garantir o sossego e bem-estar público, evitando sua perturbação por emissões excessivas ou incômodas de sons de qualquer natureza ou que contrariem os níveis máximos fixados em lei ou regulamento. (PALMAS-TO, 2001).

No mesmo diploma legal, supracitado, no artigo 97, incisos I, II e III o legislador, traz as seguintes definições: poluição sonora, é toda emissão de som que, direta ou indiretamente, seja ofensiva ou nociva à saúde, à segurança e ao bem-estar público ou transgrida as disposições fixadas na norma competente. (PALMAS-TO, 2001).

No inciso II o legislador infraconstitucional, diz que som é o fenômeno físico provocado pela propagação de vibrações mecânicas em um meio elástico (PALMAS-TO 2001).

Em que pese no Inciso III, é definido que ruído é qualquer som que cause ou possa causar perturbações ao sossego público ou produzir efeitos psicológicos ou fisiológicos negativos em seres humanos. (PALMAS-TO, 2001).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É clara a competência do município por meio de medidas mitigadoras da poluição sonora, como a restrição ao uso de buzinas em determinadas áreas e os horários e locais em que podem funcionar atividades naturalmente ruidosas, como espetáculos musicais e esportivos ou bares e boates,

3 METODOLOGIA

Para atender aos objetivos propostos na pesquisa foi utilizada às técnicas de abordagem qualitativa, no sentido de pesquisar textos constitucionais e legislação infraconstitucional que tratam sobre poluição sonora; e também foi necessária a abordagem quantitativa, no sentido que foi realizado o levantamento de dados em campo, utilizando medidor de nível de pressão sonora Decibelímetro, do tipo ITDEC 4000 da Instrutemp, (Figura 01). Que possui precisão suficiente para este tipo de medição, visto que o erro apresentado pelo medidor é de aproximadamente 1.5 (dB) para mais ou para menos.

Figura 01 - Aparelho decibelimetro utilizado na pesquisa quantitativa

Fonte: Autoria própria, 2019.

As medições de ruído foram realizadas de acordo com as recomendações prescritas pela Norma NBR 10.151 (ABNT, 2000). Dessa forma, o medidor de nível de pressão sonora foi posicionado à altura de 1,20m do chão e distância mínima de 1,0 m, de paredes e ou superfícies que poderiam refletir de alguma forma as ondas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

sonoras. Utilizou-se esta Norma Técnica como referência por ser a mais frequentemente utilizada pelos pesquisadores de ruído urbano no país.

Os dados de ruído foram obtidos com o medidor de nível de pressão sonora, configurado no modo "FAST" (o nível de ruído é coletado a cada 125ms), conforme recomendações da Norma NBR 10.151(ABNT, 2000). Durante 30 minutos ininterruptos foram anotados os valores de ruído encontrados em intervalos de 2 minutos. Os dados de pressão sonora foram ponderados na curva "A", conforme recomendações da NBR 10.151(ABNT, 2000).

O medidor foi posicionado na parte central de cada estação, tendo em vista a forma arquitetônica das estações de ônibus de Palmas – TO tentou-se distribuir o medidor de nível de pressão sonora mais ao centro de cada uma das estações. As mesmas são todas em um formato padrão, o equipamento foi posicionado entre a fonte ônibus e o receptor medidor de nível de pressão sonora.

Neste trabalho, não foi levada em consideração as influências de variáveis meteorológicas como, por exemplo, velocidade do ar, chuvas e temperaturas. Apesar de esses fatores terem influência sobre o ruído.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A cidade de Palmas possui 6 (seis) estações de ônibus, sendo localizadas em pontos estratégicos para a logística do transporte urbano coletivo. Sendo elas, respectivamente conforme segue. Estação Apinajé / Palácio, estação Xambioá - Fórum, estação Krahô - Avenida rodoviária, estação Xerente - Aeroporto, estação Karajá - Feira Aureny I, estação Javaé - Arca Taquaralto. Conforme (figura 02).

Figura 02 - Localização das estações de ônibus no plano diretor de Palmas.

Fonte: Google Earth (Adaptado), 2019.

As medições foram realizadas de segunda-feira a sábado, nos turnos matutino e noturno, no período da manhã, das 7h00min às 7h30min, com intervalo de 02 minutos entre as medições. No período noturno, das 18h00min às 18h30min, com intervalo de 02 minutos entre as medições, com permanência de 30 minutos em cada estação de ônibus, sempre verificando no equipamento os dados que estavam sendo registrados e anotando as informações, que foram graficamente representadas e interpretadas conforme os ditames estabelecidos na NBR 10.151 da ABNT, 2000, item 6.2.4 tabela 1.

4 COLETA DE DADOS

4.1 RESULTADOS DA PESQUISA

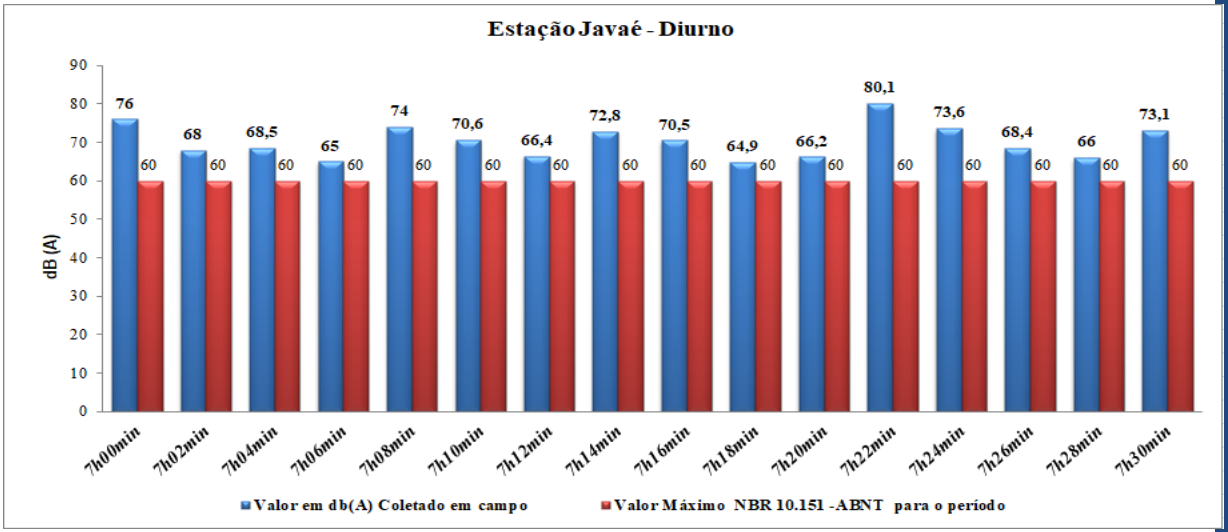
Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

4.1.1 Estação Javaé

O gráfico 1 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Javaé na data de 18 de Março de 2019, nos horários de 7h00min as 7h30min que corresponde ao período diurno.

Gráfico 1 - Estação Javaé no período diurno



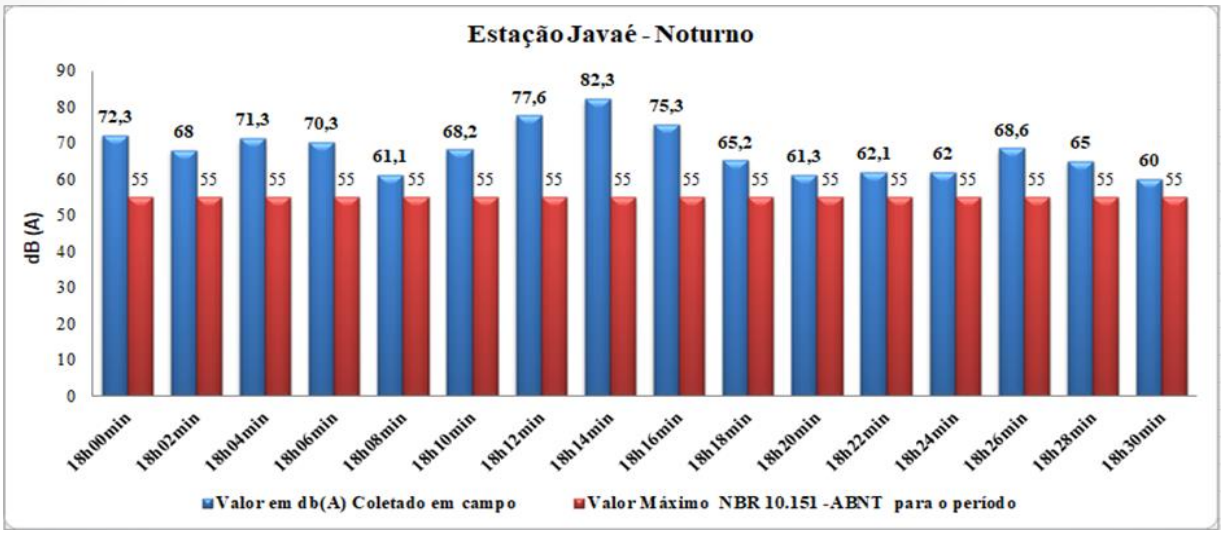
Fonte: Autoria própria, 2019.

Essa estação apresentou valores bem diferentes, conforme visto no gráfico, no período avaliado 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 80,1 dB (A), e o menor valor foi de 64,9 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151 (ABNT, 2000) é de 60 dB (A). Portanto, todos acima do valor recomendado.

O gráfico 2 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Javaé na data 18 de Março de 2019, nos horários de 18h00min as 18h30min que corresponde ao período noturno.

Gráfico 2 - Estação Javaé no período noturno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



Fonte: Própria Autoria, 2019.

Os valores obtidos no período noturno foram variantes, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 82,3 dB (A), e o menor valor foi de 60 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado, para o período noturno, pela NBR 10.151 é de 55 dB (A). Portanto, os valores encontrados estão acima do limite recomendado.

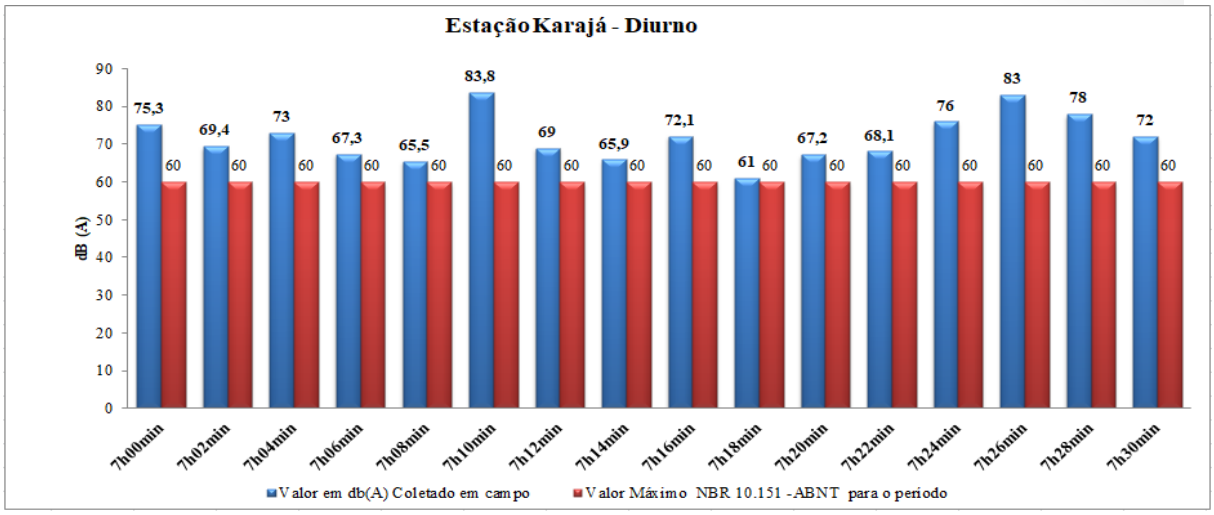
4.1.2 Estação Karajá

O gráfico 03 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Karajá na data de 19 de Março de 2019, nos horários de 7h00min as 7h30min que corresponde ao período diurno.

Gráfico 3 - Estação Karajá no período diurno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

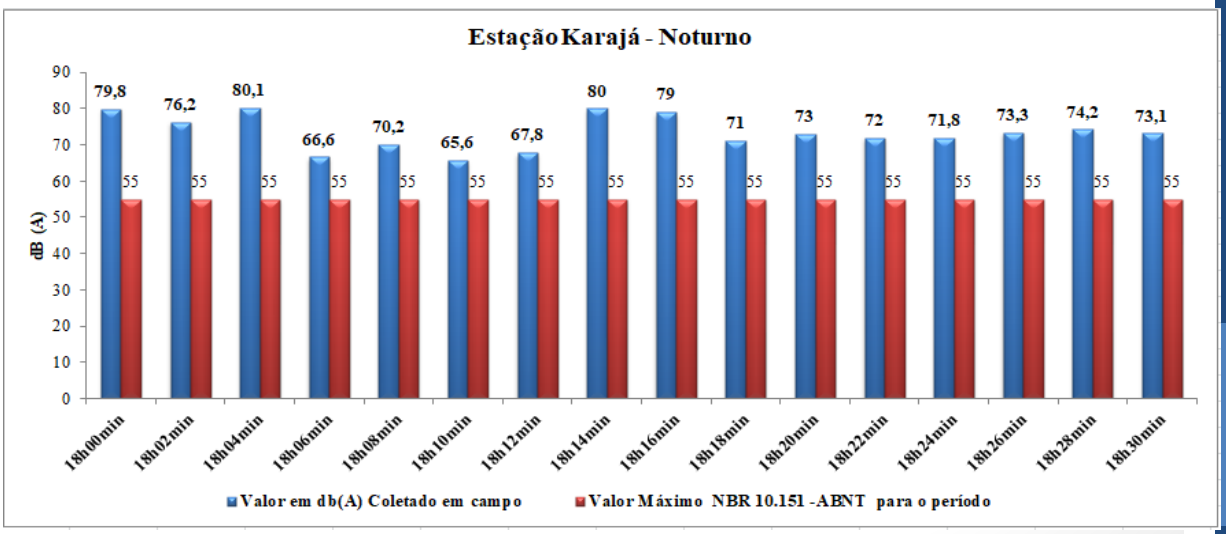


Fonte: Própria Autoria, 2019.

Essa estação apresentou valores variantes, conforme visto no gráfico, no período avaliado 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 83,8 dB (A), e o menor valor foi de 61 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, é de 60 dB (A). Portanto, os valores encontrados estão acima do recomendado.

O gráfico 04 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Karajá na data de 19 de Março de 2019, nos horários de 18h00min as 18h30min que corresponde ao período noturno.

Gráfico 4 - Estação Karajá no período noturno.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

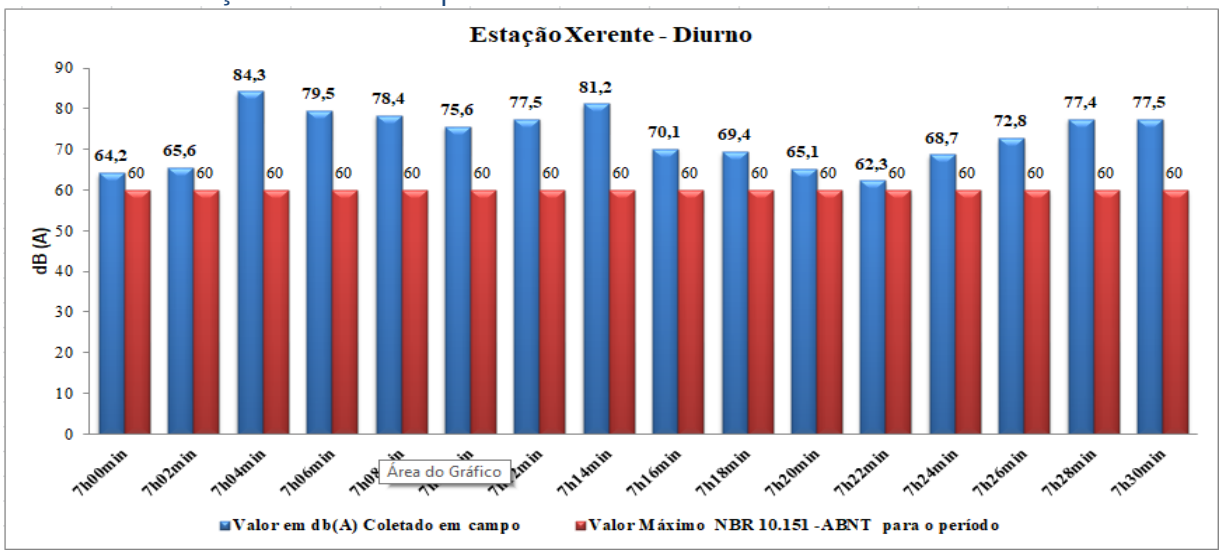
Fonte: Autoria própria, 2019.

Os valores obtidos no período noturno foram bem diferentes, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 80,1 dB (A), e o menor valor foi de 65,6 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, é de 55 dB (A). Portanto, valores encontrados também acima do limite recomendado para o período.

4.1.3 Estação Xerente

O gráfico 5 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Xerente na data de 20 de Março de 2019, nos horários de 7h00min as 7h30min que corresponde ao período diurno.

Gráfico 5 - Estação Xerente no período diurno



Fonte: Própria Autoria, 2019.

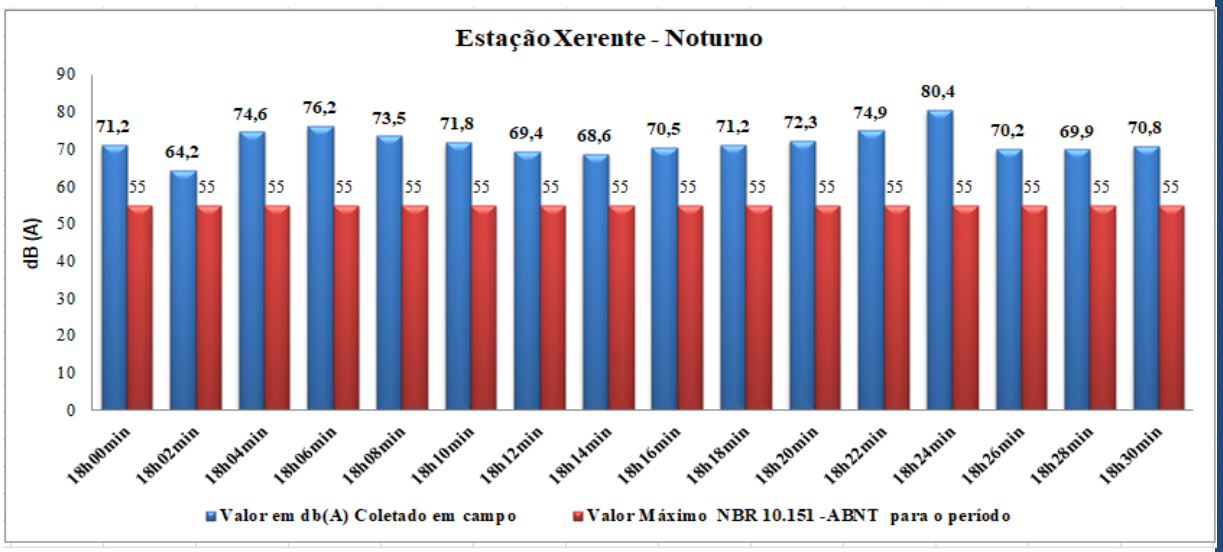
Essa estação apresentou valores bem divergentes, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 84,3 dB (A), e o menor valor foi de 62,3 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, para o período diurno é de 60 dB (A). Portanto, todos acima do valor recomendado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O gráfico 6 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Xerente na data de 20 de Março de 2019, nos horários de 18h00min as 18h30min que corresponde ao período noturno.

Gráfico 6 - Estação Xerente no período noturno.



Fonte: Própria Autoria, 2019.

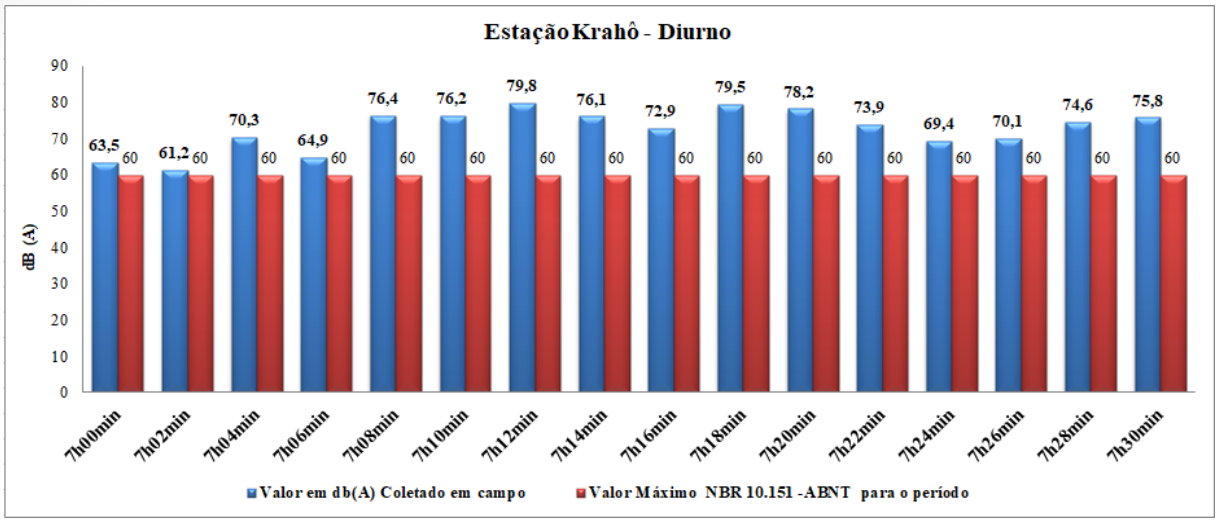
Os valores obtidos no período noturno são variantes, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 80,4 dB (A), e o menor valor foi de 64,2 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, para o período noturno é de 55 dB (A). Portanto, valores encontrados acima do recomendado.

4.1.4 Estação Krahô

O gráfico 7 apresenta os resultados instantâneos obtidos na coleta de dados na Estação Krahô na data de 21 de Março de 2019, nos horários de 7h00min as 7h30min que corresponde ao período diurno.

Gráfico 7 - Estação Krahô no período diurno

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

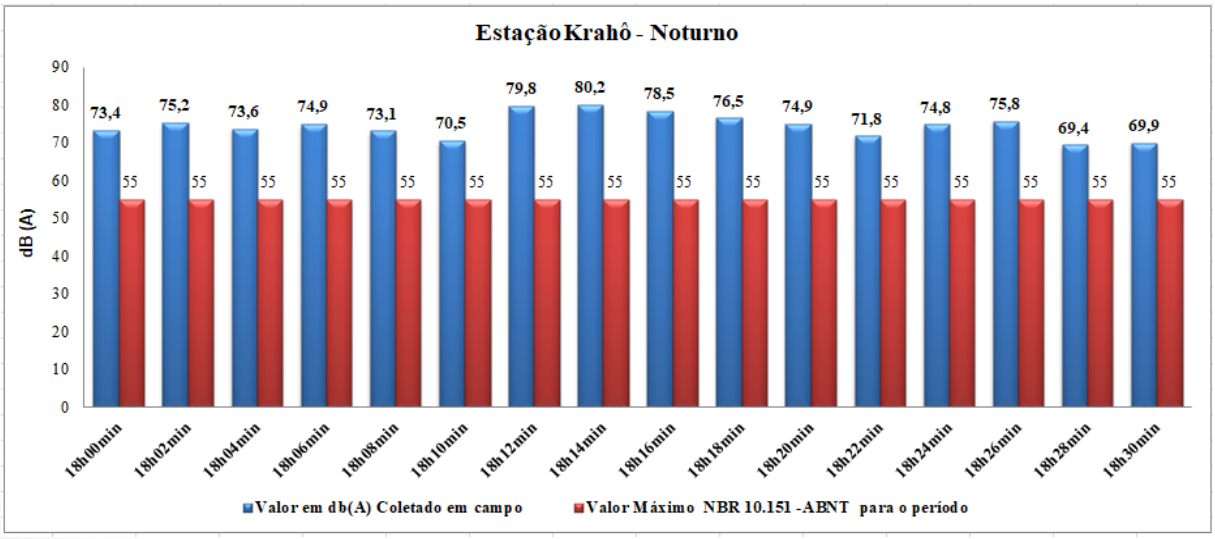


Fonte: Própria Autoria, 2019.

Essa estação apresentou valores bem diferentes, conforme visto no gráfico, no período avaliado 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 79,8 dB (A), e o menor valor foi de 61,2 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, para o período diurno é de 60 dB (A). Portanto, todos acima do valor recomendado.

O gráfico 8 apresenta os resultados obtidos na mesma estação no período noturno, na data de 21 de Março de 2019, nos horários de 18h00min as 18h30min.

Gráfico 8 - Estação Krahô no período noturno.



Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

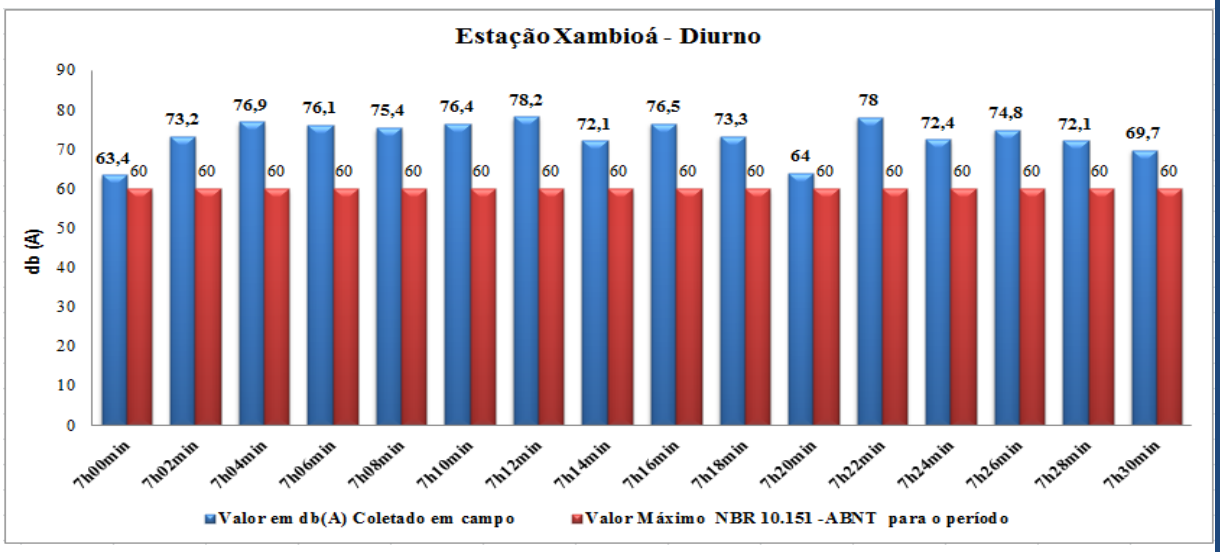
Fonte: Própria Autoria, 2019.

Os valores obtidos no período noturno, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 80,2 dB (A), e o menor valor foi de 69,4 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, é de 55 dB (A). Portanto, acima do valor recomendado.

4.1.5 Estação Xambioá

O gráfico 9 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Xambioá na data de 22 de Março de 2019, nos horários de 7h00min as 7h30min que corresponde ao período diurno.

Gráfico 9 - Estação Xambioá no período diurno



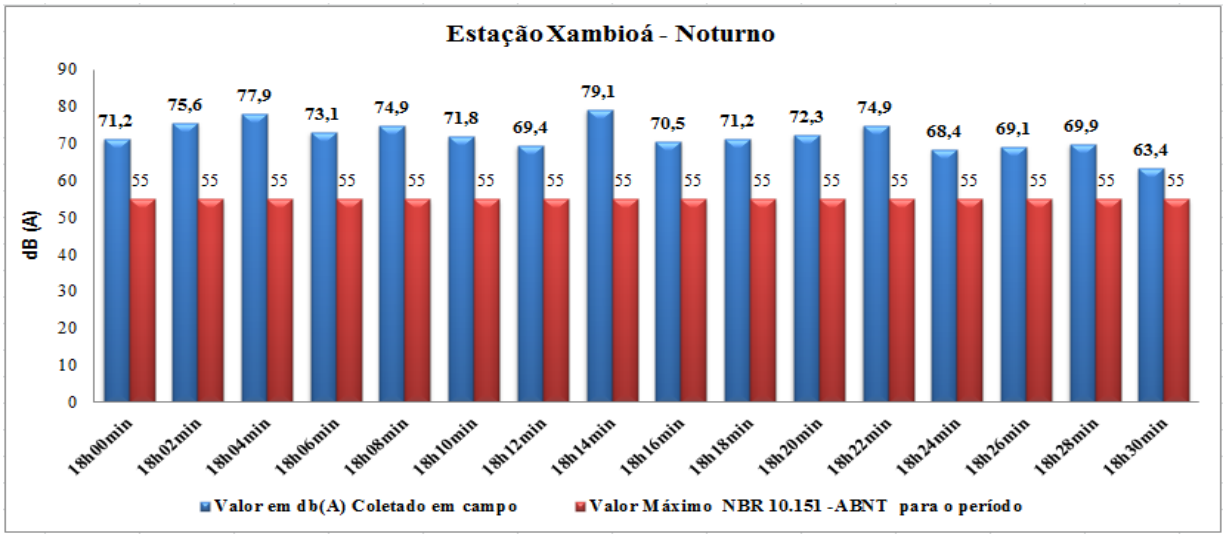
Fonte: Própria Autoria, 2019.

Essa estação apresentou valores diversificados, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 78,2 dB (A), e o menor valor foi de 63,4 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, é de 60 dB (A). Portanto, todos acima do valor recomendado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O gráfico 10 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Xambioá na data de 22 de Março de 2019, nos horários de 18h00min as 18h30min que corresponde ao período noturno.

Gráfico 10 - Estação Xambioá no período noturno.



Fonte: Própria Autoria, 2019.

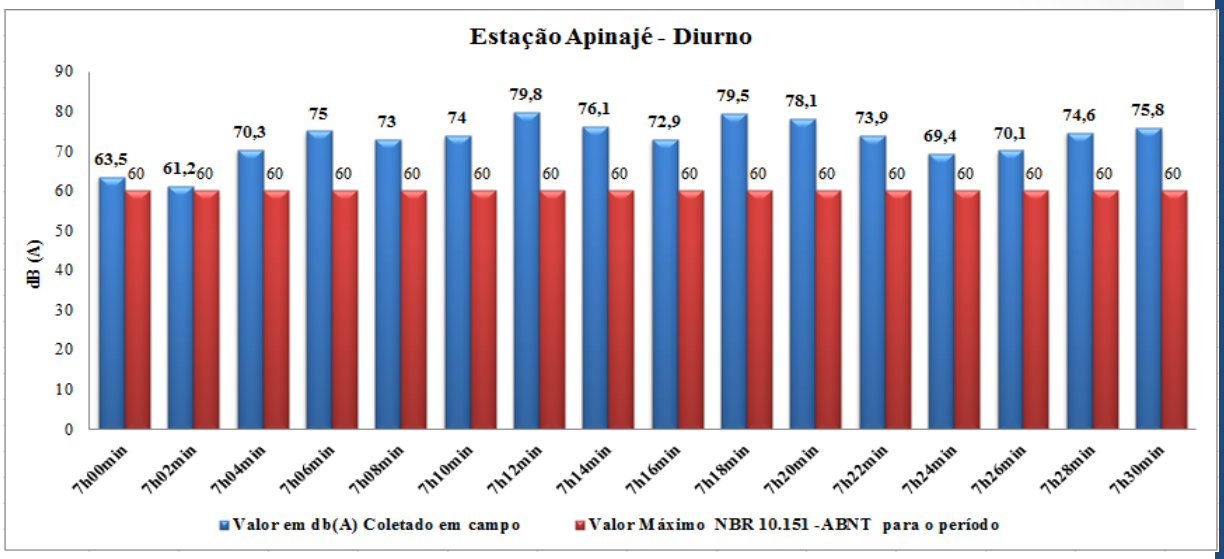
Os valores obtidos no período noturno foram divergentes, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 79,1 dB (A), e o menor valor foi de 63,4 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, é de 55 dB (A). Portanto, acima do valor recomendado.

4.1.6 Estação Apinajé

O gráfico 11 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Apinajé na data de 23 de Março de 2019, nos horários de 7h00min as 7h30min que corresponde ao período diurno.

Gráfico 11 - Estação Apinajé no período diurno

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044



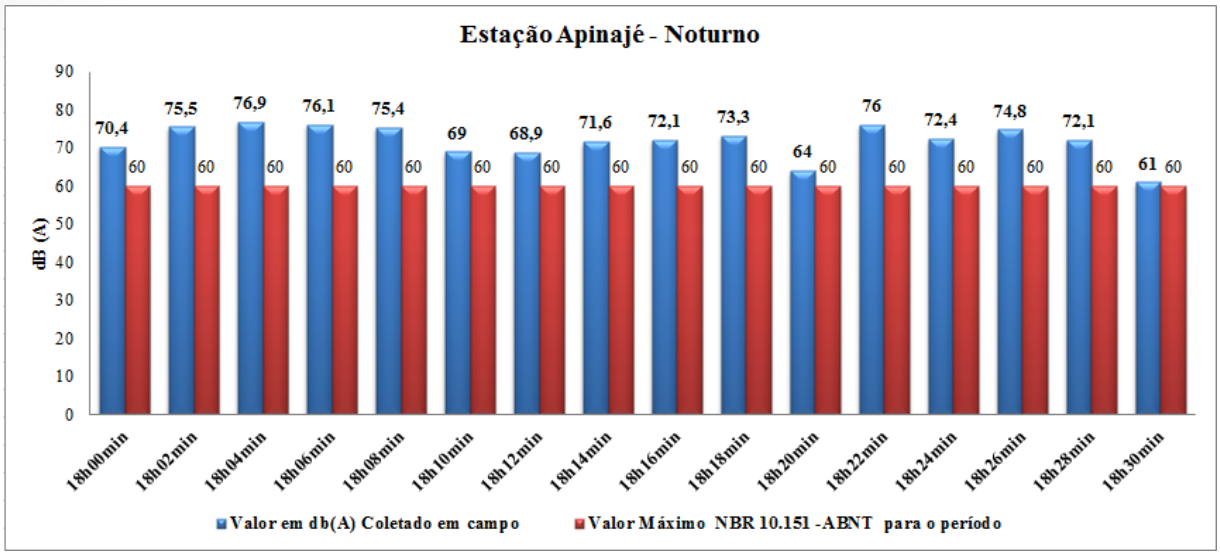
Fonte: Própria Autoria, 2019.

Essa estação apresentou valores divergentes, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 79,8 dB (A), e o menor valor foi de 61,2 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, é de 60 dB (A). Portanto, todos acima do valor recomendado.

O gráfico 12 apresenta os resultados obtidos na coleta de dados na Estação Apinajé na data de 23 de Março de 2019, nos horários de 18h00min as 18h30min que corresponde ao período noturno.

Gráfico 12 - Estação Apinajé no período Noturno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454



Fonte: Própria Autoria, 2019.

Os valores obtidos no período noturno foram divergentes, conforme visto no gráfico, no período avaliado de 30 minutos, o nível Sonoro Equivalente instantâneo máximo chegou a 76,9 dB (A), e o menor valor foi de 61 dB (A) sendo que o valor máximo recomendado pela NBR 10.151, é de 55 dB (A). Portanto, acima do valor recomendado.

5 ANÁLISE DE DADOS

Após a captação dos dados foi criado a representação gráfica para melhor visualizar os resultados da coleta, nesse módulo será realizada as devidas interpretações dos níveis de ruído encontrados em cada ponto, fazendo comparativo entre os valores encontrados e os valores estabelecidos pela NBR 10.151. Item 6.2.4 tabela 1.

Convém esclarecer que Leq é entendido como a média do nível obtido a partir do valor médio quadrático da pressão sonora (com a ponderação A) referente a todo o intervalo de medição de energia de uma amostra. (ABNT, 2000).

Também assim, de acordo a NBR 10.151, o critério metodológico de avaliação do ruído baseia-se em uma comparação entre o Leq e o nível de critério de avaliação (NCA), estabelecido conforme o quadro 1.

Quadro 1 - Nível de critério de avaliação NCA para ambientes externos, em dB (A).

Tipos de áreas	Diurno	Noturno
Áreas de sítios e fazendas	40	35
Área estritamente residencial urbana ou de hospitais ou de escolas	50	45
Área mista, predominantemente residencial	55	50
Área mista, com vocação comercial e administrativa	60	55
Área mista, com vocação recreacional	65	55
Área predominantemente industrial	70	60

Fonte ABNT (2000)

Foi realizada uma avaliação qualitativa no ambiente para definir a qual se enquadrava o tipo de área a ser considerada na tabela como preconiza a ABNT NBR 10.151, considerando que no entorno das estações existem diversos estabelecimentos
comerciais, tais como supermercado, lojas de roupas, escritórios, lava a jatos, lojas de
eletrônicos e outros, a área que foi levada em consideração para esse estudo foi, área mista, com vocação comercial e administrativa, onde o valor máximo diurno é 60 dB (A) e noturno de 55 dB (A). As estações com o maior fluxo de veículos obtiveram os maiores valores de nível de ruído.

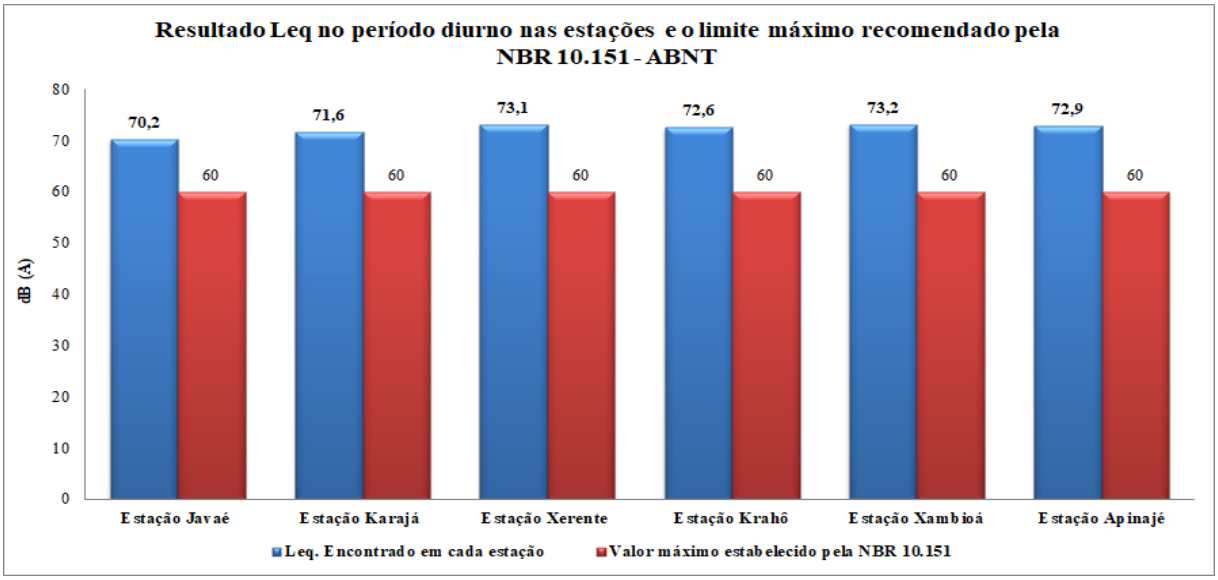
No gráfico 13 (abaixo), estão os resultados Leq no período diurno nas estações e o limite máximo recomendado pela NBR 10.151 da ABNT, para esse período. Observa-se que os valores encontrados, nas amostras, estão todos acima dos parâmetros estabelecidos pela norma. Foi possível perceber, e acredita-se que os elevados índices de ruído, são devido a grande circulação de pessoas, andando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e dialogando, nesse período e horário, veículos motorizados em movimento e outros ruídos de fundo.

Nota-se que, no período diurno, as estações que apresentaram os maiores índices de ruídos, são: estações Xambioá, próximo do fórum com Leq 73,2 dB (A), estação Xerente, Aeroporto com Leq 73,1 dB (A) e a estação Apinajé, próximo do Palácio com Leq 72,9 dB (A), respectivamente, e as que apresentaram os valores mais próximos do recomendado pela NBR 10.151, foram às estações Javaé, Arca Taquaralto com Leq 70,2 dB (A), estação Karajá, Feira Aureny I com Leq 71,6 dB (A), e estação Krahô, Avenida rodoviária com Leq 72,6 dB (A), respectivamente.

Gráfico 13 - Resultado Leq no período diurno nas estações e o limite máximo estabelecido pelo NBR 10.151



Fonte: Própria Autoria, 2019.

O gráfico 14 (abaixo), apresenta os valores encontrados no período noturno, nas seis estações, surpreendentemente, foram encontrados valores mais elevados do que os achados do período diurno. As estações que apresentaram os maiores índices foram às estações Krahô - Avenida rodoviária com Leq 74,5 dB (A), estação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

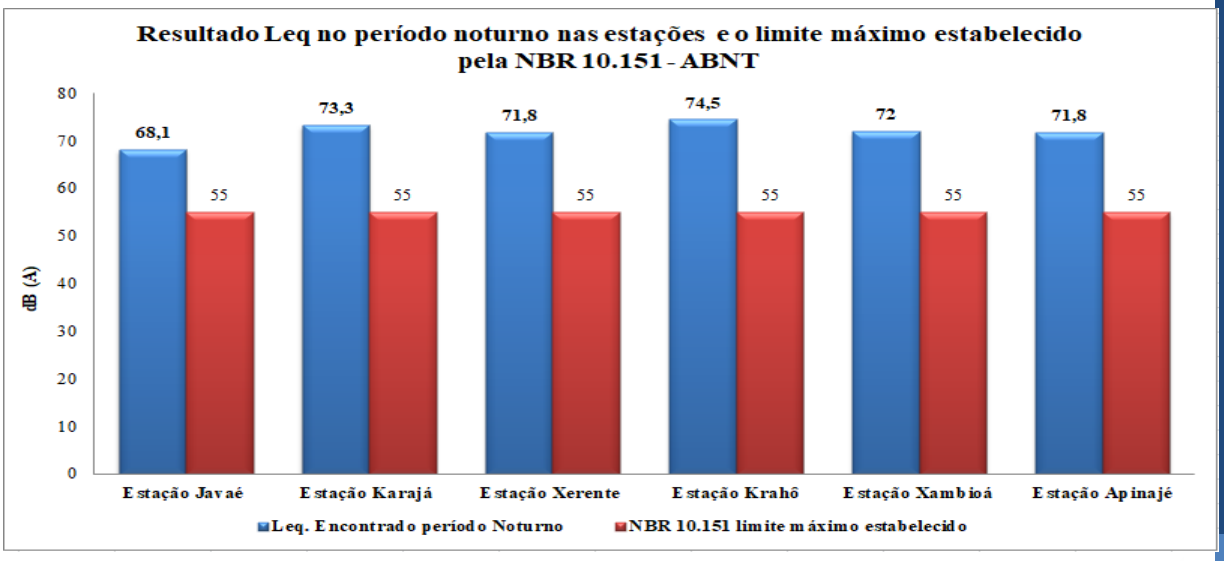
Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Karajá - Feira Aureny I, com Leq 73,3 dB (A) e a estação Xambioá – Fórum, com Leq 72 dB (A). Acredita-se que o principal motivo, dos maiores índices, nesses horários foi por haver um fluxo maior de pessoas se movimentando no sentido Palmas ao setor Taquaralto.

Já os menores índices e mais próximos do limite recomendado pela NBR 10.151 foram encontrados nas estações estação Javaé - Arca Taquaralto com Leq 68,1 dB (A), estação Xerente – Aeroporto, com Leq 71,8 dB (A) e estação Apinajé – próximo do Palácio com Leq 71,8 dB (A).

Foi possível averiguar, durante as medições, que os maiores picos de ruído ocorrem devido a quatro fatores: primeiro a elevada rotação dos motores dos ônibus, segundo a descompressão dos sistemas de freio a ar, terceiro o fluxo de pessoas e a quantidade de veículos que estavam circulando nas vias paralelas às estações.

Gráfico 14 - Resultado Leq no período noturno nas estações e o limite máximo estabelecido pela NBR 10.151



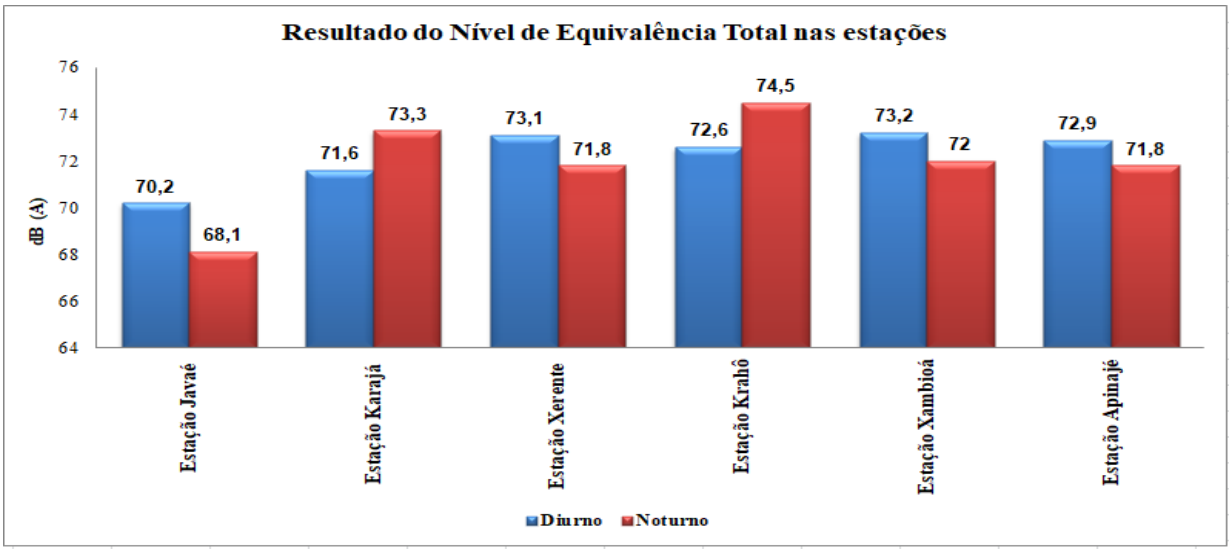
Fonte: Própria Autoria, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O gráfico 15 (abaixo) apresenta os valores Leq diurno e noturno, em cada estação, para melhor visualizar os valores encontrados nos dias e horários estabelecidos. De modo geral observa-se que os valores encontrados, nos horários de pico, no turno da manhã e da noite são estabelecidos na norma NBR 10.151, valor máximo de 60 dB (A), e 55 dB (A), respectivamente.

Gráfico 15 – Resultado Leq Diurno e Noturno nas estações



Fonte: Própria Autoria, 2019.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que embora, trata-se de medições pontuais e intermitentes que não esgotam a profundidade do assunto, como se daria em uma análise dosimétrica contínua, onde são utilizados equipamentos mais precisos e sofisticados o presente estudo teve como objeto estações em locais de grande circulação de pessoas, que não estão expostas de forma fixa, conclui-se que a técnica utilizada atende os anseios legais e a objetividade do trabalho.

Os resultados da pesquisa não deixam de ser preocupantes, pois, conforme visto, nas medições pontuais, os valores obtidos, estão além dos valores estabelecidos na NBR 10.151 da ABNT (2000), considerados aceitáveis. Ferindo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

diretamente os ditames legais, preconizados na legislação de proteção ao meio ambiente.

A Lei nº. 1.011, de 04 de junho de 2001 - Lei Municipal de Meio Ambiente de Palmas – TO, contém um capítulo exclusivo para tratar sobre o controle de emissão de ruídos, todavia, ela não define com precisão como deve ser realizado esse controle, portanto, a falta dessa informação, torna difícil a aplicabilidade dessa lei na sociedade.

Contudo, pode-se deduzir que investimento em tecnologia de veículos mais modernos e medidas de caráter educacional são os principais fatores que contribuem para a redução da emissão do ruído, no cenário atual, uma vez que os ônibus mais modernos tendem a emitir menos ruído, pelo fato de possuir cada vez mais sistemas de isolamento acústico, além da sensibilização do próprio motorista para não elevar os giros dos motores de forma desnecessária, prática muito comum observada antes de iniciar os percursos.

Assim, o presente trabalho, demonstra a relevância do tema, pois, os efeitos do ruído, que produzem a poluição sonora, podem afetar o meio ambiente, provocando consequências inclusive à saúde das pessoas. Com base nos dados da pesquisa, o Poder Público por meio de órgão fiscalizador dos contratos de concessão poderão agir de modo preventivo e quiçá punitivo.

REFERÊNCIAS

ABNT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10151**. Acústica - Avaliação do ruído em áreas habitadas, visando o conforto da comunidade – Procedimento. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 15 de maio de 2019.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CONAMA nº 2, de 8 de março de 1990 Publicada no DOU nº 63, de 2 de abril de 1990, Seção 1, página 6408.** Dispõe sobre o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora – <<SILÊNCIO>>. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=99>. Acesso em 15 de maio de 2019.

MACHADO. Anaxágora Alves. **Poluição sonora como crime ambiental.** Pós-graduanda em Direito e Gestão ambiental pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina- CESUSC.

PALMAS – TO. Lei 1011 de 04 de Junho de 2001. Dispõe sobre a política ambiental, equilíbrio ecológico, preservação e recuperação do meio ambiente e dá outras providências. Disponível em: < https://cm-palmas.jusbrasil.com.br/legislacao/248571/lei-1011-01>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

A PENHORABILIDADE DO SALÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

KARINE PEREIRA MARQUES:
Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Fernandópolis/SP.

AILTON NOSSA MENDONÇA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como foco abordar os aspectos da penhora salarial no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a possibilidade de penhora parcial do salário como forma de efetividade da execução. Como o Novo Código de Processo Civil, ainda é recente, há algumas modificações que merecem ser abordadas, como a possibilidade de penhora acima de 50 salários-mínimos mensais do devedor para pagamento de débitos vencidos, haja vista que o tema tem relevante interesse social, pois o salário seria inviolável. Há ainda de se observar, que diante de seu caráter alimentar, deve ser respeitado os princípios da proporcionalidade e da menor onerosidade ao devedor, pois se ausentes, desrespeitaria a dignidade da pessoa do executado e de sua família. Para tanto, nos valemos de doutrinadores da legislação processual civil, analisando alguns julgados de nossos tribunais. Concluindo que a nova legislação processual representou grande avanço ao reconhecer que o salário não é absolutamente impenhorável, no sentido da relativização da penhorabilidade sobre o salário.

Palavras-chaves: Penhora; Salário; Novo Código De Processo Civil; Satisfação da execução.

ABSTRACT: The present article focuses on the aspects of wage garnishment in the Brazilian legal system, demonstrating the possibility of partial attachment of salary as a form of execution effectiveness. As the New Code of Civil Procedure is still recent, there are some modifications that deserve to be addressed, such as the possibility of seizing more than 50 monthly minimum wages of the debtor to pay expired debts, since the subject has relevant interest because the salary would be inviolable. It should also be noted that, in view of their alimentary character, the principles of proportionality and of the lesser burden on the debtor must be respected, since if they are absent, they will disrespect the dignity of the person of the executor and his family. To do so, we avail ourselves of doctrinators of the civil procedural law, analyzing some of our courts' judgments. Concluding that the new

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

procedural law represented a great step forward in recognizing that wages are not absolutely impenetrable, in the sense of relativizing the clauses on salary.

Keywords: Garnishment; Salary; New Code of Civil Procedure; Satisfaction of execution.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PENHORA. 2.1 Penhora salarial. 3. PENHORABILIDADE DO SALÁRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO ATUAL VIGENTE DE 2015. 4. PENHORA PARCIAL DO SALARIO PARA PAGAMENTO DE DIVIDAS. 4.1 De Natureza Alimentar. 4.2 De natureza não alimentar. 5. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A PENHORA DO SALÁRIO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

---

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o entendimento do instituto da penhora desde o Código de Processo Civil anterior e compara as mudanças significativas que ocorreram com a instituição Novo Código em nosso ordenamento jurídico, decorrente da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Saliento que o tema abordado, não diferiu, a penhora salarial teve dentre suas mudanças, o reconhecimento de que o salário não é mais absolutamente penhorável, como o antigo Código de Processo previa, trata-se agora o salário como algo penhorável, passível de sofrer restrições para quitações de dividas.

Atualmente, ficou mais acessível ao credor exigir a satisfação de obrigações inadimplentes, de forma que o Novo Código possibilita a penhora salarial nos processos executivos que versem sobre débitos de natureza alimentar (repetição do antigo código) e ainda, que versarem sobre quantias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos – novidade que o novo código dispôs.

Há quem entenda que a penhorabilidade sobre as verbas e remunerações, fora dos casos previstos no parágrafo 2º, do artigo 833, do novo código, representaria menor proteção ao executado e ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, contudo, o posicionamento adotado no presente artigo, sugere que na medida em que é absolutamente possível a penhora sobre o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

salário do executado, conferindo efetividade ao processo de execução e ao mesmo tempo de inexistência de ofensa à dignidade do executado e de sua família.

Concerne ao tema analisar o instituto da penhora, bem como na penhora do salário, com enfoque nas mudanças que o Novo Código de Processo Civil proporcionou ao credor e também ao devedor, expondo a importância da penhora ser efetivada com o empregando do princípio da proporcionalidade, onde seja ponderado tanto o direto alimentar do devedor, quanto do credor.

2. DO CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PENHORA

Com o advento da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o Novo Código de Processo Civil no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe com ela mudanças significativas no instituto da penhora e estabeleceu em seu artigo 833 quais os bens são impenhoráveis e suas exceções, pois antes de analisar a penhora salarial é preciso entender de onde veio surgiu sua derivação.

De acordo com a doutrina, a penhora se caracteriza pela constrição judicial de bens, em geral, dados pelo devedor em garantia de execução de dívida não paga, para que a obrigação seja satisfeita. Trata-se de um ato de expropriação forçada pela quantia certa devida, superando a resistência do devedor com a finalidade de tornar real o direito adquirido pelo credor. Para conceituar melhor, de acordo com Theodoro Junior:

> A penhora é um ato de afetação porque sua imediata consequência, de ordem prática e jurídica, é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial para, "à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução", que é a função pública de "dar satisfação ao credor" (JUNIOR, 2.014, pág. 291).

Ou seja, conforme se extrai da doutrina, podemos dizer então que a penhora é um ato praticado pelo Estado com a intenção de utilizar o patrimônio penhorado do executado para transferi-lo involuntariamente ao credor, sendo esse bem do devedor o objeto de satisfação da execução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Tratando-se de sua natureza jurídica, é certo que a penhora é uma ato de natureza executiva e sua finalidade é individualizar o patrimônio do devedor para satisfazer o crédito, entretanto o mesmo não perde a posse do bem de imediato, certo de que ainda integra o patrimônio do devedor, o bem penhorado fica impossibilitado de alienação e sujeito a expropriação no processo de execução.

2.1 Penhora salarial

No caso do tema em questão, a penhora salarial teve suas alterações com o Novo Código de Processo Civil, que em sua redação dispôs sobre a possibilidade da penhora do salário, observando os devidos princípios processuais, visto que no Código de Processo Civil de 1973, artigo 649, IV, o salário em suas várias espécies eram absolutamente impenhoráveis, trazendo em seu paragrafo segundo a exceção somente para a penhora de obrigações alimentícias.

Nesse passo, conceitua-se que o salário decorre do vínculo empregatício, oriundo do contrato de trabalho, visto que esse é o entendimento por maior parte da doutrina, apesar de divergirem sobre a diferença entre salário e remuneração, no direito brasileiro, o jurista Amauri Mascaro Nascimento (2005, p. 793) tem o entendimento de que: "Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho.".

Ou seja, podemos dizer que salário é o pagamento feito pelo empregador, e para entender do que se trata a remuneração, o artigo 457 da CLT – Consolidação das leis do Trabalho traz a seguinte redação:

> Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.
>
> § 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Trata-se portanto da remuneração como o englobamento de todas as formas de pagamento que se recebe pela prestação de serviço, seja pago pelo próprio empregador, ou por terceiros. O artigo 833, IV, do Novo Código de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Processo Civil elenca taxativamente as formas de pagamentos, incluindo as mais diversas nomenclaturas, com a finalidade de alcançar com maior precisão as formas de proveitos pessoais recebidos em virtude do trabalho.

A possibilidade da penhora salarial decorre do fato de o devedor ter um salário, este que é uma espécie de gênero da remuneração, e independente da terminologia, o salário se destina para sustento e manutenção da própria família, que por este argumento, tem sua natureza jurídica como alimentícia, motivo pelo qual tem proteções nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro e garantidas em lei, como a impenhorabilidade.

3. PENHORABILIDADE DO SALÁRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E NO ATUAL VIGENTE DE 2015

Como já citada antes, no antigo Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869/1973, a impenhorabilidade estava contemplada, notadamente, em seu artigo 649, que assim estabelecia como "absolutamente" impenhoráveis:

> Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:
>
> IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia;
>
> § 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (grifo nosso).

Como se vê, o antigo parágrafo 2º do artigo 649 relativizava a impenhorabilidade apenas no que se referia ao débito alimentar, caso em que a remuneração poderia ser penhorada sem previsão de limite. É certo que parcela da doutrina já defendia esta tese: que deveria ser possível a penhora de parte da remuneração do executado em se tratando de execução não alimentar, reservando parcela indispensável à sua sobrevivência.

O novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em 18 de março de 2016, trazendo novidades em nosso sistema processual, dentre as quais, podemos destacar a que se encontra no Livro II - Do Processo de Execução, que, em seu artigo 833, parágrafo 2º, elencou a possibilidade de penhora sobre o salário, em se tratando de execução de prestação alimentícia, independentemente de sua origem,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

bem como das importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais. Vejamos:

> Art. 833. São impenhoráveis:
>
> IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
>
> X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
>
> § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § (grifo nosso).

A mudança significativa encontra-se prevista no parágrafo 2º, como se vê, contempla duas exceções à impenhorabilidade. Ainda que, em regra, sejam impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal (IV), assim como a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos (X), agora, pelo disposto no parágrafo 2º, serão *penhoráveis* para:

> (i) Pagamento de prestação alimentícia (repetição do CPC73), de qualquer origem – seja de alimentos decorrentes de direito de família, seja decorrente de ato ilícito (novidade quanto ao ato ilícito) e qualquer que seja o montante do débito alimentar;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

(ii) E para outras prestações, quando a origem da dívida não for alimentar, também podem ser penhorados os *valores superiores a 50 salários mínimos mensais* (novidade).

Como bem exposto pelo jurista Elpídio Donizetti (2016, p.1150-1151), em regra, todo e qualquer numerário recebido em decorrência da relação de trabalho é impenhorável; admitindo, excepcionalmente, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 833, que poderão, sim, ser penhorados quando tratar-se de prestação alimentícia, pouco importando se decorrente da relação de parentesco ou de ato ilícito; a outra exceção é a possibilidade de penhora sobre as verbas superiores a 50 salários mínimos, qualquer que seja a natureza da obrigação, admitindo-se a penhora do que exceder a este limite.

4. PENHORA PARCIAL DO SALARIO PARA PAGAMENTO DE DIVIDAS

Visto que o salário, diante de sua natureza alimentar, confere proteção no ordenamento jurídico brasileiro, como já discutido, vale ressaltar que há quem sustente a impenhorabilidade absoluta sobre salários e demais vencimentos, prevista no inciso IV, em virtude do seu caráter alimentar, destinado à subsistência do executado e de sua família, assim, as únicas exceções para penhora do salário seriam as previstas no artigo 833, parágrafo 2º do novo código: pagamento de verba de caráter alimentar ou valores superiores a 50 salários mínimos mensais. A penhora fora desses casos representaria "invasão em direitos mínimos da dignidade do executado" (NEVES, 2016, p. 1320).

É esse o entendimento preponderante, especificamente, no Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme segue o teor do julgamento do Agravo de instrumento nº 2226676-11.2016.8.26.0000, pelo relator Nelson Jorge Júnior em 26/01/2017:

> IMPENHORABILIDADE – Pretensão de que seja penhorado 20% dos vencimentos mensais da executada – Impossibilidade em virtude do caráter alimentar das verbas – Inteligência do art. 833, inc. IV, do novo Código de Processo Civil: – Impossível a penhora de salários e vencimentos, verbas impenhoráveis, em virtude de seu inequívoco caráter alimentar, como se depreende do art. 833, inc. IV, do novo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> Código de Processo Civil – Hipótese dos autos que não se enquadra em nenhuma das exceções à impenhorabilidade, conforme previsto no § 2º do citado dispositivo. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> (TJ-SP - AI: 22266761120168260000 SP 2226676-11.2016.8.26.0000, Relator: Nelson Jorge Júnior, Data de Julgamento: 26/01/2017, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/01/2017).

E ainda o julgamento do agravo de instrumento nº 2153696-66.2016.8.26.0000 da 20ª Câmara de Direito Privado, ocorrido em 6/2/2017, tendo sido relator o Desembargador Rabello Pinho:

> "EXECUÇÃO – Admissível o reconhecimento da impenhorabilidade prevista no art. 833, X, CPC/2015 (correspondente ao art. 649, X, do CPC/1973), para valores de até 40 salários mínimos, depositados em aplicações financeiras com caráter de investimento, incluindo contas-poupança vinculadas a conta corrente, fundos de investimento e conta corrente, nos termos da interpretação extensiva adotada pelo Eg. STJ - Nos termos da orientação supra, como a quantia alcançada pelo bloqueio, em conta poupança da parte devedora, é inferior a 40 salários mínimos, ela é impenhorável, por força do art. 833, X, CPC/2015 (correspondente ao art. 649, X, do CPC/1973), impondo-se, em consequência, a reforma da r. decisão agravada, para determinar o levantamento do bloqueio on-line efetivado, com restituição do referido valor constrito à agravante - Revogação do efeito suspensivo concedido ao recurso. Recurso provido".

Como se vê, a corrente preponderante no tribunal de justiça de São Paulo é acerca da impenhorabilidade do salário como regra.

Apesar do posicionamento em contrário, entendemos que a impenhorabilidade da verba salarial não pode ser vista como regra absoluta e intangível, deve, pois, ser relativizada, conferindo, assim, maior efetividade ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processo de execução e, ao mesmo tempo, inexistência de ofensa à dignidade da pessoa humana. Para Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Sempre critiquei, de forma severa, a impenhorabilidade de salários consagrada no art. 649, IV, do CPC/1973, que contrariava a realidade da maioria dos países civilizados, que, além da necessária preocupação com a sobrevivência digna do devedor, não se esquecem de que salários de alto valor podem ser parcialmente penhorados sem sacrifício de sua subsistência digna. A impenhorabilidade absoluta dos salários, portanto, diante de situações em que um percentual de constrição não afetará a sobrevivência digna do devedor, era medida de injustiça e deriva de interpretação equivocada do princípio do patrimônio mínimo. (NEVES, 2.016, pág. 1320).

Considera-se que ficam ressalvados os preceitos dos direitos fundamentais ao devedor, visto que apesar da possibilidade de penhorar seu salário, há respeito a sua dignidade observando cada situação para não permitir que ele fique na miséria sem meios para sua subsistência ou de sua família. Observa-se a partir destas afirmações que há um equilíbrio na relação entre credor e devedor, diante do credor ter direito a ter seu crédito satisfeito e do devedor ter sua dignidade respeitada.

4.1 De Natureza Alimentar

A penhora do salário para pagamento de dívidas de natureza alimentar são possíveis pela redação do art. 833, §2º, do Novo Código de Processo Civil e justificáveis diante de seu caráter alimentar servir para resguardar a subsistência do credor dos alimentos, cuja origem pode ser:

(i) Do vínculo familiar, seja ele entre pais, avos, filhos e etc. como transcrito no artigo 1.696 do Código Civil: O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Ou seja, este dispositivo traz em seu texto que os parentes em linha reta são reciprocamente obrigados a prestar alimentos;

(ii) Da dissolução do casamento ou união estável; os alimentos são prestados entre os ex-cônjuges devido a mutua assistência entre eles, conforme traz o texto do artigo 1.566, III, do Código Civil, ao mesmo passo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

que os alimentos prestados entre os ex-conviventes possuem a mesma regra de prestação alimentar que existe entre os cônjuges;

(iii) Em razão de ato ilícito, pois os alimentos indenizatórios tem por finalidade garantir que o alimentado tenha garantido seus direitos a manutenção de uma vida digna, assim como os alimentos legítimos;

(iv) Do pagamento de dívida de honorários advocatícios, haja vista o reconhecimento de seu caráter alimentar no artigo 85, § 14 do Novo Código de Processo Civil, dispondo que "Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.".

Mesmo que a legislação determine que o salário seja impenhorável, à exceção no que confere a prestação alimentícia de quaisquer origens e valores, podem ser penhoradas as importâncias previstas no inciso IV e X, do artigo 833 do NCPC que a propósito, é o entendimento preponderante do Superior Tribunal de Justiça desde antes da vigência da Lei n. 13.105, julgar no sentido de que "a impenhorabilidade dos salários não se aplica às hipóteses em que o débito decorre de prestação alimentícia" (REsp 1087137/DF, Rel. Ministro Aldir Passarinho, Quarta Turma, julgado em 19-08-2010, DJe 10-09-2010).

4.2 De natureza não alimentar

E, agora, para outras prestações, cuja natureza não seja alimentar, o Novo Código inova ao estabelecer a possibilidade de penhora das importâncias que excederem a cinquenta salários mínimos mensais, que faz partes das consideradas as exceções a impenhorabilidade previstas em lei.

Ao passo que a remuneração deixou de ser 'absolutamente impenhorável' para 'impenhorável', mudança que fez toda diferença para o credor, visto que o Código de Processo Civil de 1973 não autorizava a penhora em caso de verbas de natureza não alimentar, mesmo que o devedor tivesse um salário elevado, a única exceção possível era no caso de dividas alimentícias.

A novidade proporcionou uma flexibilização da norma ao autorizar a penhora dos vencimentos que excedem cinquenta salários mínimos mensais e garantiu ao credor que haja uma maior efetivação do processo executivo, já que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

antes os rendimentos do devedor eram inalcançáveis para quitar dívidas de natureza não alimentar.

Há com isso, uma necessidade em dosar a porcentagem do salário a ser penhorado, por respeito ao princípio da menor onerosidade ao devedor, presente no Novo Código de Processo Civil, artigo 805: "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor". Esse princípio tem o preceito de preservar a dignidade do devedor, nos processos de execução onde o credor imoderado em seus atos, busca efetivar a satisfação de seu direito. É preciso que haja ponderação entre as partes, ficando a encargo do Juiz verificar a particularidade de cada caso, de modo que seja menos oneroso ao devedor e sendo da mesma forma, atinja proporcionalmente as necessidades do credor.

É certo refletir que o rendimento mensal passível de ser penhorado seja, muitas vezes inatingível, diante de seu exorbitante valor, frustrando a busca do credor pelo crédito pleiteado.

5. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A PENHORA DO SALÁRIO

É certo que a novidade elencada na segunda parte do parágrafo 2º, do NCPC, que permitiu a penhora, independentemente da origem do crédito, em quantias superiores a 50 salários mínimos mensais, está em consonância com algumas das poucas decisões do Superior Tribunal de Justiça de ser possível satisfação do direito de crédito do exequente e da preservação da dignidade da pessoa humana. Eis alguns dos julgados em que o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a regra da impenhorabilidade absoluta do salário:

(a) Em um caso de restituição de imposto de renda, compreendeu-se que, embora o mesmo tenha natureza salarial, deveria se analisar o destino dos valores. E, caso se demonstrasse apenas um reforço financeiro, seria suscetível de penhora; do contrário, se destinado a pagamento das necessidades básicas do devedor, seria impenhorável.(STJ - REsp: 1059781 DF 2008/0111178-0, Relator:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 14/10/2009);

(b) Também os honorários advocatícios, embora tenham natureza alimentar, já foram considerados pelo mesmo órgão como objeto de penhora, quando a verba ultrapassasse o razoável para sustento do executado e de sua família. (STJ - AgRg no AgRg no REsp: 1491289 RS 2014/0277286-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 05/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2015);

(c) No caso de penhorabilidade do saldo do salário não gasto pelo devedor, no momento em que recebe o salário seguinte, assim, caso o provento se mostre, ao final do período, ou seja, até o recebimento de novo provento de igual natureza, superior ao custo necessário ao sustento do titular e de seus familiares, essa sobra perderia o caráter alimentício, tornando-se penhorável. (STJ - REsp: 1330567 RS 2012/0129214-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2013).

(d) Caso em que houve a relativização da regra de impenhorabilidade com a excepcional admissão de bloqueio de parte razoável do salário do devedor, para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. (STJ - EREsp: 1518169 DF 2015/0046046-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/10/2018, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 27/02/2019).

Desta forma, podemos afirmar que o tema não é pacífico, sendo estes alguns dos exemplos de flexibilização da rigidez legal da impenhorabilidade absoluta do salário.

6. CONCLUSÃO

Diante dos aspectos expostos, é incontestável o avanço que o Novo Código De Processo Civil representou ao reconhecer que o salário não é absolutamente impenhorável. A penhora prevista em seu artigo 833, parágrafo 2º, reforça a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

possibilidade de penhorabilidade do salário para pagamento dividas de natureza alimentar e inova com a possibilidade de penhora sobre o salário e demais vencimentos - de quantias superiores a 50 salários mínimos mensais parapagamentos de débitos, independentemente da natureza do crédito, flexibilizando a regra legal.

A inovação legal foi ao encontro de algumas das poucas decisões judiciais, conferindo equilíbrio entre o princípio da menor onerosidade ao devedor, efetividade do processo de execução e o da dignidade da pessoa humana.

A possibilidade da penhora do salário foi analisada em comparação com o Código de Processo Civil de 1973 e demonstrada com o douto entendimento da doutrina e jurisprudência brasileira, concluindo por fim, que o código vigente possibilitou a penhorabilidade do salário, que apesar de ter proteções garantidas em Lei, as quais devem ser sustentadas, em razão de sua natureza alimentar, protege a dignidade do devedor, mas sem deixar de observar, proporcionalmente a satisfação do direito do credor que busca o adimplemento das obrigações, sejam elas de natureza alimentar ou não.

7. REFERÊNCIAS

Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm >. Acesso em: 04 mai. 2019.

Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 04 mai. 2019.

Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm >. Acesso em: 21 mai. 2018.

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.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: História e Teoria Geral do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho. 20. Ed. Ver. E atual. São Paulo, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NEVES, Daniel Amorim Assumpção**. Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

NATALIA CRISTINA DE SOUZA ALBANEZ:
Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis.

ANDRE DE PAULA VIANA[1]

(Orientadora)

RESUMO: A violência é reconhecida mundialmente como um relevante problema de saúde pública, sendo a violência contra as mulheres considerada uma violação dos seus direitos humanos. Os Estados têm deveres e compromissos no que se refere a enfrentar e prevenir essa violência que vai muito além da violência física. Contudo, a persistência da violência contra as mulheres em todo o mundo é uma prova de que os Estados não estão cumprindo com esses deveres, principalmente no que se refere à prevenção. Segundo o Atlas da Violência da FBSB do IPEA de 2018, em 10 anos, a taxa de homicídio de mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto entre mulheres não negras houve queda de 8% e nos casos de estupro, 46,1% das pessoas adultas foram vítimas de pessoas conhecidas. Assim, a criação da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio no Brasil foram um reconhecido avanço na área da prevenção da violência contra a mulher. Apesar disso, ainda são necessários maiores esforços da sociedade e dos governantes para reduzir as desigualdades sociais que geram e reproduzem as diferenças entre homens e mulheres, que por sua vez, dão causam à violência contra a mulher.

Palavras chave: Violência doméstica; Lei Maria da Penha; Feminicídio; Desigualdade Sexual.

ABSTRACT: Violence is recognized worldwide as a major public health problem, and violence against women is considered a violation of its human rights. States have duties and commitments in dealing with and preventing such violence that goes far beyond physical violence. However, the persistence of violence against women around the world is evidence that states are not complying with these obligations, especially with regard to prevention. According to the FBSB's Atlas of Violence of the IPEA of 2018, in 10 years, the rate of homicide of black women increased by 15.4%, while among non-black women there was a decrease of 8% and in cases of rape, 46.1% of adults were victims of known people. Thus, the creation

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

of the Maria da Penha Law and the Feminicide Law in Brazil were a recognized advance in the area of violence against women. Nevertheless, greater efforts are still needed by society and governments to reduce the social inequalities that generate and reproduce the differences between men and women, which in turn, cause violence against women.

Keywords: Domestic violence; Maria da Penha Law; Feminicide; Sexual Inequality.

SUMÁRIO: 1- Introdução - 2. Desenvolvimento; 2.1. A ideia da mulher submissa; 2.2. Violência doméstica: 2.2.1. Formas de manifestação; 2.2.2. As substâncias psicoativas; 2.2.3. Questões sociais; 2.3. Os modelos de conciliação; 2.4. Igualdade de direitos - 3. Considerações finais - 4. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

Este estudo terá como tema a questão da violência doméstica contra a mulher, abordando a eficácia do Direito frente a violência doméstica contra a mulher. Esta pesquisa pretende responder a seguinte questão: o Direito é eficaz na prevenção e combate à violência doméstica contra a mulher?

Pretende-se a partir deste trabalho analisar as políticas públicas pela prevenção e extinção da violência contra a mulher, uma vez que a existência da violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado e o fato de continuar a ser praticada com impunidade são claros indicadores da incapacidade revelada pelos Estados no que se refere a cumprir plenamente o seu dever de proteger as mulheres.

A violência contra as mulheres é uma violação dos seus direitos humanos. Os Estados têm deveres e compromissos, de acordo com instrumentos de direito internacional e políticas, no que se refere a enfrentar e prevenir essa violência. Contudo, a persistência da violência contra as mulheres em todo o mundo é uma prova de que os Estados não estão a cumprir esses deveres.

É indispensável pôr termo à violência e assegurar que os seus autores sejam responsabilizados pelos seus atos, além de garantir apoio não somente médico, mas também psicossocial às vítimas e aos agressores, visando sua reabilitação para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a convivência em sociedade. É necessária uma ação concertada e imediata da parte dos governos. A ação destinada a acabar com a violência contra as mulheres exige uma clara demonstração de vontade política e de empenhamento bem como uma ação sistemática e sustentada, apoiada por recursos adequados e é justamente essa a nossa linha de pesquisa, que através da análise de literatura iremos buscar referenciais quanto à eficácia e existência de Políticas Públicas focalizadas no combate à violência contra a mulher.

O objetivo principal é esclarecer que a violência doméstica contra a mulher vai muito além da violência física, apresentar as suas consequências e motivações para continuidade. Os objetivos Específicos pretendem questionar os aspectos familiares envolvidos na violência doméstica contra a mulher; detectar quais são as consequências geradas pela violência contra a mulher; apontar o feminicídio como expressão máxima de violência contra a mulher e apresentar possíveis melhorias no âmbito jurídico para a prevenção e combate à violência doméstica contra a mulher.

A resposta para a pergunta acima é que apesar dos esforços iniciados pelos governantes e legisladores na prevenção e extinção da violência contra a mulher, ainda há muito a ser feito para atingir tais objetivos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A ideia da mulher submissa

Narvaz e Koller (2006) apontam que o interesse por investigar as diferentes posições que as mulheres ocupam diante de violências sofridas, ora de submissão, ora de resistência vem-se construindo ao longo de nossa trajetória profissional e acadêmica. Enquanto profissionais, temos trabalhado como terapeutas de famílias abusivas e de mulheres vítimas de várias formas de violência; enquanto pesquisadoras têm tentado compreender a complexa articulação entre os aspectos de gênero e de poder na dinâmica das relações violentas.

Para Narvaz e Koller (2006) a inserção em outros espaços coletivos e militantes em direção à prevenção da violência contra as mulheres igualmente compõe esta trajetória, que articula a pesquisa e a clínica à política. Uma vez comprometidas com a denúncia dos processos que prescrevem às mulheres o assujeitamento a diversas formas de violência, este trabalho propõe-se a revisar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

alguns conceitos e a problematizar alguns aspectos comumente envolvidos nas investigações com mulheres vítimas de violência conjugal e doméstica.

De acordo com Narvaz e Koller (2006) no mundo, um em cada cinco dias de folga ao trabalho é decorrente de violência sofrida por mulheres em suas casas. Na América Latina, a violência doméstica incide entre 25% e 50% das mulheres. No Brasil, 23% das mulheres brasileiras estão sujeitas à violência doméstica; a cada 3 minutos, uma mulher é agredida em seu próprio lar por uma pessoa com quem mantém relação de afeto; 70% dos crimes contra a mulher acontecem dentro de casa e o agressor é o próprio marido ou companheiro; mais de 40% das violências resultam em lesões corporais graves decorrentes de socos, tapa, chutes, amarramentos, queimaduras, espancamentos e estrangulamentos.

Narvaz e Koller (2006) citam estudos que apontam que 11% das brasileiras com 15 anos de idade ou mais já foram vítimas de espancamento. O levantamento encontrou que uma em cada cinco mulheres foi agredida pelo menos uma vez em suas vidas. A pesquisa mostra que o marido ou companheiro é responsável por 56% dos espancamentos, 53% das ameaças com armas e 70% da destruição dos bens.

2.2. Violência doméstica

Saffioti (2002) afirma que o maior resultado de dados sobre violência no Brasil, que se conhece, foi realizado em 1981. Começou sobre violência física denunciada e não denunciada, compreendendo, portanto, a violência doméstica. Ou seja, esta última não seja apresentada separadamente, é notável, pelo menos em parte, pois consta o local da agressão; Assim como a relação entre vítima e agressor. Obviamente, a violência doméstica cometida fora do domicílio não é passível de leitura específica.

Para Saffioti (2002) várias das modalidades podem ocorrer dentro ou fora do domicílio. A família, no primeiro caso e a unidade domiciliar, no segundo, constituem referências importantes para seu entendimento e distinção, como também para sua definição. Trata-se de não parentes agregados ou assalariados sujeitos à autoridade do socialmente considerado chefe do domicílio. O advérbio socialmente é importante, na medida em que não remete o ouvinte a um documento estatístico ou legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

No entendimento de Saffioti (2002) como não se tinha a pretensão de poder notar a violência emocional, a proposta incluía apenas violência física e sexual. Entretanto, estas duas formas vêm sempre acompanhadas por violência psicológica. Os anos consultados foram 1988 entre 1992. A primeira DDM (Delegacia de Defesa da Mulher) foi criada em São Paulo, em 1985 e em seguida, vieram várias outras.

Saffioti (2002) aponta que a denominação da delegacia da mulher varia e decidiu-se manter o título paulista. Em virtude de este Estado por ter sido pioneiro na criação e implementação desta medida. Ela estava destinada a ser isolada, e não uma política pública de combate à violência doméstica. Após, dezenas de DDM foram criadas, sem que se qualificassem seus profissionais; muitas mulheres e alguns homens.

Dias (2017) afirma que com o passar dos tempos (crianças, mulheres, homens e idosos), têm sido alvo das mais diversas formas de violência na família. Ambos como os crimes de agressão, física, verbal, abuso sexual, emocional, psicológico, portando entre outros. Ocorrem com muita facilidade no seu seio, e enquadram-se num padrão de comportamento instável pelo conceito de violência doméstica.

Para Dias (2017) legitimada por religiosos e políticos, ora pela ideologia patriarcal, a violência doméstica é um fenômeno de longa data, que faz parte integrante da história da família das sociedades ocidentais e de muitas outras. Nestas sociedades, em diversas, épocas histórico-sociais; As crianças têm sido vítimas de maus tratos e de inúmeras agressões. Tais práticas encontram-se, na maior parte das vezes, no pressuposto de que são métodos indispensáveis para a sua educação.

No entendimento de Dias (2017) a tolerância sociocultural relativamente à violência infligida sobre as crianças está na origem do seu reconhecimento como objeto de investigação e de intervenção legal. O caso de Mary Ellen, em 1874, criança adotada que sofreu graves abusos pela família de acolhimento, marcou o despertar da consciência pública e do sistema legal para as inúmeras agressões que as crianças, são vítimas em contexto familiar. Mas foram necessários cerca de 100 anos para que esta forma de violência fosse efetivamente reconhecida como um problema social crítico.

Para Dias (2017) o despertar dos profissionais e da comunidade científica e pública em geral, para este fenômeno, veio beneficiar no final da década de 60, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

início dos anos 70; do século passado, o processo de reconhecimento de outras formas de violência na família, designa mente a que é praticada contra as mulheres.

Dias (2017) afirma que a identificação da "síndrome da mulher agredida" deu-se com uma publicação inglesa de 1974, em Inglaterra, onde a ação do movimento feminista, a par de tantas outras iniciativas, chamou a atenção para as inúmeras formas de violência e opressão vividas pelas mulheres nos seus próprios lares. Nos anos 80, o interesse público, legislativo, científico e profissional, volta-se para o abuso de idosos.

Dias (2017) afirma que em tempos mais modernos, a pesquisa tem vindo igualmente a chamar a atenção para o fato dos abusos praticados, sobre o homem na família não deverem ser ignorados. Não contrária a recusa histórica e cultural em reconhecer que os homens podem ser agredidos na sua própria família ou em contexto das relações conjugais, e da negação do fenômeno por parte de feministas, alguns investigadores sustentam que as mulheres usam de modo frequente de violência sobre os homens, cônjuges. Independentemente das discussões teóricas geradas entre os defensores desta perspectiva e as expectativas feministas, parece que o sistema jurídico-legal e criminal continua a trivializar o problema da violência doméstica.

No entendimento de Dias (2017) embora se tenha procedido a algumas reformas ao nível da legislação recente sobre a violência doméstica; à implementação de ações de formação dos agentes da justiça e das forças de segurança pública; à criação de linhas de apoio e de assessoria legal às vítimas, entre outras medidas de intervenção, as respostas do referido sistema ainda estão longe de ser completas. Tal pode estar associado às dificuldades de resposta por parte do sistema jurídico-legal e criminal face ao avolumar da criminalidade em geral, e não só da violência doméstica; à complexidade do fenômeno ou mesmo à negação, pela sociedade, de existência de violência entre indivíduos que fazem parte da mesma família.

2.2.1. Formas de manifestação

Day *et al* (2003) afirma que os homens que participam dos conflitos das ruas são vítimas mais frequentes de homicídios, ocorridos entre desconhecidos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

atingindo principalmente os jovens. Entre 20 e 29 anos, a proporção é de 15 vezes para um de óbitos por projétil de arma de fogo.

Existem, de acordo com Day *et al* (2003), quatro formas mais comuns de violência intrafamiliar: física, psicológica, negligência e sexual. A violência física ocorre quando alguém causa ou tenta causar dano por meio de força física, de algum tipo de arma ou instrumento que possa causar lesões internas, externas ou ambas. A violência psicológica inclui toda ação ou omissão que causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. O descuido é a omissão de responsabilidade de um ou mais membros da família em relação a outro, sobretudo àqueles que precisam de ajuda por questões de idade ou alguma condição física, permanente ou temporária

Segundo Day *et al* (2003) a violência sexual é toda ação na qual uma pessoa, em situação de poder, obriga uma ou ter à realização de práticas sexuais, utilizando força física, influência psicológica ou uso de armas ou drogas.

Para Day et al (2003) duvidar dos efeitos da violência doméstica contra a criança e o adolescente, acreditando que o impacto parece ser temporário e desaparece no transcorrer do desenvolvimento infantil é errado. O trauma infantil não deve ser desconsiderado por seus efeitos em longo prazo não serem evidenciados de imediato. Deve ser reconhecido como um sério problema da infância; mesmo que crianças atingidas sejam retiradas de suas casas, os efeitos da experiência vivida repercutirão em toda sua vida.

As manifestações psicológicas segundo Day *et al* (2003) possuem danos imediatos como pesadelos repetitivos, ansiedade, raiva, culpa, vergonha, medo do agressor e de pessoa do mesmo sexo, quadros fóbico-ansiosos e depressivos agudos, queixas psicossomáticas, isolamento social e sentimento.

Day *et al* (2003) classifica as manifestações da violência física como o local mais acometido pela violência física no corpo da criança e do adolescente é a pele. Lesão pode incluir desde vermelhidão, equimoses ou hematomas, até queimaduras de 1º a 3º grau. É comum encontrarem-se marcas do instrumento utilizado para espancar crianças ou adolescentes; elas podem apresentar forma de vara, de fios, de cinto ou até mesmo da mão do agressor. Uma das manifestações mais graves da violência física contra a criança é a síndrome do bebê sacudido. Caracteriza-se por lesões de gravidade variável, que ocorrem quando uma criança,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

geralmente um lactente, é severa ou violentamente sacudida. Pode causar cegueira ou lesões oftalmológicas, atraso no desenvolvimento, culminando com a morte.

Day *et al* (2003) afirma ainda que em todo mundo, pelo menos uma em cada três mulheres já foi espancada, coagida ao sexo ou sofreu alguma outra forma de abuso durante a vida. O agressor é, geralmente, um membro de sua própria família. A violência contra as mulheres é o tipo mais generalizado de abuso dos direitos humanos no mundo e o menos reconhecido.

2.2.2. As substâncias psicoativas

Para Zilberman e Blume (2005) apesar da violência doméstica acarretar graves sequelas físicas e psicológicas, eles frequentemente não são diagnosticados. Este artigo oferece uma revisão ampla sobre a prevalência destes problemas e suas consequências para a saúde de adultos, crianças e idosos, bem como discute os desafios enfrentados por médicos clínicos para a sua detecção, avaliação e encaminhamento. A associação entre a violência doméstica - incluindo a violência perpetrada por homens contra mulheres que são suas parceiras íntimas e o abuso físico e sexual contra as crianças pelos pais ou outros cuidadores - e uso, abuso e dependência de substâncias tem sido investigada por vários autores.

De acordo com Zilberman e Blume (2005) como mulheres e homens consideram uma vítima intoxicada mais responsável que o perpetrador da violência intoxicado. Culturalmente, mulheres com dependência química são consideradas como mais disponíveis sexualmente, levando à noção de que a agressão sexual contra elas é aceitável.

Alguns dados apontados por Zilberman e Blume (2005) induzem que o uso de substâncias psicoativas (pelo perpetrador, pela vítima ou por ambos) está envolvido em até 92% dos episódios notificados de violência doméstica. O álcool frequentemente atua como um desinibidor, facilitando a violência. O uso de álcool parece estar envolvido em até 50% dos casos de agressão sexual. Homens casados violentos possuem índices mais altos de alcoolismo em comparação àqueles não violentos. Alguns dados indicam que índices de alcoolismo de 67% e 93% entre maridos que espancam suas esposas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Para Zilberman e Blume (2005) o estupro e outras formas de vitimização são desproporcionalmente frequentes entre mulheres com problemas de uso de substâncias psicoativas em comparação a outras mulheres na população geral. Por outro lado, o álcool e outras drogas são geralmente utilizados por mulheres para automedicar a dor decorrente de situações de violência doméstica e trauma. Mulheres feridas por um parceiro masculino possuem uma probabilidade duas a três vezes maior de abusarem de álcool e de terem usado cocaína do que controles.

No entendimento de Zilberman e Blume (2005) uma relação entre uso de substâncias psicoativas por mulheres e aumento de violência tem sido relatada em vários estudos. Mulheres em tratamento por transtornos por uso de substâncias acham que a violência contra elas estava associada ao baixo status social, percepção de maior disponibilidade sexual, uso de substâncias por seus parceiros, sua própria agressividade verbal quando sob a influência do crack e do álcool e conflitos relacionados à procura e à divisão de drogas.

Zilberman e Blume (2005) sugere que a relação entre abuso físico e sexual na infância e o desenvolvimento de problemas de uso de substâncias em mulheres é mediado pela morbidade psiquiátrica, incluindo ansiedade, particularmente transtorno de estresse pós-traumático e depressão o uso de substâncias psicoativas pelos pais pode facilitar a ocorrência de abuso físico e sexual e negligência infantil. A violência doméstica e os transtornos de uso de substâncias psicoativas em mulheres muitas vezes não são detectados pelos profissionais de saúde.

Para Zilberman e Blume (2005) há vários relatos de violência doméstica em conexão com uso de substâncias necessitam de enfoques concomitantes para ambas as condições. Os profissionais devem primeiro garantir a segurança de suas pacientes, fornecendo informações de como acessar a polícia e os abrigos disponíveis na comunidade. As opções de tratamento disponíveis para violência doméstica e abuso ou dependência de substâncias psicoativas podem ser oferecidas neste ponto, incluindo grupos de ajuda mútua e grupos de defesa dos direitos da mulher e da criança.

Zilberman e Blume (2005) afirma que têm aumentado o entendimento dos profissionais de saúde sobre a violência doméstica e suas conexões com o uso, abuso e dependência de substâncias psicoativas, dando-nos a oportunidade de utilizar tal entendimento para melhorar a atenção das pacientes afetadas. Esses

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

problemas têm impactos não somente para as pacientes, mas também para seus parceiros, filhos e para os idosos, influenciando o bem-estar físico e psicológico de toda a família. O rastreamento é essencial e quando os problemas são identificados, as intervenções devem ser direcionadas tanto para violência doméstica como para abuso de substâncias psicoativas, de forma a reduzir vitimizações posteriores e seu impacto na saúde das gerações futuras.

2.2.3. Questões sociais

Para Garbin *et al* (2006) as mulheres vêm ocupando cada vez mais posições sociais que eram exclusivamente masculinas, porém a violência contra elas continua como um grave problema de saúde pública. Compreende violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. A violência doméstica, a mais comum das violências contra a mulher, deve ser detectada pelo profissional de saúde e encarada como questão de saúde pública.

No entendimento Garbin *et al* (2006) as mulheres em situações de violência procuram os serviços de saúde por agravos à saúde física, mental e reprodutiva, como consequência dessa agressão, porém os profissionais de saúde têm sérias dificuldades para identificar este fenômeno, e na ampla maioria dos casos em que se suspeita de violência, estes não são investigados. As razões da violência doméstica são divididas em nove categorias: doença mental, álcool e drogas, aceitação da violência por parte do público, falta de comunicação, sexo, uma autoimagem vulnerável, frustração, mudanças, violência como recurso para resolver problemas.

Para Garbin *et al* (2006) são os fatos corriqueiros e banais os responsáveis pela conversão de agressividade em agressão, o sentimento de posse do homem em relação à mulher e seus filhos e a impunidade são fatores que generalizam a violência. As mulheres maltratadas têm sua saúde prejudicada tanto pelas lesões resultantes do espancamento, quanto por desenvolverem dores crônicas, depressão e baixa estima, causas que muitas vezes levam-nas ao suicídio. As consequências da violência contra a mulher refletem desequilíbrios em todas as esferas da sociedade: econômica, emocional e familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Os abusos representam, segundo Garbin *et al* (2006), em agravos à saúde da mulher, principalmente crianças adolescentes, idosas e adultas absolutamente incapazes, já que é um crime praticado por quem tem o dever de zelar pela pessoa, seu responsável. Está previsto no art. 136 do Código Penal Brasileiro como expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Para Maldonado e Willians (2005) o maltrato contra mulheres e crianças, muitas vezes, acontece dentro do próprio lar. Há diferentes formas de violência doméstica ou intrafamiliar, as quais são agrupadas e definidas como: física, sexual, psicológica. A violência no lar se expressa de diferentes formas. A criança como parte integrante da família, pode estar exposta à agressão direta - quando ela é o alvo da agressão, ou indireta, quando presencia cenas de violência entre os pais.

No entendimento de Maldonado e Willians (2005) o impacto da violência conjugal na saúde mental das crianças, o qual confirma os dados da literatura estrangeira, indicando que foram encontrados altos índices de depressão, agressividade, isolamento e baixa autoestima em tais crianças.

2.3. Os modelos de conciliação

Para Debert e Oliveira (2007) os modelos de solução de conflitos têm ganhado uma importância cada vez maior nas propostas interessadas em dar celeridade ao Judiciário e ampliar o acesso da população à justiça. O contraste entre valores e simbologias postas em ação no fluxo dos processos nessas duas instâncias oferece elementos para a compreensão do contexto que levou à promulgação da Lei Maria da Penha, sancionada no dia 7 de agosto 2006, que retirou do âmbito dos Juizados Especiais Criminais os delitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher.

De acordo com Debert e Oliveira (2007) as formas de resolução de conflitos baseada na conciliação têm ganhado um interesse cada vez maior no contexto brasileiro contemporâneo e os Especiais Cíveis e Criminais são, certamente, os exemplos mais evidentes da forma como esse interesse foi institucionalizado. No entanto, é preciso reconhecer que a prática da conciliação ou os mecanismos extrajudiciais de Solução de conflitos e a violência doméstica resolução de conflitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estão presentes, de maneira informal, há muito mais tempo em diferentes instituições do sistema de justiça.

Para Debert e Oliveira (2007) a criação desses juizados indica que, muitas vezes, na prática cotidiana das delegacias, ocorre uma conciliação entre vítima e agressor. No entanto, é importante destacar que a concepção da mulher como sujeito de direitos organiza os procedimentos adotados nessas delegacias, mesmo quando há uma reconciliação do casal. A agenda igualitária e a aversão às formas de dependência pessoal orientam, inclusive, as críticas que as policiais fazem ao trabalho por elas desenvolvido ou à clientela que recorre de modo escuso às delegacias.

No entendimento de Debert e Oliveira (2007) a prevista na lei, ocorre durante uma audiência no Fórum Audiência Preliminar de Conciliação. Além disso, as audiências são conduzidas pelo próprio juiz titular da vara criminal ou pelo promotor, porque ainda não foi criada a figura do conciliador e os mesmos profissionais que atuam nas Varas Criminais Comuns.

De acordo com Debert e Oliveira (2007) em diversos Juizados Especiais Criminais do Estado de São Paulo a situação é semelhante, não há espaço físico reservado aos JECRIM, os mesmos profissionais alternam duas lógicas distintas na condução dos delitos: nos casos de menor potencial ofensivo a conciliatória e nos crimes comuns a acusatória.

Esse movimento foi denominado por Debert e Oliveira (2007) de dupla institucionalização do Poder Judiciário. A tendência dos agentes policiais é responsabilizar a clientela pelo desvirtuamento do trabalho policial e pela monotonia do cotidiano nas delegacias, porque o trabalho de investigação que, na opinião das agentes, é o que dá entusiasmo à prática policial para a qual foram treinadas, é substituído pela conciliação das partes em conflito, num contexto em que boa parte das vítimas tem aversão à punição dos culpados.

Debert e Oliveira (2007) afirmam que há um acordo entre os agentes na consideração da ineficácia, a médio e longo prazo, da conciliação feita na delegacia. Os agentes da polícia consideram que essas mulheres estão brincando com o aparato público, são coniventes com os agressores e com a situação de violência da qual são vítimas. Assim, as mulheres que desistem são vistas como uma espécie

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

de cidadãs que não souberam se apoderar de seus direitos, seja por uma ignorância intransponível, seja por um déficit moral de caráter.

Nesses casos, segundo Debert e Oliveira (2007), a busca de um trabalho remunerado é vista como a melhor forma de ganhar autonomia e ser uma mulher independente. Em análise cuidadosa, na qual avalia o grau de influência do discurso feminista sobre a cultura jurídica das polícias. Assim, a audiência de conciliação pode ser transformada num espaço privilegiado para a indução das vítimas a desistirem da causa levada à Justiça. Na etapa da conciliação se torna possível a acolhida e, ao mesmo tempo, a retirada da violência doméstica do Judiciário.

Debert e Oliveira (2007) consideram que a maioria dos crimes que entram neste procedimento conciliatório não se transforma em processo penal. As audiências de conciliação no JECRIM são geralmente muito rápidas, não ultrapassando dez minutos. A proposta de transação penal é quase sempre o pagamento de uma cesta básica para uma instituição de caridade. Os próprios juízes reconhecem que essa pena pode significar uma banalização da punição da violência contra a mulher.

2.4. Igualdade de direitos

Garcia (2009) afirma que em terras francesas, apregoava-se uma igualdade que distinguia entre ricos e pobres, somente admitindo a participação política dos primeiros, não dos últimos. Em paragens americanas, por sua vez, a discriminação racial não só contribuiu para a eclosão da guerra de secessão, quase levando ao fim a Federação, como, ainda no Século XX, ensejou calorosos debates em torno da política segregacionista de alguns Estados membros.

A igualdade para Garcia (2009) em seus aspectos mais estritos, aqueles que não digam respeito unicamente à inserção na humanidade, pode apresentar múltiplas variações, que acompanharão as vicissitudes do meio social. Práticas tidas como igualitárias num certo contexto sociocultural podem ser consideradas discriminatórias com o evolver do grupamento, fazendo que verdades absolutas se transmudem em relativas e daí em censuráveis equívocos.

Para Garcia (2009) a situação jurídica da mulher passou por diversas mutações na evolução do Estado de Direito, principiando por um estado de subordinação e dependência quase absoluta até que, a partir de conquistas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

pontuais, mas de indiscutível relevância, tem alcançado não só a sua autonomia existencial, como a paulatina inserção nos setores mais hegemônicos do grupamento. A compreensão dessas mutações exige reflexões em torno das dimensões em que se desenvolveu a construção jurídica dos direitos da mulher, o tratamento que lhe tem sido assegurado pelo constitucionalismo contemporâneo e, a partir de um referencial de igualdade formal, a identificação da juridicidade, ou não, das medidas adotadas para coibir a discriminação de gênero e alcançar a igualdade material.

De acordo com Garcia (2009) a construção de um referencial de igualdade, ainda que meramente formal, sempre ensejou uma polarização dos interesses envolvidos: de um lado, os excluídos, de outro, múltiplos atores sociais, que poderíamos subdividir em hegemônicos, desejosos de manter a sua posição de primazia, simpatizantes, estranhos à classe excluída, mas que reconheciam a injustiça da exclusão, e indiferentes, prosélitos de seus próprios interesses e que normalmente consubstanciam a grande massa social.

Garcia (2009) afirma que a Constituição representa uma infindável série de escolhas, o que enseja questionamentos sobre se deve ser vista como um texto, uma intenção, uma ordem de deduções estruturais ou uma série de premissas políticas e morais. Com abstração da linha argumentativa que venha a ser seguida, não é possível subtrair da Constituição a imperatividade ou deixar de reconhecer a sua condição de ordem suprema do Estado. Não há nenhuma norma jurídica de grau superior que lhe assegure a existência e imponha a observância, cabendo à própria ordem constitucional o fornecimento dos instrumentos que permitam a sua tutela e garantia.

No entendimento de Garcia (2009) o que se vislumbra na Constituição brasileira de 1988 é a existência de um mandamento geral de igualdade, um mandamento específico de igualdade de gênero, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e uma cláusula de remissão, indicando a possibilidade de tratamento constitucional diferenciado. Essa última cláusula mostra-se coerente com o sistema na medida em que a igualdade total entre homens e mulheres é expressamente excepcionada pelo próprio Texto Constitucional, ao contemplar, por exemplo, a necessidade de proteção do mercado de trabalho da mulher e a aposentadoria das mulheres com menor tempo de contribuição previdenciária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Garcia (2009) lembra que a análise desses dois comandos constitucionais permite concluir que a razão de ser do primeiro está na histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho, o que exige a adoção de medidas protecionistas pelo Poder Público; o segundo, por sua vez, é diretamente influenciado por componentes orgânicos, vale dizer, a menor resistência física da mulher, e sociais, isso por ser comum o acúmulo de atividades, vale dizer, exercidas gratuitamente no lar e onerosamente no ambiente de trabalho.

A Lei nº 11.340/2006, no teor de sua ementa, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Cerqueira *et al* (2015) apontam que a formulação e sanção da Lei Maria da Penha foi um dos mais empolgantes e interessantes exemplos de amadurecimento democrático no Brasil, pois contou com a participação ativa de organizações não governamentais feministas, Secretaria de Política para Mulheres, academia, operadores do direito e o Congresso Nacional. Por outro lado, a lei incorporou aspectos inovadores ao tratar de forma integral o problema da violência doméstica e ao considerar a necessidade de implantação de onze tipos de serviços e medidas protetivas para garantir direitos e tentar levar a paz aos lares.

Para Cerqueira *et al* (2015) oito anos após a sanção da LMP, uma lacuna importante diz respeito à ausência de uma avaliação cuidadosa sobre sua efetividade para dissuadir a violência doméstica.

No entendimento de Cerqueira *et al* (2015) a LMP afetou o comportamento de agressores e vítimas por três canais: aumento do custo da pena para o agressor; aumento do empoderamento e das condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar; e aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais, possibilitando ao sistema de justiça criminal que atendesse de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica. A conjunção dos dois últimos elementos seguiu no sentido de aumentar a probabilidade de condenação. Os três elementos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

somados fizeram aumentar o custo esperado da punição, com potenciais efeitos para dissuadir a violência doméstica.

A Lei Maria da Penha, nº 11.340/06, de acordo com Santos (2018), tornou-se emblemática para a sociedade brasileira, no sentido de evidenciar, marcadamente, que o governo prioriza a solução para a questão da violência doméstica contra a mulher, pois o Código Penal já criminalizava esse tipo de delito (lesão corporal, homicídio), mas a aprovação de lei específica simboliza o prestígio que o Estado deu ao assunto, em virtude de demanda social nesse sentido.

De acordo com Santos (2018) muitas tentativas foram realizadas no sentido de coibir a violência contra mulheres, a partir do ano de 1999, foram apresentados diversos projetos de lei acerca da violência doméstica sobre diversos aspectos como, por exemplo: definição de institutos básicos, definição de violência familiar e violência psicológica, tipificação das condutas como crime, afastamento cautelar do agressor, etc.

Santos (2018) faz uma cronologia dos projetos que precederam a LMP, sendo que o primeiro a ser apresentado foi o Projeto Lei nº 905/1999, que tratou principalmente de definir institutos básicos, como os tipos de violência (psicológica, familiar, etc.) e tipificando diversas condutas como crime. Além disso, trouxe alguns aspectos processuais, como a representação pela vítima para se proceder à ação penal. Entretanto, este projeto foi considerado inconstitucional por ferir o princípio do devido processo legal. O Projeto seguinte, de número 1.439/1999 foi apresentado como anexo ao anterior, praticamente idêntico, apenas tentando suprir a inconstitucionalidade apontada.

Santos (2018) afirma ainda que no ano seguinte, foi apresentado o Projeto Lei nº 2.372/2000, que tratava do afastamento cautelar do agressor do lar conjugal. Porém, foi integralmente vetado pelo Presidente da República. Já o Projeto de Lei nº 5.172/2001 visava acrescentar um artigo à Lei do Divórcio, tratando do abandono justificado do lar conjugal. Ainda no ano de 2000, foi apresentado o Projeto de nº 3.901/2000, convertido na Lei nº 10.455/2002, levou a violência doméstica à competência dos Juizados Especiais Criminais.

Para Santos (2018), com esse projeto houve a substituição da exceção à regra da não imposição da prisão em flagrante e fiança pela possibilidade de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

determinação judicial cautelar de afastamento do lar conjugal nos casos de violência doméstica. Em 2002, houve um Projeto Lei que visava alterar o artigo 129 do Código Penal, aplicando uma pena mais severa caso a lesão corporal fosse praticada por cônjuge ou companheiro; este foi o Projeto Lei nº 6.760/2002.

Santos (2018) afirma que apenas no ano de 2004 foi proposto o projeto de lei que viria a ser convertido na Lei nº 11.340/2006, conhecida como "Lei Maria da Penha" em homenagem à luta desta mulher, inconformada com a impunidade de seu ex marido. Levando em consideração as recomendações contidas no Relatório nº 54, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Organizações Não-Governamentais (ONGs), como Feministas Advocacy, Agende, Themis, Cladem/Ipê, Cepia e CFemea, reuniram-se, em 2002, para elaborar anteprojeto de lei para combater a violência doméstica contra a mulher.

Segundo Santos (2018) em março de 2004, esse documento foi apresentado à Secretaria de Política para as Mulheres, a fim de ser discutido pelo governo, para a consequente elaboração de projeto de lei, que seria encaminhado ao Congresso Nacional, para análise. Em 2004, por meio da emenda 45, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que são direitos e garantias fundamentais material e formalmente constitucionais os tratados internacionais sobre direitos humanos, tendo-os elevado ao status de emenda constitucional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha traz à tona uma questão mais discutida do que aplicada no Direito, que é o sentido da responsabilização no Direito, mas não a responsabilidade civil ou, na esfera penal, aquela responsabilização persecutória, tão difundida e discutida, aquela em que, na realidade a culpabilização toma o lugar do significado da palavra responsabilização, em que punir toma o lugar de reeducar e conscientizar, buscando-se, no máximo e na grande maioria das situações, uma reparação.

A violência contra a mulher ocupa uma dimensão alarmante no país, e este quadro se deteriora ainda mais se forem consideradas as taxas de subnotificação, em que a mulher, por medo do agressor ou do julgamento social, opta por não realizar a denúncia junto às autoridades competentes. Observa-se um problema social que precisa do envolvimento da sociedade civil e da atuação política coordenada, com medidas efetivas de redução dos índices de violência. A Lei Maria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da Penha foi um importante passo na proteção dos direitos da mulher e possibilitou o aumento das denúncias, além disso o próprio escopo legal, caracterizado pela imposição de medidas severas, atua no sentido de desestimular a ação criminosa.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. http://www4.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em 17 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha.** Brasília: 2007.

CERQUEIRA, D. et al. **Atlas Da Violência (2018)**, FBSB, IPEA. Rio de Janeiro: 2018.

CERQUEIRA, D.; MATOS, M.; MARTINS, A. P. A.; JONY, P. J. **Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha**. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília/Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

Day, V. P.; Telles, L. D. B.; Zoratto, P. H.; Azambuja, M. D.; Machado, D. A.; Silveira, M. B.; Blank, P. (2003). Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de psiquiatria do Rio Grande do Sul**, 2003.

Debert, G. G.; Oliveira, M. B. D. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a violência doméstica. **Cadernos pagu**. 2007.

DIAS, Isabel. Violência doméstica e justiça: respostas e desafios. **Sociologia: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto**, v. 20, 2017.

GARBIN, C. A. S.; GARBIN, A. J. I.; DOSSI, A. P.; DOSSI, M. O. Violência doméstica: análise das lesões em mulheres. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 22, p. 2567-2573, 2006.

GARCIA, E. Proteção e inserção da mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2009.

MALDONADO, D. P. WILLIAMS, L. C. O comportamento agressivo de crianças do sexo masculino na escola e sua relação com a violência doméstica. **Psicologia em estudo**, v. 10, n. 3, p. 353-362, 2005.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NARVAZ, M. G.; KOLLER, S. H. Mulheres vítimas de violência doméstica: compreendendo subjetividades assujeitadas. **Psico**, v. 37, n. 1, p. 8, 2006.

SANTOS, M. V. P. dos. **A Lei Maria da Penha e os seus desafios**. Trabalho de conclusão de curso (graduação). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

SAFFIOTI, H. I. B. **Violência doméstica: questão de polícia e da sociedade**. Gênero e Cidadania. Campinas-SP, Núcleo de Estudos de Gênero–Pagu/Unicamp, Coleção Encontros, 2002.

ZILBERMAN, M.; BLUME, S. B. Violência doméstica, abuso de álcool e substâncias psicoativas. **Rev Bras Psiquiatr**. 2005.

---

[1] Orientador do artigo, advogado e Professor do curso de Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis. E-mail: andreviana@adv.oabsp.org.br. Currículo Lattes em: http://lattes.cnpq.br/4428702481856069

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LEI MARIA DA PENHA E O FEMINICÍDIO: SEUS REFLEXOS NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

ISIS DE MOURA CHIOSINI:
Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha e a qualificadora do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, chamado de feminicídio, quanto à sua eficácia e ineficácia em relação às vítimas de violência doméstica, familiar e de gênero. Visa, ainda, demonstrar o aumento da violência contra mulheres negras e não negras, conforme os dados apresentados pelo Atlas da Violência de 2018; apresentar alguns países que adotam a proteção da mulher em sua legislação; discutir: a desigualdade de gênero que grassa no país- embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB apresente em seu artigo 5° que todos são iguais perante a lei, homens e mulheres, em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza, garantindo direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, a influência que a Lei Maria da Penha tem sobre o feminicídio e algumas alterações na lei.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha; Feminicídio; Mulher; Violência.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze Law 11.340 / 2006, known as the Maria da Penha Law and the qualifier of article 121 of the Brazilian Penal Code, called feminicide, as to its effectiveness and ineffectiveness in relation to victims of domestic, of gender. It also aims to demonstrate the increase in violence against black and non-black women, according to data presented by the Atlas of Violence in 2018; present some countries that adopt the protection of women in their legislation; to discuss: the gender inequality that rages in the country - although the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 - CRFB presents in its article 5 that all are equal before the law, men and women, in rights and obligations, without distinction of any nature, guaranteeing the right to life, liberty, equality, security and property, the influence that the Maria da Penha Law has on feminicide and some changes in the law.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Keywords:. Maria da Penha Law; Feminicide; Woman; Violence.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE A IGUALDADE DE GÊNERO. 3 A INFLUÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA NO CRIME DE FEMINICÍDIO. 4 Das medidas protetivas. 4.1 Conceito. 4.2 Das medidas protetivas de urgência quanto ao agressor. 4.3 Das medidas protetivas de urgência quanto à ofendida. 4.4 Alteração na lei. 5 FEMINICÍDIO. 5.1 Conceito. 5.2 A origem do termo. 5.3 Finalidades da implantação do feminicídio no Código Penal. 5.4 A flexibilização do porte de armas recentemente autorizado no eventual combate ao feminicídio. 5.5 "Feminicídio negro". 5.6 O feminicídio no direito comparado. 5.7 Estatística. 5.8 Palco de ocorrências de feminicídio. 5.9 Instrumentos usados para a prática de feminicídio. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, criada em homenagem a Maria da Penha, que foi vítima da violência doméstica por seu ex-esposo, vindo a ter sequelas irreversíveis, trouxe mecanismos revolucionários como as medidas cautelares de urgência, com o intuito de deter a violência doméstica e familiar contra a mulher, entretanto, devemos questionar se ela tem sido efetiva para a diminuição desse ato.

Em 2015, foi criada a Lei 13.104/2015, incluída como qualificadora do homicídio, nomeada de Feminicídio, tal dispositivo foi criado em decorrência do grande aumento de assassinatos de mulheres, por simplesmente serem do sexo feminino. Visando retirar do meio social a discriminação da mulher.

Pesquisa publicada pela FOLHA DE S. PAULO mostrou que o Brasil passou da posição 90 para 95 alcançando o pior resultado desde 2011 no Ranking de Igualdade de Gênero, dentre os 149 países listados. A violência contra a mulher é um problema social que acontece diariamente na sociedade que ainda é enraizada com a cultura arcaica, patriarcal e machista, na qual deve ser sanada pelo Estado e pela própria sociedade.

A finalidade do presente artigo é de pesquisar sobre a Lei Maria da Penha e o crime de feminicídio, verificando suas estatísticas, ocorrências, local que ocorrência, instrumentos utilizados para sua prática e índice de esclarecimento do crime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE A IGUALDADE DE GÊNERO

Analisando a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB traz em seu dispositivo do artigo 5º, inciso I:

> Art.5° 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:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se como Cláusula Pétrea (dispositivo constitucional imutável), a disposição de que "todos são iguais perante a lei" e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Sabe-se que essa igualdade não ocorre da forma almejada pela nossa Carta Magna.

No mesmo sentido, a Constituição Federal, apresenta no seu artigo 226, as regras sobre a família:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Não há dúvida quanto à importância que a Constituição da República Federativa do Brasil confere como garantia fundamental o princípio da igualdade, tanto em seu artigo 5º, I, como mencionado acima, como também no §5° do artigo 226.

Na última pesquisa publicada em 2018 pela FOLHA DE S. PAULO (BRANT, 2018), para se aferir os resultados obtidos no combate à violência e discriminação contra a mulher, foi analisado o progresso obtido na igualdade de gênero em quatro dimensões: *"oportunidade econômica, empoderamento político, nível educacional e saúde e sobrevivência".* O Brasil passou da posição 90 para 95 em uma lista de 149 países, alcançando o pior resultado desde 2011 no Ranking de Igualdade de Gênero.

Mais adiante na Constituição Federal, no artigo 7°, os incisos XXX, XXXI e XXXII trás a proibição da diferença salarial, do exercício de funções e de critérios de admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil, no que concerne a salários e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos. Também garantidos pela legislação infraconstitucional, assegura que não haja restrições para o acesso ao trabalho, a menos que sejam apenas requisitos específicos para o desenvolvimento da função.

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
>
> XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
>
> XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

O princípio da isonomia limita que os legisladores criem ou editem leis que a violem, como também limita o indivíduo a não apresentar condutas contrárias a igualdade, isto é, praticar atos preconceituosos, discriminatórias ou racistas.

3 A INFLUÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA NO CRIME DE FEMINICÍDIO

A Lei Maria da Penha foi implementada no Brasil justamente para dar efetividade no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, ou seja, o instrumento legal que o legislador colocou em prática foi no sentido de assegurar a mulher vítima de violência.

Publicada no dia 8 de agosto de 2006, a Lei n°11.340/2006 entrou em vigência após o prazo de *vacatio legis* (45 dias), no dia 22 de setembro de 2006.

Esta lei foi criada em decorrência da grave violência que a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, sofreu por parte de seu marido. Após várias agressões e denuncias incessante, que de nada adiantaram, o caso foi levado à Comissão Internacional de Direitos Humanos, que publicou o Relatório n°54/2001.

A Lei n°11.340/2006 visa impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tais como agressões físicas, morais, psicológicas, sexuais entre outras, conforme o artigo 7° desta lei, solucionando um ato que há muito tempo está aferrado na cultura machista e arcaica do povo brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, instante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; **(Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)**

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

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A Lei Maria da Penha é caracterizada pelo vínculo familiar ou relação afetiva, em que haja situação de vulnerabilidade entre as partes conforme o artigo 129, §9° do Código Penal:

> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
>
> [...]
>
> Violência Doméstica
>
> § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:
>
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.()

4 Das medidas protetivas

4.1 Conceito

A medida protetiva é um meio pelo qual a mulher pode buscar a proteção estatal e jurisdicional contra seu agressor. Elas podem ser concedidas de imediato, independente de audiência das partes e da manifestação, ainda que o Ministério Público deva ser de imediato comunicado.

Para que sejam autorizadas tais medidas, é preciso o ônus que caracterize a violência contra a mulher no âmbito da relação doméstica ou familiar dos envolvidos.

4.2 Das medidas protetivas de urgência quanto ao agressor

O agressor poderá ser sancionado em flagrante e ter sua prisão preventiva decretada caso tenha desobedecido à ordem judicial, sempre que houver ação ou omissão que se depare com um dos elementos inclusos nas medidas protetivas de urgência, conforme o artigo 22 da Lei nº 11.340/2006 – Maria da Penha:

> Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

4.3 Das medidas protetivas de urgência quanto à ofendida

As medidas protetivas de urgência referentes à ofendida estão pautadas no artigo 23, que trata da proteção da vítima, e o artigo 24, referente ao patrimônio do casal e outros bens particulares da vítima, ambos da Lei nº 11.340/2006 – Maria da Penha:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

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

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

IV - determinar a separação de corpos.

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

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

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

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

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

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

4.4 Alteração na lei

O presidente Jair Bolsonaro, sancionou no dia 13 de maio de 2019, o projeto de lei que autoriza as autoridades policiais a conceder medidas protetivas às mulheres vítimas de violência doméstica. Acrescentando o artigo 12-C na Lei 11.340/2006:

> Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente a? vida ou a? integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: **(Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)**
>
> I - pela autoridade judicial; **(Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)**
>
> II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou **(Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. **(Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)**
>
> § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. **(Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)**
>
> § 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019).

5 FEMINICÍDIO

5.1 Conceito

Em 09 de março de 2015, a Lei 13.104/2015 incluiu no Código Penal Brasileiro, a qualificadora do homicídio. Formada por uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, tratando da questão da violência contra a mulher no Brasil, investigando as situações em cada Estado brasileiro, para assim serem tomadas as devidas providências. Esse processo durou de março de 2012, a julhos de 2013, sendo constatadas relações diretas entre o crime de gênero e o feminicídio.

Segundo Fernando Capez:

> Feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por 'razões da condição de sexo feminino', ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima por ser mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino.

Tal qualificadora encontra-se no artigo 121, inciso VI e § 2°-A do Código Penal:

> Art. 121. Matar alguém:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: **(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)**

I - violência doméstica e familiar; **(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)**

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. **(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)**

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: **(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)**

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; **(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)**

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental: **(Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)**

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; **(Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)**

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos **incisos I**, **II** e **III do caput do art. 22**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.771, de 2018).

A diferença entre a violência doméstica e o feminicídio é o vínculo familiar e o afeto entre as partes.

5.2 A origem do termo

A palavra "feminicídio" – em inglês, "feminicide", foi utilizada pela primeira vez na cidade de Bruxelas em 1976, durante um discurso perante o Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher, por Diana Russell. A fim de compartilhar testemunhos e trocar experiências sobre opressões e violências sofridas pelo sexo feminino, a sessão reuniu cerca de duas mil mulheres de quarenta países.

Anos depois, Russell, em parceria com Jane Caputti, escreveu um artigo, titulado de "*Femicide: sexist terrorism against women*", ampliando o termo, descrevendo a morte como resultada da discriminação de gênero, e tratando do ato contínuo da violência, abusos e privações sofridos pela vítima, em razão de ser mulher.

Conforme RUSSEL, Diana e RADFORD, Jill (1992, pg 15):

> Femicídio está no ponto mais extreme do contínuo de terror anti-feminino que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravização sexual (particularmente a prostituição), abuso sexual infantil incestuoso e extrafamiliar, espancamento físico e emocional, assédio sexual (ao telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), mutilação genital (cliterodectomia, excisão, infibulações), operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam femicídios.

Desta forma, na concepção das autoras, o feminicídio é considerado uma morte violenta, não ocasional e não acidental de uma mulher, conceituado por uma sociedade machista, patriarcal, sexista e misógina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Seria o encerramento cruel e letal de um ciclo de violações e privações sofridas por mulheres ao longo da vida.

5.3 Finalidades da implantação do feminicídio no Código Penal

A Lei nº 13.104/2015 foi acrescida como qualificadora do homicídio ao Código Penal Brasileiro, devido ao grande aumento de mulheres assassinadas em razão de gênero, ou seja, por sua condição de mulher.

Através da perspectiva de retirar do meio social o âmago discriminatório da invisibilidade, coibindo a impunidade. A responsabilidade do Estado, por meio de ação ou omissão, complacente com a conservação da violência contra as mulheres, até mesmo quando ela perdura ao extremo da mortalidade.

(O QUE É FEMINICÍDIO, 2019):

> Trata-se de um crime de ódio. O conceito surgiu na década de 1970 com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que, em sua forma mais aguda, culmina na morte. Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado; ao contrário, faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam o uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie."
>
> Eleonora Menicucci, socióloga e professora titular de saúde coletiva da Universidade Federal de São Paulo, foi ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres entre 2012 e 2015.

Foi nesse sentido que o legislador achou por bem alterar o artigo 121 do Código Penal, para nele inserir a figura do feminicídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5.4 A flexibilização do porte de armas recentemente autorizado no eventual combate ao feminicídio.

De acordo com a notícia publicada pela Folha de S. Paulo, o ministro-chefe da Casa Civil, Onyx Lorenzoni, ao defender o decreto assinado pelo presidente Jair Bolsonaro que flexibiliza o porte e a posse de armas no Brasil, argumentou indicando sobre os casos de feminicídio, que as mulheres preferem se defender com armas do que com a "*folhinha da Maria da Penha".*

(FOLHA DE SÃO PAULO, 2019):

> Levantamento feito pela Folha em comemoração ao Dia Internacional da Mulher, em março deste ano, mostrou que a faca foi a arma mais usada (41%) nos crimes, seguida por armas de fogo (23%).
>
> O jornal usou como base os casos de 179 mulheres que, em janeiro deste ano, foram vítimas ou sobreviveram a uma tentativa de feminicídio notificados no país. É uma média de seis crimes por dia. Nos casos estudados, 74% dos crimes cometidos com armas de fogo resultaram em morte – contra 59% no caso de agressões a facadas.

5.5 "Feminicídio negro"

Segundo Maria Guaneci Ávila, de 60 anos de idade, coordenadora do projeto "Diga SIM às Mulheres: Criando e Fortalecendo Estratégias para Enfrentar o Racismo e o Feminicídio Negro", vem sendo desenvolvido com o apoio do Fundo Fale Sem Medo. Ela diz: "Indicar às mulheres da periferia de grandes cidades, especialmente às mulheres negras, que a polícia é seu primeiro recurso de proteção contradiz todo o histórico de violência policial contra comunidades periféricas no Brasil".

Algumas conclusões feitas pelo seminário "Mulheres Negras Movem o Brasil: visibilidade e oportunidade", publicado pela Câmara dos Deputados no dia 20 de novembro de 2018, Dia da Consciência Negra, apontaram que as mulheres negras são as que mais sofrem com a violência doméstica e obstétrica, a mortalidade materna e a criminalização do aborto.

REDE BRASIL ATUAL, (2018):

> Entre 2003 e 2013, o número de mulheres negras assassinadas em função da condição de gênero cresceu 54%

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> enquanto o índice de mulheres brancas assassinadas caiu 10% no mesmo período", destacou a deputada Erika Kokay (PT-DF). Ela ainda trouxe números mostrando que a violência doméstica atinge principalmente as mulheres negras, que representam 58% das ligações ao Disque 180, a Central de Atendimento à Mulher. Este segmento também é o mais afetado pela mortalidade materna (56%) e pela violência obstétrica (65%). Os dados são do Ministério da Saúde e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

No início de 2018, marcado pelo assassinato da vereadora Marielle Franco, mulher negra, LGBT e defensora dos direitos humanos, foi um exemplo claro da pouca efetividade da lei, completando um ano em 2019.

Segundo a notícia publicada pelo G1.GLOBO, (2019), a Polícia Civil e o Ministério Público do Rio de Janeiro **prenderam, na terça-feira dia 12 de março, dois suspeitos de terem cometido crime**, ambos Policiais Militares. Porém, ainda sem respostas sobre o que motivou o crime, a existência de mandantes e caso houvesse, quem seriam.

5.6 O feminicídio no direito comparado

Segundo a notícia publicada pela HUFFPOSTBRASIL, no dia 25 de setembro de 2016, o Banco Mundial analisou que de 173 países, 46 não têm legislação específica que proteja às mulheres contra a violência doméstica. "Os dados são da pesquisa "Mulheres, empresas e o direito 2016"".

HUFFPOST BRASIL, 2016:

> Das nações onde a lei contempla de alguma forma o tema, 95 abordam a violência física e sexual e 122, a violência psicológica. Já a violência econômica é raramente abordada, sendo ausente em 94 países.
>
> Na América Latina e Caribe, Leste da Ásia e Pacifico e Sul da Ásia, somente Haiti, Mianmar e Afeganistão não têm leis sobre violência doméstica. Na Europa e Ásia Central estão nesse grupo Armênia, Federação Russa e Uzbequistão.
>
> De acordo com a pesquisa, as medidas protetivas são um dos dispositivos legais mais eficazes e estão disponíveis em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

124 países. As medidas em geral obrigam o agressor a se retirar da casa e proíbem o contato com a vítima.

Quanto ao acesso à Justiça, 117 nações têm juizados ou procedimentos especializados para casos de violência doméstica.

5.7 Estatística

De acordo com o índice apresentado pelo Atlas da Violência, no ano de 2016, a taxa de homicídio de mulheres negras é superior a de mulheres não negras, com diferença de 71%, na qual foi analisado o índice de homicídio para cada 100 mil mulheres negras, com um aumento de 15,4%, enquanto que as mulheres brancas houve uma queda de 8%.

Ao analisar vinte Estados, entre 2006 e 2016, em dozes deles, a taxa de homicídio de mulheres negras foi maior que 50%:

Já em comparação a taxas de homicídio de mulheres não negras, houve aumento em quinze Estados e em apenas seis deles o aumento foi maior que 50%. (Atlas da Violência, 2018, p. 54 e 55).

Em uma notícia publicada no dia 07 de março de 2019, pelo O GLOBO, foi registrado por Jefferson Nascimento, doutor em Direito Internacional pela USP, 344 casos de feminicídio – sendo 207 episódeos consumados e 137 tentativas

O GLOBO, 2019:

> A taxa de letalidade é de 60%, com 222 vítimas identificadas, em crimes ocorridos em todos os estados brasileiros, além do Distrito Federal. A média é de 5,31 casos por dia, ou um caso a cada quatro horas e 31 minutos nos primeiros 64 dias do ano.

5.8 Palco de ocorrências de feminicídio

De acordo com um estudo realizado pelo Núcleo de Gênero do MPSP, foi analisado o local onde as mulheres são atacadas pelo agressor. Concluíram que o maior índice de ataques fatais ocorre dentro de casa, e no total de 8% dos crimes ocorrem em locais frequentados pelas mulheres, como seu trajeto para casa ou para o trabalho.

RAIO X do FEMINICÍDIO em SP, (2018):

Porcentagem de locais de ocorrência do crime:

- 66% - casa da vítima;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

- 6% - via pública;
- 5% - trabalho e estabelecimento público;
- 4% - não consta;
- 3% - casa de 3°, casa do réu, trajeto da vítima;
- 2% - carro e local ermo;
- 1% - hotéis e similares.

5.9 Instrumentos usados para a prática de feminicídio

A pesquisa também analisou sobre os instrumentos utilizados no crime, referidos como "armas". Levando em consideração o instrumento principal que deu causa ou era apto a causar a morte da vítima ao que se refere à denúncia, assim como, nas hipóteses em que conste na peça acusatória. Sendo assim, o instrumento secundário, apresenta dados maiores, que não contam no processo, que é utilizado para agredir a vítima no mesmo contexto.

De acordo com a pesquisa feita pelo RAIO X do FEMINICÍDIO em SP, (2018), as armas secundárias mais utilizadas pelo agressor são:

- 58% - faca, foice e canivete;

- 17% - arma de fogo;

- 11% - instrumentos "domésticos";

- 10% - uso das mãos;

- 4% - outros.

CONCLUSÃO

Dessa forma, a Lei Maria da Penha, embora criada por tratados internacionais com o intuito de evitar à violência doméstica e familiar, e o feminicídio evitar a morte de mulheres, em que ambas abrangem o direito a vida, o respeito, à liberdade, o respeito à convivência familiar e comunitária, só tem aumentado, independentemente da evolução dos direitos e dos dispositivos legais no sentido da equidade entre os gêneros, sendo, portanto, um problema cultural e social, marcados pela cultura patriarcal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Embora existam as medidas protetivas, que também permitem a prisão preventiva do agressor, a mesma tem apresentado falhas na sua aplicabilidade, dado que o poder público juntamente com o Judiciário e o Executivo, não criaram mecanismos para proteger e amparar as vítimas, como casas de abrigo com assistência profissional (psicólogos e psiquiátricos).

A falta de agilidade do Poder público em atender a ação policial das ocorrências, faz com que a Lei não seja bem aplicada. Cabendo aos órgãos competentes aplicar corretamente a lei que protege a mulher de violências domésticas, familiares e de gênero.

Contudo, podemos observar que o Estado é falho na aplicação das leis, devendo ele eleger ações diretas para com os agressores e as vítimas, "e garantir a capacitação permanente dos profissionais que lidam com a atenção da vítima e aos agressores". E assim, com a aplicação correta, poderia resultar na diminuição dos casos.

REFERÊNCIAS

Agência Patrícia Galvão, FEMINICIDIO: #INVISIBILIDADEMATA / organização Débora Prado, Marisa Senematsu; ilustração Ligia Wang; (editor) Fundação Rosa Luxemburg. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf>. Acesso em 00/00/2019.

BRANT, Danielle. Brasil cai para 95º em ranking de desigualdade de gênero do Fórum Econômico Mundial. Folha de S. Paulo. Nova York, p. 1-1. 17 dez. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/brasil-cai-para-95o-em-lista-de-desigualdade-de-genero-do-forum-economico-mundial.shtml>. Acesso em: 00/00/2019.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso: 00/00/2019.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAMARGO, Marcelo. Mulheres negras são as maiores vítimas de feminicídio no Brasil. Rede Brasil Atual. SÃO Paulo, p. 1-1. 20 nov. 2018. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/11/mulheres-negras-sao-as-maiores-vitimas-de-feminicidio-no-brasil/>. Acesso em: 00/00/2019.

Capez, Fernando Curso de direito penal, volume 2, parte especial : arts. 121 a 212 / Fernando Capez. — 18. ed. atual. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018

Decreto n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso: 00/00/2019.

Dossiê Feminicídio. O QUE É FEMINICÍDIO. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>. Acesso em 00/00/2019.

Feminicídio negro é foco de projeto apoiado. Disponível em: <http://www.fundosocialelas.org/falesemmedo/noticia/feminicidio-negro-e-foco-de-projeto-apoiado/15926/> Acesso em: 00/00/2019

FERREIRA, Lola; SILVA, Vitória Régia da. 2018: O ano da violência política e da morte de Marielle. Gênero e Número. Rio de Janeiro, p. 1-1. 18 dez. 2018. Disponível em: <http://www.generonumero.media/2018-o-ano-da-violencia-politica-e-da-morte-de-marielle/>. Acesso em: 00/00/2019.

FOLHA DE SÃO PAULO: Bolsonaro sanciona lei que permite a policiais conceder medida protetiva a vítima de violência. São Paulo, 14 maio 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/bolsonaro-sanciona-lei-que-permite-a-policiais-conceder-medida-protetiva-a-vitima-de-violencia.shtml#comentarios>. Acesso em:00/00/2019.

FOLHA DE SÃO PAULO: Para defender decreto, Onyx diz que mulheres preferem armas a Maria da Penha. Brasília, 10 maio 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/para-defender-decreto-onyx-diz-que-mulheres-preferem-armas-a-maria-da-penha.shtml>. Acesso em: 00/00/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Fórum Segurança, ATLAS DA VIOLÊNCIA 2018. IPEA & FBSP. Disponível em:**http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf**, pgs. 54 e 55. Acesso em: 00/00/2019.

G1: As evidências para a prisão dos dois suspeitos de matar Marielle e Anderson. Rio de Janeiro, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/03/12/as-evidencias-para-prisao-dos-dois-suspeitos-de-matar-marielle-e-anderson.ghtml>. Acesso em: 00/00/2019.

HUFFPOST BRASIL: De 173 países, 46 não têm lei específica sobre violência contra mulher. São Paulo, 25 set. 2016. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2016/09/25/de-173-paises-46-nao-tem-lei-especifica-sobre-violencia-contra_a_21696656/>. Acesso em: 00/00/2019.

Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso: 00/00/2019.

MERELES, Carla. Entenda a Lei do Feminicídio e por que ela é importante. 2019. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-feminicidio-e-por-que-e-importante/>. Acesso em: 00/00/2019..

O GLOBO: Mais de 200 feminicídios ocorreram no país em 2019, segundo pesquisador. Rio de Janeiro, 08 mar. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/mais-de-200-feminicidios-ocorreram-no-pais-em-2019-segundo-pesquisador-23505351>. Acesso em: 00/00/2019.

Planalto, Lei do Feminicídio, Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em 00/00/2019.

RUSSEL, Diana E. H. The Origin And Importance Of The Term Femicide. Dez. 2011. Disponível em: <http://www.dianarussell.com/origin_of_femicide.html> Acessado em: 00/00/2019.

RUSSEL, Diana; RADFORD, Jill. Femicide: The Politics of Woman Killing. Nova York: Twayne Publishers, 1992, p. 15.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FERNANDES, Valéria Diez Scarance. RAIO X do FEMINICÍDIO em SP é possível evitar a morte. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), 2018, pgs 12 e 14. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20FEMINICIDIO%20pdf.pdf>. Acesso em: 00/00/2019.

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. FONSECA, Tiago Abudda. A aplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência domestica contra a mulher, p.176. Boletimdo IBCrim n.168, novembro de 2006, p.4.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. O que é violência contra a mulher. São Paulo: Brasiliense, 2002. p. 116.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LEI MARIA DA PENHA: UM ESTUDO DE CASO DAS MEDIDAS PROTETIVAS NO COMBATE A VIOLÊNCIA E SUA APLICABILIDADE NA COMARCA DO MUNICÍPIO DE PALMAS NOS ANOS DE 2017, 2018 E 2019

SANNY MOEMA NOLETO DE LIMA: Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO[1]

RESUMO: Este estudo teve a finalidade de realizar um estudo epistemológico referente a Lei Maria da Penha através de um estudo de caso das medidas protetivas no combate a violência e sua aplicabilidade na Comarca do Município de Palmas nos anos de 2017, 2018 e 2019, especificamente nos meses de: janeiro, fevereiro e março. Trata de um estudo com relevância social para o campo do Direito Penal por mensurar uma temática de grande aumento significativo na sociedade que são os atos que inferem na dignidade da mulher. Diante do exposto buscou o tratamento dos dados utilizando a abordagem quantitativa que consubstanciou através da análise de dados o resultado do objeto dessa pesquisa.

Palavras-chave: Violência. Lei Maria da Penha. Direito penal.

ABSTRACT: This study had the purpose of conducting an epistemological study regarding the Maria da Penha Law through a case study of the protective measures to combat violence and its applicability in the District of the Municipality of Palmas in the years 2017, 2018 and 2019, specifically in the months of: January, February and March. It is a study with social relevance for the field of Criminal Law for measuring a thematic of great significant increase in the society that are the acts that infer in the dignity of the woman. In view of the above, he sought the data treatment using the quantitative approach that consubstanciated through the data analysis the result of the object of this research.

Keywords: Violence. Maria da Penha Law. Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, em sendo um Estado Democrático de Direito, tem como sua base um conjunto normativo que emana de princípios e direitos fundamentais que são

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consubstanciados na Constituição Brasileira de 1988. Dentre estes princípios, podemos destacar como fundamento de nossa ordem jurídico-constitucional a Dignidade Humana, topograficamente insculpido no art. 1º inciso III de nossa Carta.

No escopo da dignidade humana o histórico apresentado referente a violência contra a mulher no Brasil decorre de anos. Estamos falando de um país que historicamente as mulheres são constantemente alvo de grande violência de gênero, decorrência da própria construção patriarcal da sociedade, onde o entendimento retrata que a mulher deve ser submissa ao homem em todas as esferas.

Todavia, um dos casos que marcaram a transformação jurídica do Brasil foi decorrente de violações contra a Sra. Maria da Penha, que foi brutalmente espancada e agredida por seu marido, que era um professor, tendo que recorrer à organismos internacionais para buscar os seus direitos de proteção....

A partir desse caso especificamente que houve através de uma intervenção internacional significativos debates no Brasil que evidenciavam a importância de criar estratégias jurídicas para o combate à violência doméstica no país. Mediante a essa tratativa ocorreu a Convenção de Belém do Pará, que doravante foi denominada: A Convenção Interamericana para prevenir, punir e Erradicar a Violência contra a Mulher no dia 09 de junho de 1994, que teve em seu escopo estabelece deveres com o propósito de criar condições legitimas para o rompimento de violência contra as mulheres, bem como, discute sobre a violência aos direitos humanos em escala mundial.

Assim, no ano de 2006, legitimou-se a Lei nº 11.340 em 07 de agosto daquele ano, que promulgava a intencionalidade de acabar ou minimizar a violência efetivada nas mulheres, seja ela de caráter físico, emocional ou outras formas, visando principalmente medidas protetivas de assistência às vítimas desses abusos acometidos.

A Lei Maria da Penha é um grande marco efetivado para a história do Direito no Brasil. Trata-se do marco de ruptura com a inferioridade pelo qual diversas mulheres passavam há séculos no sentido discriminatório e violento. Com o advento da referida lei as diretrizes que norteavam o Processo Penal foram repensadas para se dotar de diversos mecanismos voltados para a proteção da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mulher, penalizar o agressor, dirimir os casos de violência e consequentemente as questões jurídicas nesse processo.

Outros pontos salutares advindos com essa legitimação refere-se as figuras de suma importância: Delegado de Polícia, Promotores de Justiça e o Juiz que no escopo surgem como protetores da vítima e cumpridores da execução da Lei Maria da Penha.

Todas as decisões foram consubstanciadas para diminuir os significativos casos que surgem no âmbito social e familiar frequentemente, onde muitos desses atos não são registrados por intimidação daquele que agride.

A violência contra a mulher é um dos graves e grandes problemas de ordem social no país, sabe-se que na maioria dos casos, possuem outras vítimas além da mulher, do seu agressor, existem os filhos que também sofrem as consequências: físicas, psicológicas, sexual, familiar ou patrimonial.

Ressaltamos que dentre as várias mudanças preconizadas pela lei, se fez necessário alterar o Código Penal Brasileiro onde estabeleceu-se que os agressores das mulheres no âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. Sendo que esses agressores não poderão mais ser punidos com penas alternativas.

A legislação também previu o aumento do tempo máximo de detenção de um para três anos. A nova lei ainda embasou medidas que envolvem a saída do agressor do domicílio e a proibição para que este se aproxime da mulher agredida e dos filhos.

Todavia, a problemática a ser respondida visa averiguar se a: Existe eficiência das medidas protetivas na cidade de Palmas?

Diante do exposto o Objetivo Geral foi analisar o acompanhamento e aplicação das medidas protetivas nos anos de 2017-2019.

Para fazer o tratamento dos dados para análise e discussão optou-se por uma metodologia com abordagem quantitativa que visa apresentar em porcentagens o levantamento dos casos atendidos pela Comarca do Município de Palmas do objeto desse trabalho (Lei Maria da Penha), realizado nos anos de 2017

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a 2019, onde foram selecionados os meses de janeiro, fevereiro e março dos respectivos anos como amostragem e estudo comparativo. Paras amostras desse trabalho, será utilizado o critério de seleção, pois, os casos analisados serão somente os que obtiveram a aplicabilidade de medidas protetivas no combate a violência.

A organicidade está pautada primeiramente em refazer uma retrospectiva histórica sobre os direitos da mulher, desde os primeiros apontamentos epistemológicos até os dias atuais. Seguidamente, será apresentado e discutidos os resultados obtidos nesse estudo de caso para compreensão do objeto pesquisado. Concluindo com as considerações finais.

A temática deste trabalho visa repassar informações para aqueles que se debruçam na área do direito, sendo de relevância social para estudantes, professores, profissionais da área jurídica, por ser um estudo voltado para o Direito Penal que é uma das instituições de maiores embasamentos para as ações a ser legitimada no estado capitalista moderno.

Além disso, o Direito Penal em alguns momentos de sua aplicabilidade desfavorece e vulnerabiliza o sexo feminino através de atos machistas.

2 MULHER X DIREITO

Para descrição desse tema se faz necessário realizarmos a trajetória dos direitos da mulher ao longo da historicidade que representa a própria ascensão evolucional da mulher na sociedade. Foram inúmeros anos lutando para que as mulheres pudessem dispor de instrumentos legais para que a: fosse vista como vítima dos atos de violência doméstica e familiar.

A mulher no Brasil, além de sofrer atos discriminatórios por cores, classe, sofre distinção específica de seu gênero.

> Quem ama não mata", "Em briga de marido e mulher, vamos meter a colher", "Homem que é homem não bate em mulher", "Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência", "Sua vida recomeça quando a violência termina", "Onde tem violência todo mundo perde". Foram muitos os slogans utilizados nas campanhas que trouxeram para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> espaço público aquilo que se teimava em dizer que deveria ser resolvido entre as quatro paredes do lar (BRASIL, 2006).

As concepções culturais preconizadas ao longo dos séculos mensuram sobre os papéis sociais atribuídos ao sexo masculino e feminino.

A sociedade delineava a figura da mulher como o sexo responsável por: gerar vidas, cuidar do lar e da educação dos filhos. Uma atribuição que a diferenciava do homem e a deixava em desigualdade, e ao mesmo tempo dava direito de sofrer violência doméstica. A mulher deve compreender-se como um sujeito de direito, e não como objeto de uma tradição que a subjuga (BIANCHINI, 2006).

Para viabilização do entendimento acerca da historicidade do direito das mulheres no país, faremos uma retrospectiva do iniciar do Brasil no período colonial em 1500 até a promulgação da Lei Maria da Penha no ano de 2006.

Quando retratamos o período de 1500 a 1822, tempo em que o Brasil era colônia é o país vivia um sistema patriarcal, percebemos que nessa fase as mulheres tinham como destino: o casamento e aos afazeres domésticos, devendo ser submissas e obedientes aos seus maridos. Já os homens dessa fase deveriam ter o domínio do conhecimento, da escrita e do poder na tomada de decisão. A funcionalidade social da mulher consistia em ser esposa, mãe dos filhos legítimos do senhor seu marido.

Chegando no período do Brasil Império que compreende o ano de 1822 ao de 1889, temos o tempo conhecido como a: humanização do Direito e o início do processo de fortalecimento das mulheres. Apesar da mulher continuar conservando o seu papel tradicional dos afazeres domésticos, grandes transformações ocorreram tanto social como econômico, que possibilitaram ao reconhecimento da importância de a mulher ter direito ao estudo (FERNANDES, 2015)

O direito ao estudo tratou de um grande alavancar para as mulheres, mesmo sendo, somente para o ensino do primeiro grau e com diferenciação daquilo que era ministrado para os meninos. Pois, os conteúdos eram voltados para as atividades do lar, quatro operações matemáticas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Todavia com a promulgação da primeira Constituição brasileira do Império em 25 de março de 1824 por D. Pedro I, previu-se a igualdade de todos perante a lei em seu artigo 179 (XIII): "A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um (BRASIL, 1824)".

Mesmo tendo essa legitimação no país, as discriminações persistiam, pois, os direitos eram pensados e exercidos para por homens. Chegando no ano de 1830, no que se refere aos dispositivos legais do âmbito penal, publicou-se o Código Criminal do Império do Brasil. O código previa que não poderia ser punida as mulheres que estivessem grávidas, e os crimes contra delimitava a segurança da sua honra e o estupro nessa situação era penalizado. A proteção penal para as mulheres estava condicionada à moralidade de suas condutas se eram casadas ou não.

Para tanto Wilson Lavorenti (2007, p. 190), mencionou conforme a sua tese de doutorado, que:

> A exigência constitucional de um Código Penal assentado na equidade não impediu que as mulheres fossem classificadas em honestas ou desonestas de acordo com seu recato sexual. Também se verifica, como regra, que o casamento escoimava a macula decorrente da ofensa a? honra da mulher que era vitimada por crime contra sua liberdade sexual. Assim, o casamento subsequente ao delito reconstruía o atributo da honestidade da mulher e restaurava sua honra – implicando o reverso que, diante da inexistência do casamento, tivéssemos o binômio criminoso/desonrada, reforçando o estereótipo em desfavor da mulher".

No período Republicano, especificamente na revolução industrial a mulher pode ingressar no mercado de trabalho como operárias, juntamente com a parte profissional acumulou-se a funcionalidade de mães, donas de casa e trabalhadoras. Ocorreu nessa época republicana a transformação de um período opressor na colônia, para o período transformador para a sociedade na industrialização com a inclusão ativa da mulher do desenvolvimento do capitalismo no Brasil.

Apesar dessa inserção da mulher, o código penal do ano de 1890 continuava com legitimação naquilo que era acometido contra a segurança da honra e honestidade das famílias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Somente, na Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, encontramos novos preceitos, tais como:

> A igualdade formal com a extinção dos privilégios de origem e nobreza (art. 72, § 2º), o reconhecimento exclusivo do casamento civil, com celebração gratuita (art. 72, § 4º) e a abolição das penas de morte, de galês e banimento (art. 72, §§ 20 e 21). Além disso, eram eleitores os cidadãos maiores de 21 anos alfabetizados (art. 70, § 1o, inciso 2º) (BRASIL, 1891).

Percebe-se que o Direito Penal do século XIX e XX, referia-se a mulher como alguém sem plena responsabilidade, mas ao mesmo tempo era exercido um controle sobre a sua sexualidade, a configuração jurídica do delito de violação se preocupava em proteger a honra do homem que causou danos a mulher (FERNANDES, 2015).

Nesse aspecto os direitos da mulher tardaram a ser legitimados. Porém, em 1º de janeiro de 1916, instituiu-se o Código Civil, que legitimava um sistema nitidamente patriarcal, onde a mulher casada tornava-se capaz para os atos da vida civil (art. 6º, II), I), já a mulher solteira, que adquirisse a maioridade aos 21 anos, e a viúva mantinham sua plena capacidade.

> Digno de repulsa, o Código Civil Brasileiro de 1916, insculpido com base em fortíssima concepção patriarcal, pelo qual o casamento gerava a incapacidade civil da mulher, passando o marido a agir em seu nome, não podendo ir a juízo, comerciar ou até? exercer uma profissão sem a autorização marital, configurando-se uma situação, a todos os títulos, inconcebível (FERNANDES, 2015).

O grande marco historial dos direitos adquiridos para as mulheres, devemos tratar do ano e 1932, que devido a luta deflagrada pelos movimentos feministas, houve a promulgação do Decreto nº 21.076 de 24 de fevereiro. O referido decreto legitimou o Código Eleitoral, onde delineava para as mulheres o direito de expressar o seu voto nas eleições. Para efetivar esse direito, a cidadã deveria ser maior de 21 anos, e eram isentas de obrigatoriedade ou serviço de natureza eleitoral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Ademais, somente dois anos mais tarde, no ano de 1934, com a Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho, que o reconhecimento constitucional deu direito ao voto das mulheres. Previa-se que eram considerados eleitores os brasileiros maiores de 18 anos "de um e outro sexo" (art. 108), embora o voto somente fosse obrigatório para as mulheres que exercessem função pública remunerada (art. 109) (BRASIL, 1934).

Entretanto, com essas mudanças constitucionais não se previa mudança significativas na área penal, com isso, ainda se mantinham a noção de proteção da honra da mulher, dada a importância dos papéis sociais de esposa e mãe.

No período ditatorial de Getúlio Vargas, adveio o novo Código Penal, instituído pelo Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. No Código Penal de 1940, a violência sexual passou a ser tratada como atentado aos costumes, substituindo-se a referência a? segurança da honra.

> Estabelecido o Estado Novo, novo regime político brasileiro, o então Ministro Francisco Campos encarregou o professor paulista Alcântara Machado de elaborar um novo projeto de Código Criminal Brasileiro. Desta forma, após a revisão do projeto e a realização de modificações viscerais pela comissão, foi apresentado o projeto definitivo ao governo, sendo sancionado em 07 de dezembro de 1940 e entrando em vigor o Código Penal Brasileiro em 01 de janeiro de 1942 (ZAFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 204).

Nesse momento do advento da vigência do Código Penal de 1940, o país estava passando por significativa mudanças, as mulheres saiam do modelo patriarcal da família e surgia como: mulher moderna. Doravante à essa transformação comportamental, os legisladores penais invocam termos para atos do diploma legal contra a honra e a virgindade (SCHEFFEL; PEREIRA, 2018, p. 04).

A tutela da virgindade apontava na realidade a tutela da masculinidade do homem. Outro destaque no código tratava da eliminação do perdão ao homicida passional, restando consignado em seu artigo 28 que:

> A emoção ou a paixão não excluem a responsabilidade penal, tendo em vista que a sociedade e a justiça admitiram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> por muito tempo o assassinato "por amor" (crime passional), absolvendo maridos que matavam suas mulheres, sendo que estes ganharam força e foram largamente popularizados pela retórica da defesa dos uxoricidas, havendo uma forte incorporação dos argumentos pelos juízes e promotores. Assim, a "perturbação dos sentidos e da inteligência" não figura mais como excludente de ilicitude, o qual era amplamente aplicado aos casos passionais (BAKER, 2015, p. 20).

Todavia, o Código Penal estabeleceu o homicídio privilegiado (art. 121, § 1º) com a possibilidade de redução de um sexto a um terço quando o crime resultasse em violência emocional, moral ou social. Outro fator era a justificativa para absolvição dos sujeitos que assassinavam suas parceiras em defesa da honra. Apesar de extinto pelo Código de 1940, o argumento de defesa era a excludente de ilicitude, que permitia o homem matar a esposa para defender sua honra (BAKER, 2015, p. 20).

Nesse sentido, os maus-tratos e os castigos efetivados contra as mulheres não eram entendidos como forma de violência.

Apenas na década de 70, através da pressão dos movimentos feministas sobre os crimes passionais, esses atos passam a ser tidos como violência, havendo uma diminuição de impunidades (ELUF, 2007, p. 171).

O documento tinha em sua estrutura modificações nos tipos penais, expressava códigos anteriores, e os crimes contra a honestidade da mulher era elementar, e a igualdade política entre homens e mulheres, estabelecendo: voto e o alistamento como obrigatório.

Conforme Vasconcellos (2015, p. 50):

> A questão acerca dos conflitos violentos contra as mulheres só passou a ser discutida politicamente no Brasil a partir do início dos anos 1980. A crítica realizada pelos movimentos feministas em relação ao descaso com que as mulheres vítimas de violência eram tratadas pelas instituições

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de segurança e judiciário, impulsionou o debate e pressionou o Estado para a criação de mecanismos institucionais especializados para a administração destes conflitos. As dinâmicas ocorridas a partir de então propiciaram a implementação das Delegacias Especializadas para o Atendimento de Mulheres (DEAMs)

Assim, a criação da primeira delegacia especializada no atendimento às mulheres vítimas de violência ocorreu nos anos 80 em São Paulo, como resultado da soma do processo de abertura democrática brasileira e da pressão realizada pelos movimentos feministas, que tinha como princípio criticar o tratamento marcado pelo grande descaso referente aos casos de violência contra a mulher pelo sistema de justiça no Brasil.

Frisando que as DEAMs foram criadas posteriormente em outros municípios, em todos os estados da federação, tendo a maior expansão destas delegacias a partir do ano de 1986.

Continuando esse dialogo epistemológico, chegamos na Constituição Federal de 1988, que previu a igualdade de homens e mulheres conforme o Art. 5º: "homens e mulheres têm iguais direitos e deveres sob os termos desta Constituição (BRASIL, 1988)".

Pela primeira vez na história do Brasil, as mulheres teriam na forma legal benefícios no que tange a: reforma agrária, segurança social e licença maternidade.

Por conseguinte, somente no ano de 1990, que encontramos nos aportes que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou a ilegalidade da chamada tese da legítima defesa da honra em face a legitimação assegurada pela CF de 1988 que declarava a igualdade de direitos para homens e mulheres.

No entanto, somente através da Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005, que o termo "mulher honesta" foi extinto é doravante substituído por "pessoa" no artigo 231 da referida legitimação. Outra mudança significativa ocorreu na alteração de "dos crimes contra costumes" para "dos crimes contra a dignidade sexual" através da Lei nº 12.065/2009.

3 A LEI MARIA DA PENHA NA CONTEMPORANEIDADE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A emblemática luta das mulheres pelos os seus direitos no Brasil, teve um olhar diferenciado com a promulgação da Lei nº 11.340 de 07 de junho de 2006, conhecida como a Lei Maria da Penha.

A referida lei foi criada para coibir e evitar qualquer tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher, no sentido de resgatar a cidadania de muitas vítimas desses atos agressivos, a sua elaboração esteve contextualizada na utilização de mecanismos provenientes do sistema de justiça penal no qual pudesse promover a defesa dos direitos de grupos sociais vulneráveis.

Ao entrar em vigor, a Lei Maria da Penha, trouxe o aparato legal no sentido de tentar coibir a violência doméstica e intrafamiliar contra mulheres, a sua legitimação apresenta mecanismo para administração desses conflitos contra as mulheres, especificamente naqueles relacionados às mediações e transações pecuniárias aplicadas nos Juizados Especiais Criminais.

Muitos são os desafios para o cumprimento efetivo e jurídico da lei, têm ensejado grandes debates no país sobre o uso do direito para o enfrentamento da violência contra as mulheres, em razão dos significativos efeitos indesejáveis que o direito, quase invariavelmente produz, ou pela eventual incapacidade do direito em modificar os padrões de subordinação de gênero, étnico-racial e de classe social das mulheres.

Todos os dias inúmeros casos acontecem no país, muitas vezes chegam ao extremo retirando a vida de forma cruel das vítimas. Nesse sentido entende-se que existe uma legitimação jurídica para situações dessa natureza, porém, em alguns casos faltam o cumprimento desse direito às mulheres.

> O texto sancionado pelo Presidente Lula em agosto de 2006 apresenta importantes inovações para a administração dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e menciona a necessidade tanto da criação de serviços de atendimento e proteção àquelas em situação de violência, quanto da formação e qualificação constante dos profissionais em atividade nos mesmos. Além disso, a criação da Lei também buscou dar visibilidade social às violências sofridas, acompanhada de uma ideia de condenação às

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> agressões por parte da sociedade como um todo (VASCONCELLOS, 2015, p. 20).

Lei Maria da Penha, tornou-se lei em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, brasileira, casada, bio farmacêutica, que no elencado ano de 1983 sofreu duas tentativas de homicídio praticados pelo seu ex-companheiro.

Sendo que na primeira vez, acabou deixando a esposa paraplégica ao disparar contra sua vida enquanto dormia, e posteriormente, alegar que se tratava de um assalto. Doravante na segunda vez tentou eletrocutá-la enquanto estava no banheiro tomando banho. A vítima sofreu durante dezenove anos e seis meses esperando que o seu agressor fosse levado a prisão pelas tentativas de homicídio contra ela.

A contextualização dessa situação vivenciada pela vítima, aponta que a impunidade e morosidade da justiça fizeram com que o caso chegasse à Comissão Interamericana de Direitos Humanos através de denúncias de organizações feministas e da própria Maria da Penha (ALVES, 2006).

Todo o processo começou no Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e no Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)[2]. Eles e Maria da Penha formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) contra o marido (BRASIL, 2012).

Entretanto se fez necessário, utilizar o Protocolo Facultativo do mecanismo adicional da CEDAW, para dar continuidade a denúncia, devido há um grande debate após apresentação de proposta feita por um consórcio de ONGs (Advocacy, Agende, Cepia, CFEMEA, Cladem/Ipê e Themis), que ganhou grande repercussão internacional e colocou as autoridades do país em xeque pelo não cumprimento da convenção que tinha assinado.

Ressaltando que esse caso especifico da Maria da Penha não foi o único sem punição de violência no Brasil.

Portanto, a Lei nº 11.340 decorreu de uma "punição" sofrida pelo Brasil por não cumprir itens dos acordos dos quais participava. Diante de tal fato, sugestionou-se ao país, que organizasse uma comissão para um documento com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

algumas medidas, devido a negligência dos direitos humanos das mulheres referente aos casos de violência doméstica e intrafamiliar.

> As medidas sugeridas ao Brasil foram: promover medidas reparatórias, campanhas preventivas, programas de capacitação e sensibilização de agentes de justiça e segurança, além de concluir o processo penal referente ao caso de Maria da Penha e indenizá-la simbolicamente. (CRUZ, 2007).

Outro ponto salutar referia-se à nomeação de um ato que pudesse julgar ou punir aqueles que o infringisse.

A Lei Maria da Penha conceitua violência doméstica e violência familiar contra mulher, as principais legitimações trazidas ao entrar em vigor foram as seguintes de acordo com Vasconcellos (2015, p. 67-68):

> 1.Antes da Lei, não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, legislação específica acerca dos conflitos violentos domésticos/familiares perpetrados contra a mulher. Com sua promulgação, foi realizada a tipificação e definição da violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo as formas pelas quais pode ser perpetrada (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral);
>
> 2.Os delitos abrangidos pela tipificação de violência doméstica e familiar contra a mulher deixam de ser considerados "de menor potencial ofensivo", logo, deixam de ser administrados pelos Juizados Especiais Criminais;
>
> 3.A Lei prevê a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, os quais passam a ser responsáveis pela administração do conflito como um todo: além de dar conta do âmbito penal dos casos, estes juizados passam a possuir como atribuição o processamento das questões de natureza cível que permeiam estes conflitos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

administrando separações, guarda e visitação de filhos comuns, pensões e divisões de bens comuns;

4.Torna-se proibida a aplicação de penas pecuniárias de multas (como cestas básicas para instituições de caridade) para os casos abarcados pela Lei Maria da Penha;

5.Volta a ser obrigação da autoridade policial a elaboração de inquéritos policiais para a apuração dos casos, deixando de serem utilizados os Termos Circunstanciados24;

6.Depois de realizado o registro das ocorrências policiais referentes aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, não é mais possível a desistência da denúncia por parte da mulher em situação de violência. Com a entrada em vigor da Lei 11.340/06, a renúncia passa a ser possível somente na presença da autoridade judicial25;

7.Com a Lei Maria da Penha, passam a ser previstas medidas para a proteção das vítimas (as medidas protetivas de urgência, que podem ser de afastamento ou proibitivas), as quais possuem como objetivo a prevenção do acirramento das violências sofridas pelas mesmas, bem como a ocorrência de novos casos;

8.Passa a ser possível a decretação da prisão em flagrante e prisão preventiva dos agressores, dependendo dos riscos enfrentados pelas vítimas de violência doméstica e familiar;

9.A violência doméstica e familiar contra a mulher passa a ser considerada, pelo Código Penal, como agravante da pena a ser aplicada;

10.Ocorre o aumento da pena máxima para os delitos de lesão corporal ocorridos no espaço doméstico e familiar, que passa a ser de três anos, acrescido de mais 1/3 nos casos em que a vítima é portadora de deficiências;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> 11.Passa a ser possível a determinação do comparecimento obrigatório dos agressores a programas de recuperação e reeducação

Especificamente na primeira frase do 5º artigo é descrita a violência como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero" (BRASIL, 2006), seguidamente no artigo esclarece:

> O que é considerado violência doméstica e violência intrafamiliar. Violência doméstica na Lei é definida como aquela que ocorre na unidade doméstica, ou seja, um espaço de permanente convívio entre as pessoas "com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas" (BRASIL, 2006).

Ressaltando outra definição de violência intrafamiliar é aquela considerada como qualquer tipo de relação de abuso praticado no contexto privado da família contra qualquer um dos seus membros. As estatísticas são eloquentes ao assinalar o homem adulto como autor mais frequente dos abusos físicos e/ou sexuais sobre meninas e mulheres (BRASIL, 2001).

Existe na lei um amparo jurídico para mulheres que sofreram violência ao frisar a não determinação que somente homens podem ser os autores de tais atos, mas qualquer pessoa do âmbito doméstico, familiar e afetivo.

Outro apontamento importante na legitimação da Lei nº 11.340, foi a delimitação de que os casos de violência doméstica e familiar não sejam atendidos pela Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, ou seja, nos Juizados Especiais Criminais que utilizam o modelo conciliatório, não podem mais ser considerados de "menor potencial ofensivo".

Diante do exposto, ressalta-se que essa lei alterou a pena aplicada a esses crimes: de três meses a três anos de prisão. Onde mensurou que para cada crime cometido a pena é específica de acordo com o Código Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Não obstante determinou-se na lei a existência de medidas preventivas; assistência às mulheres; medidas protetivas de urgência e atendimento por equipes multidisciplinares.

Essas medidas preventivas foram criadas no intuito de implementar programas educacionais para conscientizar e coibir a violência. No que diz a assistência às mulheres, consiste em mecanismos provenientes para o atendimento social, de saúde, assistência jurídica, etc.

Já as medidas protetivas de urgência são aquelas em que os profissionais do meio jurídico vão requerer ao (à) juiz (a) medidas de proteção para a mulher que sofreu os atos de violência, elas devem ser aplicadas ao agressor mediante:

> Afastamento do autor (a) de violência do lar ou restrição de contato com a mulher, com os familiares desta, com testemunhas, por qualquer meio de comunicação; encaminhamento da mulher para programas de proteção, ou seu afastamento do lar sem que ela perca seus direitos relativos a bens ou guarda de filhos (RAMOS, 2010).

É garantido também o atendimento à mulher, ao autor dos atos violentos, aos familiares através de uma equipe multidisciplinar do próprio Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para que venham ser desenvolvidas ações referente ao psíquico e emocional, visto que, a violência psicológica não deixa provas substanciais que possam desencadear em processo jurídico.

Todavia, frisa-se que algumas dessas medidas sem tornam sem valores, devido aos significativos casos de homicídios veiculados pela mídia contra a vida de inúmeras mulheres, pois, a Lei Maria da Penha não modificar a realidade brasileira da violência, ela é apenas um dos recursos possíveis: estamos discorrendo de um recurso jurídico.

3.1 Uma análise dos serviços de atendimento, proteção e enfrentamento à violência contra a mulher na cidade de Palmas 2017-2019

Para viabilizar a análise dos dados do objeto dessa pesquisa, referente aos anos de 2017 a 2019, consubstanciou alguns pontos que pudessem facilitar ao leitor a compreensão das informações obtidas, bem como, a discussão com o campo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

epistemológico. Primeiramente realizamos um levantamento de todos os registros na Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher - DEAM - SSP/TO – SUL, referente aos respectivos anos, especificamente dos meses de janeiro, fevereiro e março.

Em seguida realizou-se um apanhado separadamente dos registros de violência doméstica e feminicídio.

Ademais, verificou-se as medidas protetivas executada a cada ano, principalmente para averiguar os avanços e desafios dessa aplicabilidade, quantos casos não foram legitimados esse direito, e por fim, a estrutura da referida delegacia e da Patrulha da Maria da Penha. Ressaltamos que os dados quantitativos serão apresentados de forma descritiva.

3.1.1 A DEAM Sul discorreu os dados abaixo referente aos anos de 2017 a 2019 no que se refere aos boletins de ocorrência.

a) Iniciando com os elementos apontados de 2017:

I. Janeiro – 45 registros de boletim de ocorrência;
II. Fevereiro – 34 registros de boletim de ocorrência;
III. Março – 54 registros de boletim de ocorrência.

b) Ano 2018:

i. Janeiro – 43 registros de boletim de ocorrência;
ii. Fevereiro – 45 registros de boletim de ocorrência;
iii. Março – 64 registros de boletim de ocorrência.

c) Ano 2019:

i. Janeiro – 95 registros de boletim de ocorrência;
ii. Fevereiro – 67 registros de boletim de ocorrência;
iii. Março – 74 registros de boletim de ocorrência.

3.1.2 Seguidamente, obtivemos os dados específicos referente a violência doméstica e feminicídio:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

a) Ano 2017:

i. Janeiro – 20 registros de violência doméstica – nenhum registro de feminicídio;
ii. Fevereiro – 18 registros de violência doméstica – nenhum registro de feminicídio;
iii. Março – 30 registros de violência doméstica – nenhum registro de feminicídio.

b) Ano 2018:

i. Janeiro – 23 registros de violência doméstica – nenhum registro de feminicídio;
ii. Fevereiro – 21 registros de violência doméstica – nenhum registro de feminicídio;
iii. Março – 31 registros de violência doméstica – nenhum registro de feminicídio.

c) Ano 2019:

i. Janeiro – 12 registros de violência doméstica – nenhum registro de feminicidio;
ii. Fevereiro – sem informação – nenhum registro de feminicídio;
iii. Março – sem informação – nenhum registro de feminicídio.

3.1.3 As medidas protetivas aplicadas pela Comarca de Palmas

a) Ano 2017:

i. Janeiro – 59 medidas protetivas;
ii. Fevereiro – 42 medidas protetivas;
iii. Março – 62 medidas protetivas.

b) Ano 2018:

i. Janeiro – 81 medidas protetivas;
ii. Fevereiro – 69 medidas protetivas;
iii. Março – 86 medidas protetivas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

c) Ano 2019:

i. Janeiro – 85 medidas protetivas;
ii. Fevereiro – 87 medidas protetivas.
iii. Março – 69 medidas protetivas.

Ao analisarmos os itens pontuados percebemos que gradativamente nos meses pesquisados tanto o número de registro e medidas protetivas cresceram em sua aplicabilidade. No que tange aos casos específicos de violência, não obtivemos os dados referente aos meses de fevereiro e março do ano de 2019.

A realidade aponta que a cada ano, são significativos os dados que são efetivados contra as mulheres no Munícipio de Palmas, porém, ações estão acontecendo para que esse quadro possa ser modificado. É importante frisar que não existem registros de feminicídio.

3.1.4 Por fim, verificamos a estrutura da delegacia e da Patrulha da Maria da Penha realizando uma entrevista:

a) a estrutura: a unidade tem em sua composição física duas salas. Possui no ano da pesquisa um quadro funcional composto por: 01 (um) Delegado e 02 (dois) escrivães. Pela observação realizada percebemos que o quantitativo de servidores é deficitário, pois, não consegue atender a demanda existente. O espaço não tem uma higienização adequada, por falta de servidores da limpeza. E não consta nenhum colaborador para desenvolver a parte administrativa. Outro ponto destacado refere-se as vítimas ficarem todas juntas na central de flagrantes. A unidade precisa de um espaço maior para o desenvolvimento funcional, bem como, acessibilidade e mais colaboradores. Ressaltando que apesar das dificuldades apresentadas, os escrivães e o delegado fazem o atendimento com qualidade, porém, devido ao grande número de atendimentos não conseguem dar prosseguimento em todos os casos como deveriam ser efetivados.

b) a Patrulha Maria da Penha

Para evidenciar o trabalho realizado pela Patrulha da Maria da Penha no Município de Palmas realizamos uma entrevista com a Comandante responsável pela aplicabilidade dos serviços, a mesma informou que desde a criação já

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

atenderam há 29 (vinte e nove) casos, muitos não conhecem a existência da patrulha para ser algo novo. Para ter esse atendimento ela precisa ir até a delegacia e solicitar a medida protetiva, posteriormente, os responsáveis da patrulha entram em contato e vão até as residências e discorrem sobre as medidas protetivas que serão feitas. Porém, dos casos atendidos elas não sabiam que essas medidas protetivas poderiam ser acompanhadas pela patrulha. Atualmente existe somente 01 (uma) viatura para atender toda a cidade de Palmas.

Nos informou que os atendimentos serão feitos para situações mais graves, pois, até a data da entrevista já existiam 235 (duzentos e trinta e cinco) solicitações de medidas protetivas. Apesar de ser somente uma viatura elas conseguem atendem à demanda de toda a cidade. O serviço consiste em ligar e agendar um horário para visita, ir até residência, fazer um diagnóstico da vida da mulher que solicitou, averiguar se o agressor permanece na residência.

Em seguida são emitidos os relatórios de todos os atendimentos, visto que em alguns momentos as vítimas solicitam o cancelamento da medida protetiva, mas solicitam que os acompanhamentos continuem.

Os atendimentos são feitos de terça a domingo. E que não existe a necessidade de ligarem para o número 190. Para isso precisa ser ligado diretamente para patrulha.

Trabalham na patrulha 01 (uma) comandante, 06 (seis) policiais, sendo femininos e masculinos. Para desenvolver essa funcionalidade os servidores militares participaram de um curso especifico, que aconteceu a nível nacional. A ideia é adquirir mais viaturas para ampliação dos serviços da patrulha para o município de Palmas, bem como, para os demais municípios do Estado do Tocantins.

Ressaltamos que o trabalho desenvolvido pela patrulha é um ato preventivo de possíveis descumprimento das medidas protetivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica contra as mulheres é algo corriqueiro que é efetivado a todos os instantes no país, esses atos independem de classes sociais, etnias e escolaridade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Essa violência de gênero é vista como um sério problema de ordem pública, além de constituir a violação dos direitos humanos.

A Lei Maria da Penha trouxe significativos avanços e desafios para a devida proteção das vítimas contra os seus agressores.

O município de Palmas através da implantação da Patrulha Maria da Penha trouxe a possibilidade de prevenir através de um acompanhamento individualizado das vítimas, a diminuição das medidas protetivas. Frisando que por enquanto esse atendimento acontece somente na capital do Estado.

Todavia será expandindo esse serviço, e dessa forma as mulheres poderão se sentir protegidas e guardadas, tendo o direito de sua dignidade resgatada.

5 REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício da Mota. **Lei Maria da Penha:** das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n.1133, 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764. Acessado em 15 de abr. 2019.

AMARAL, Fabíola Scheffel. PEREIRA, Jhonatan. **A Violência contra as Mulheres e seus reflexos na Legislação Brasileira.** Anais do III Colóquio Nacional de Estudos de Gênero e História: Epistemologias, Interdições e Justiça Social. Unioeste/Marechal Cândido Rondon, 2018.

BAKER, Milena Gordon. **A tutela penal da mulher no direito penal brasileiro:** a violência física contra o gênero feminino. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília. 1988.

BRASIL. Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. **Coíbe a violência doméstica e familiar contra a Mulher.** Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Presidência da República. Brasília. 2006.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Brasília, 1824.

BRASIL. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. In: Peluso, Antônio Cezar (Org.); amorim, Jose? Roberto Neves (Col.). As Constituições do Brasil: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Barueri: Manole, 2011.

BRASIL. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Brasília. 1934.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília. 1941.

BRASIL. **Lei nº 9.520, de 27 de novembro de 1997**. Brasília. 1997.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Brasília. 2005.

BRASIL. Maria da Penha**. Brasília. 2012. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha-. Acessado em 05 de abr. 2019.**

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar:** orientações para prática em serviço / Secretaria de Políticas de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio (coords.) **Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006:** aspectos assistências, protetivos e criminais da violência de gênero. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CRUZ, Rúbia Abs da. **Advocacy Feminista e a Lei Maria da Penha**. In: WOLFF, Cristina Scheibe; FÁVERI, Marlene de; RAMOS, Tânia Regina de Oliveira (org). *Leituras em rede:* gênero e preconceito. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2007.

ELUF, Luiz Nagib. **A paixão no banco dos réus:** casos passionais célebres de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha:** o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicidio). São Paulo: Atlas, 2015.

LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher**. Tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro. Tese (Doutorado em Direito Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

PACELLI, Eugênio. CORDEIRO, Nefi. JUNIOR, Sebastião dos Reis, **Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos.** Atlas. São Paulo, 2019.

RAMOS, Maria Eduarda. **Histórias de "Mulheres":** a violência vivenciada singularmente e a Lei 11.340 como possível recurso jurídico. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **Punir, Proteger, Prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações da administração dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal.** Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 2015.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral.11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social com ênfase em Jornalismo, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia Civil do Tocantins, autor e organizador de obras jurídicas.

[2] O referido comitê fazia parte do Consórcio Feminista que era formado pelas seguintes instituições: CEPIA (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação); CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria); CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher); THEMIS (Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

MÍDIA E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

JOAO PEDRO MODA DE ALMEIDA: Acadêmico de Direito na Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: No Brasil, o Tribunal do Júri surgiu em 1882, sendo de sua competência os crimes dolosos contra a vida e os conexos. Os juris podem possuir grande repercussão na mídia, como nos casos da atriz Daniela Perez, caso Suzane, caso Eloá, caso da garota Isabella Nardoni entre outros que é citado no presente trabalho. Crime que é considerado bárbaro, virou um espetáculo da mídia, a mesma mídia que forma opiniões, que faz com que os cidadãos cobrem por justiça, e na maioria das vezes condenam os acusados de crimes de competência do Tribunal do Júri, sem ainda ter ocorrido o devido processo legal. A mídia que faz esse estardalhaço todo pode via a prejudicar de forma brutal a vida dos acusados de crime, e o mais importante, ela também pode influenciar no próprio tribunal. O método de raciocínio utilizado será o dedutivo, onde poderá se atingir uma proposição específica a partir de proposições gerais e mais amplas. O tipo de pesquisa será bibliográfico, documental, e telematizada, pois para escrever o presente trabalho usarei doutrinas, artigos jurídicos, observarei outras monografias, e usarei a internet como apoio.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Jurados; Influência da Mídia.

ABSTRACT: In Brazil, the Jury's Court appeared in 1882, being its jurisdiction the intentional crimes against the life and the connected ones. Jurors may have great repercussions in the media, as in the cases of the actress Daniela Perez, Suzane case, Eloá case, case of the girl Isabella Nardoni among others that is cited in the present work. Crime that is considered barbaric has become a spectacle of the media, the same media that forms opinions, which makes citizens cover for justice, and most often condemn those charged with crimes of jurisdiction of the jury, without having yet occurred due process of law. The media that make this whole fuss can brutally hurt the lives of those charged with crime, and more importantly, it can also

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

influence the court itself. The method of reasoning used will be the deductive, where a specific proposition can be reached from general and broader propositions. The type of research will be bibliographic, documentary, and telematized, because to write the present work I will use doctrines, legal articles, observe other monographs, and use the internet as support.

Key words: Jury court; Jurors; Influence of the Media.

SUMÁRIO: Introdução. 1.1 Influencias Histórica e Legislações do Júri no Brasil. 1.2. Competência para o Julgamento dos Crimes Dolosos Contra a Vida. 1.2.1. Organização do Júri e sua Estrutura. 1.3. A Mídia. 1.3.1. A Influência que a Mídia possui no Tribunal do Júri. 1.4. Casos de Tribunal do Júri de Maior Repercussão na Mídia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri desde sua criação sempre demonstrou uma tendência polemica, visto que o que se é retratado através de filmes, são grandes espetáculos teatrais, na qual na maioria das vezes o réu é considerado culpado antes mesmo de o julgamento, porém, isso na verdade não acontece somente em filmes.

O instituto foi criado para que houvesse a garantia dos direitos fundamentais, e conferindo as pessoas do povo o direito de aplicar a justiça como achassem melhor. Ao povo que no caso são os jurados, cabe a eles julgarem quesitos que são específicos, como por exemplo, a autoria do crime, se a excludentes ou não, casas que aumentam ou diminuem a pena, entre outros.

Porém, para que se haja maior democracia, o tribunal do júri possui jurados que são pessoas comuns do povo que são escolhidas pelo Juiz, sendo esses jurados as pessoas que irão determinar se o acusado é condenado ou absolvido. Talvez essa seja uma das grandes problemáticas, pois por serem pessoas comuns, falta aos jurados um conhecimento técnico especifico em matéria de direito para determinar se a pessoa é culpada ou não.

Para piorar ainda mais a problemática do conhecimento técnico dos jurados, tem-se ainda os meios de comunicação, a famosa mídia que influencia diretamente na parcialidade dos jurados, fazendo com que por experiências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

próprias, ou pelo terror que a sociedade vive perante tantos crimes, aproveitam a oportunidade de estarem perante um tribunal do júri para condenar os acusados, mesmo que as provas não sejam suficientes para a condenação, o que deveria ser o contrário, já que o princípio do in dubio pro réu indica que na dúvida, como é o caso de faltas de provas suficientes, deve-se absolver o réu.

Este estudo tem como objetivo mostrar a influência que a mídia pode ter sobre o tribunal do júri, e as decisões que são proferidas diante desse tribunal.

A metodologia apresentada será a pesquisa bibliográfica, documental, e telematizada, pois para escrever o presente trabalho usarei doutrinas, artigos jurídicos, observarei outras monografias, e usarei a internet como apoio.

1.1. Influencias Histórica e Legislações do Júri no Brasil

O tribunal do júri teve sua origem na Inglaterra, porem discussões a respeito do seu surgimento pairam até os dias de hoje.

Foi no ano de 1822 que surgiu o Instituto do Júri surgiu no Brasil, na data de 18 de junho, instituto esse que é encarregado pelo julgamento dos crimes de imprensa.

Com o nascimento da primeira constituição no ano de 1824, referido instituto passou a integrar o poder judiciário, sendo compostos de juízes, jurados, sendo que os juízes aplicavam a lei e os jurados se pronunciavam sobre os fatos.

Na Constituição Federal de 1988, ou seja, a atual constituição o instituto do júri está inserido no capitulo do poder judiciário e não entre os direitos e garantias individuais.

No Brasil quando os direitos estavam em ascensão, o júri não foi considerado como tal.

Na carta de 1824, em seu artigo 179, foi declarada a inviolabilidade dos direitos políticos e civis, sendo estes baseados na liberdade, na segurança individual e no direito de propriedade.

Com a lei n° 261 de 1841, houve alteração da constituição, e dessa forma, o instituto do júri foi eliminado da acusação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Em 1871, na data de 20 de setembro, a Lei n° 2033, que foi regulada pelo Decreto Imperial nº 4.824, introduziu o júri novamente para toda matéria criminal.

Em todas as constituições seguintes, o instituto foi mantido, até que na constituição posterior a de 1937, quando a carta se silenciou sobre esse instituto.

Alguns juristas da época de 1937, por não verem o instituto do júri mencionado na constituição, imaginaram que o mesmo havia sido extinto. Porém o Decreto Lei n° 167, de 5 de janeiro de 1938, veio para acabar com essa ideia, regulando o instituto do júri, ficando evidente que ele continuava presente no sistema normativo.

O júri possui competência para os crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxilio a suicídio, duelo com resultado de morte ou lesão seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada conforme disposto no art. 3º, induzimento ou auxilio a suicídio, infanticídio, duelo com resultado de morte ou lesão seguida de morte.

O artigo 96, da constituição daquela época, trazia consigo que a soberania do tribunal do júri deixou legalmente de existir.

A constituição de 1937 cometeu graves erros ao ignorar a soberania do Tribunal do Júri, como foi o caso dos irmãos Naves, que é considerado um dos maiores erros já cometidos no judiciário do Brasil.

É nítido no exemplo que deveria ter havido a soberania do júri nesse caso. Todas as outras constituições brasileiras trazem o júri como soberano, pelo qual somente ele pode apreciar os crimes dolosos contra a vida e os conexos, podendo somente a Egrégia Superior Instancia, decidir se o condenado deve ser submetido a novo julgamento em caso de erro judiciário ou na hipótese de alguma nulidade.

Mais adiante, na Constituição de 1946, em seu artigo 141, no parágrafo 28 retornou a soberania do júri, e ainda foi instituída que o número de membros fosse ímpar, sua competência era obrigatória para os crimes dolosos contra a vida, e o instituto estava presente no capitulo de garantias e direitos individuais.

A Constituição atual, do ano de 1988, em seu artigo 5°, inciso XXXVIII, alíneas a,b,c,d, manteve o referido instituto, que assegura a plenitude da defesa, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

1.2. Competências Para o Julgamento dos Crimes Dolosos Contra a Vida.

É na Constituição Federal que vem prevista a competência do Tribunal do Júri.

Os crimes que são de competência do júri estão previstos nos artigos 121, § 1º e 2º, 122, 123, 124 a 127. Dentre eles estão o homicídio, simples, privilegiado ou qualificado; o induzimento, instigação ou auxilio a suicídio; o infanticídio, o aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento ou por terceiro.

É possível que esses crimes sejam previstos na forma tentada ou consumada, porém induzimento, instigação ou auxilio ao suicídio, não permite a forma tentada.

Há certas hipóteses que os crimes cometidos contra a vida não serão julgados pelo tribunal do júri, são os casos de prerrogativas de função, que fazem com que o crime seja julgado por competências especiais. As autoridades que possuem os foros na constituição federal nos artigos 29, VIII; 96, III; 102, I, b e c; 105, I, a; 108, I, a, são casos de prerrogativas.

O tribunal do júri é considerado bifásico, ou seja, possuindo duas fases. Mas, pode ser que uma dessas fases não aconteça, sendo o caso quando há absolvição sumária, impronuncia ou desclassificação.

Dessa forma, primeira fase tem início com o recebimento da denúncia, e é finalizada com a sentença de pronúncia transitada em julgado. É aqui que se encontra o princípio in dúbio pro societate resultante no encaminhamento do réu a julgamento pelo tribunal do júri.

Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 480), sobre esse princípio, ensina:

> "É a favor da sociedade que nela se resolvem eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há a inversão da regra in dúbio pro reo para in dúbio pro societate. Por isso, não há necessidade, absolutamente, do convencimento exigido para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> condenação, como a confissão do acusado e depoimentos de testemunhas presenciais."

Havendo a fase de inquirição de testemunha, alegações finais das partes, e diligencias procederá a pronuncia, que é a primeira fase do procedimento do júri.

É nesta fase de pronuncia que outras providências podem ser tomadas, como a impronuncia, no caso de negativa de admissibilidade, absolvição sumaria, quando há causas de excludentes de ilicitude, ou desclassificação, no caso do crime não ser considerado contra a vida, mudando a competência, e indo para o juiz singular.

A sentença de pronuncia somente é dada em segunda fase, sendo assim ofertada a acusação pelo crime por parte do representante do Ministério Público, assim como prevê o artigo 41 do Código de Processo Penal, sendo encerrada essa fase com a sentença que é dada pelo juiz em plenário do júri.

1.2.1. Organização do Júri e sua Estrutura.

É extremamente formal o procedimento que se utiliza para a realização do tribunal do júri, e por isso há demora em sua organização, para escolher os jurados e tudo mais.

> "Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento." (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

Sendo assim, constata-se que o tribunal do júri, é composto por um juiz togado que preside os jurados que faram parte desse júri, sendo de responsabilidade dos jurados decidir da responsabilidade do réu (questões de fato) e ao juiz cabe a fixação de pena em função das respostas que lhe derem os jurados.

A escolha dos jurados é de extrema importância, tendo eles que possuir idoneidade, são escolhidos anualmente pelo Juiz Presidente, e devem ser conhecidos da comunidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Os jurados ao serem escolhidos precisam ter notória idoneidade, fazem parte, assim, precisam ter sua reputação muito boa para que sejam aceitos pela sociedade.

Ao se alistarem, será publicada no mês de outubro a lista com os nomes dos jurados para aquele ano, para que a comunidade tome ciência e possa se manifestar, inclusive a própria pessoa que tem o nome incluso na lista, podendo ela apresentar os motivos que a impede para compor os jurados do tribunal do júri. A lista pode ser alterada até dia 10 de novembro, por meio de oficio ou mediante reclamação por qualquer um do povo.

O código de processo penal, em seu artigo 443 dispõe que, o sorteio dos jurados deverá ser feito a portas aberta, presidido pelo juiz, que deverá sortear até completar o número de 25 jurados.

Para ser jurado deve possuir 18 anos completos, sem distinção de raça, sexo, cor, profissão, classe social. Há pessoas que são isentas de serem juradas, como o Presidente da República, Ministros de Estado, Governantes, membros do congresso nacional, prefeitos municipais entre outros que se encontram no artigo 437, do CCP.

Ser jurados fornece a aqueles que cumprem essa função alguns privilégios como ser considerado idôneo, em concorrências públicas com ressalva dos concursos públicos, igualdade de condições, terem prisão especial por crime comum até o julgamento em definitivo e preferência.

1.3. A Mídia

Mídia, em português segundo o Dicionário Aurélio (2008, p. 337) significa:

> "designação genérica dos meios, veículos e canais de comunicação, como por exemplo, jornal, revista, rádio, televisão, outdoor, etc."

No dicionário Houaiss (2001, p. 1919) temos que a palavra "mídia", dentre outros conceitos, pode significar:

> "todo suporte de difusão da informação que constitui um meio intermediário de expressão capaz de transmitir

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mensagens; meios de comunicação social de massas não diretamente interpostas (como por exemplo, as conversas, diálogos públicos ou privados).”

Com o fim da Segunda Guerra Mundial em 1948, foi ratificada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e em seu artigo 19 garantiu direito a liberdade de expressão a todo homem.

> “Art. 19 - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

No ano de 1830, na data de 20 de setembro foi que surgiu a primeira lei de imprensa. Somente no ano de 1934 que ela foi substituída, através do decreto 24776, sendo instituída por Getúlio Vargas, do qual atentou contra a liberdade de imprensa veicular notícias.

Na época da ditadura militar a lei de imprensa ficou proibida, somente voltando a valer após o fim desta. Em 12 de dezembro de 1953 houve a revogação da lei de imprensa e assim foi promulgada a Lei n° 2083.

A Lei n° 2083 foi revogada pela conhecida Lei n° 5250, que mais tarde foi reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois segundo eles cerceava a liberdade de expressão.

O Brasil, como diversos outros países não possui uma lei especifica em relação a veiculação de notícias, e assim a imprensa se sujeita ao Código Civil e ao Código Penal.

Assegurada pelo artigo 5°, nos incisos IV, VI e IX da Constituição Federal, a liberdade de pensamento consiste, segundo Gilberto Haddad Jabur (2000, p. 45) na “atividade intelectual através da qual o homem exerce uma faculdade de espírito, que lhe permite conceder, raciocinar ou interferir com o objeto eventual, exteriorizando suas conclusões mediante uma ação”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dessa tal liberdade de informação, a pessoa tem o direito de se informar, comunicar, isto é tirar suas conclusões e as exteriorizar, correspondendo assim a um direito coletivo.

Neste contexto, consubstanciada na liberdade de pensamento, na liberdade de informar e liberdade de ser informado, surge à conhecida liberdade de imprensa, conceituada como o direito de imprimir palavras, desenhos ou fotografias em que se expressa o que se pensa e se fornecem informações ao público acerca de fatos ou atividades próprias ou alheias. (JABUR, 2000, p. 61).

Hoje em dia esse conceito já não é mais utilizado, visto que a informação pode ser dada por qualquer meio de comunicação, televisão, internet, radio, não necessariamente por palavras impressas, desenhos ou fotografias.

Tem como função e responsabilidade a liberdade de imprensa, além da dita informação, segundo aponta William Rivers e Wilbur Scharamm (2002, p. 27) que:

> [...] a denominada formação do cidadão, garantindo-lhe a liberdade de imprensa o desenvolvimento da personalidade deste, pois, um indivíduo isolado das notícias, acontecimentos históricos e informações sobre o mundo é incapaz de desenvolver sua personalidade e cidadania no mundo moderno.

Com as constantes evoluções, os meios de comunicação social, passaram a fazer parte do comportamento do ser humano. Todos os seres dependem de produtos da comunicação seja para informações, trabalho e até diversão.

O problema, é que essa tal liberdade de imprensa, que embora muito importante para a sociedade, também pode ser muito perigosa, dependendo de como essa informação é repassada, podendo colocar a vida de alguém em risco, visto que informações veiculadas de forma distorcida podem manchar a imagem da pessoa quando não tiver consequências ainda piores.

A imprensa, com o seu direito de informar, acaba por fazer com que as pessoas com o seu clamor por justiça formem opiniões, e na maioria das vezes, julgam os prováveis “criminosos”, exigindo das autoridades que os mesmos sejam condenados sem o devido processo legal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ranulfo de Melo Freire (2004, p.4-5), de maneira bem sintética tem opinião parecida sobre o tema:

> "Não rara é a constatação destes abusos, basta que apenas se ligue a televisão, se abra um jornal ou se acesse um sítio na rede mundial de computadores para se deparar com os meios de comunicação noticiando estardalhaços criminais em busca da predileção mediática, trazendo, em sua grande maioria, notícias que causam grande comoção social e, ocasionalmente, grande audiência e edições de revistas e jornais vendidos de forma imediata."

A mídia claro ganha com tudo isso, as notícias veiculadas sempre aumentam a audiência, porém não basta só pensar nisso. É necessário pensar também como o suspeito do crime fica com tudo isso, que geralmente tem sua vida e honra devastada.

É necessário que se haja uma proporção, o direito à informação é fundamental, porém o direito da pessoa da qual se veicula esse tipo de notícia também deveria ser preservado, e assim se evitaria males maiores.

1.3.1. A Influência que a Mídia possui no Tribunal do Júri

Na atualidade, vivenciamos em uma sociedade em que diversas situações fáticas são passíveis de sofrerem influência midiática, principalmente, quando se refere a julgamento pelo Tribunal do Júri. Podemos afirmar que os órgãos midiáticos exercem, constantemente, influência nas decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, uma vez que, com a consolidação da indústria da cultura e comunicação, a mídia deixa ser coadjuvante para se tornar protagonista, entendida como potencial responsável pela informação e pela formação de opinião pública, tendo em vista que grande parcela da sociedade dela depende para ter conhecimento dos fatos e também para tomar suas decisões diárias. (CUNHA, 2012, p. 203).

A mídia está sempre atrás de um furo de reportagem, ainda mais quando se trata de crimes bárbaros, sem se preocupar com a veracidade dos fatos, e isso repercute de maneira muito grande na sociedade.

Não é muito raro ver todo o estardalhaço que a mídia faz quando há um caso que vai a júri popular, fazem simulações, apontam possíveis causas da morte,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

ou possíveis causas de como a morte foi praticada, espalham fotos, e na maioria das vezes essas circunstancias não são condizentes com o que realmente aconteceu. A bagunça é total, e a noticia é anunciada a todos sem qualquer preocupação.

A cada novo caso policial ou judiciário, que tem em seu bojo os elementos básicos do sensacionalismo, a história se repete. Instala-se o que os autores americanos chamam de "frenesi da mídia". Os órgãos de divulgação entram em histeria, em processo de concorrência feroz pelo "furo", o que impossibilita qualquer controle de qualidade da veracidade das informações, em verdadeiro vale-tudo pela primazia da publicação de informação exclusiva, a qualquer preço. Passa-se a viver em clima de guerra, em que, como há tanto tempo já se sabe, a primeira vítima é a verdade. TUCCI (1999, p. 113).

Toda essa encenação que é criada pela mídia influência nos votos dos jurados, que são pessoas leigas, que em muitos casos não possuem um conhecimento técnico para se desvencilhar do que a mídia procura passar sobre os fatos, que na maioria das vezes podem até não ser verdade,

Isso tudo influencia também o juiz que será responsável por presidir o julgamento e determinar a sentença que não poderá fazer isso de forma natural, pois se sente pressionado e coagido diante da pressão da sociedade que formulou sua opinião com o que foi espalhado pela mídia.

Corroborando a respeito do tema, Ana Lúcia Menezes Vieira (2003, p. 246) assim manifesta:

> [...] o jurado é mais permeável à opinião pública, à comoção, que se criou em torno do caso em julgamento, do que os juízes togados e, por sentirem-se pressionados pela campanha criada na imprensa, correm o risco de se afastarem do dever de imparcialidade e acabam julgando de acordo com o que foi difundido na mídia.

Como exemplo, pode-se utilizar o caso do desabamento do prédio do Palace II, visto que o réu Sérgio Naya teve um pré-julgamento pela mídia, o juiz em sua sentença em primeira instancia, citou um trecho do qual fazia questão de desmascaram o sensacionalismo criado por uma emissora televisiva, observem:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] quem folhear os diários e periódicos da época, ou pesquisar o noticiário transmitido pelo rádio e pela televisão, muitos deles anexados ao processo, perceberá que anteriormente, muito anteriormente, ao término do inquérito policial instaurou-se no País, principalmente no Rio de Janeiro, um autêntico trial by media. As supostas causas do desabamento eram francamente listadas e repetidas antes mesmo da conclusão dos exames periciais. Os culpados pela tragédia, antecipadamente mostrados e condenados pela mídia, eram submetidos à execração pública e expostos para linchamento pelos mais exaltados. Argamassa era exibida na televisão como se fosse concreto, reboco era esfarinhado entre os dedos em meio a gritos de que tinha sido utilizado como concretas impurezas encontradas na massa eram apresentadas como causa da ruína do edifício. [...] A divulgação do laudo foi falseada e distorcida. O Jornal Nacional, principal informativo da televisão, noticiou, de forma desleal – mais com seus espectadores do que com os envolvidos – as conclusões da prova técnica, fazendo crer que o laudo existia o que ali não se continha que os peritos tinham concluído de uma forma quando na realidade suas conclusões eram outras. (sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 98001.184167-8, da33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro p. 61/62).

Assim foi possível ver que o juiz não foi influenciado pela mídia em tal situação, de modo que não se importou como a mídia o consideraria. Porém se a competência fosse do tribunal do júri, não seria possível que o juiz agisse da mesma forma.

Fernando Luiz Ximenes Rocha (2003, p. 2-3) em sua obra "Mídia, processo penal e dignidade humana" enfatiza:

> "O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis". O desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Tem sido comum os meios de comunicação condenarem antecipadamente seres humanos, num verdadeiro linchamento, em total afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, quando não lhes invadem, sem qualquer escrúpulo, a privacidade, ofendendo lhes aos sagrados direitos à intimidade, à imagem e a honra, assegurados constitucionalmente. Aliás, essa prática odiosa tem ido muito além, pois é corriqueiro presenciarmos, ainda na fase da investigação criminal, quando sequer existe um processo penal instaurado, meros suspeitos a toda sorte de humilhação pelos órgãos de imprensa, notadamente nos programas sensacionalistas da televisão, violando escancaradamente, como registra Adauto Suannes, o constitucionalmente prometido respeito à dignidade da pessoa humana. Não foram poucos os inocentes que se viram destruídos, vítimas desses atentados que provocam efeitos tão devastadores quanto irreversíveis sobre bens jurídicos pessoais atingidos."

Podemos afirmar que a mídia acaba formando opiniões sobre essas situações, formando um veredito a respeito do tribunal do júri, e assim fica difícil buscar a verdade real e sacrificando a própria justiça.

A mídia muitas vezes tenta substituir o próprio tribunal do júri, esforçando-se para realizar seu próprio julgamento com seus recursos.

O tribunal do júri foi criado para julgar os crimes dolosos contra a vida e os conexos, e assim alcançar um maior nível de democracia, porém a impressão que dá é que isso não acontece, visto que o acusado é julgado por pessoas comuns que compõe o júri, e na maioria das vezes sem nenhum grau técnico, ou seja, pessoas que seriam leigas no que diz respeito a questões penais.

Isso faz com que haja um problema de parcialidade dos jurados, que são influenciados pelo o que a mídia transmite que na maioria das vezes são a violência que vem acontecendo cada vez mais na sociedade, e assim com a sede de justiça, os jurados que compõe o conselho de sentença ã influenciados, e na maioria das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

vezes acabam decidindo pela condenação do acusado, mesmo que as provas demonstradas não levem a isso, e esquecem que na dúvida, devem optar por não condenarem o réu.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2004, p. 253) discorre:

> "Em se tratando de uma prática que atinge todas as pessoas, assim como o jurados, é muito possível que, de certa forma, um julgamento acabe atribuindo valor de prova a algo que sequer adentrou no processo,[...] não há dúvidas de que a exposição massiva dos fatos e atos processuais, os juízos paralelos e o filtro do cronista afetam o (in) consciente dos jurados, além de acarretarem intranquilidade e apreensão."

Os jurados são pessoas comuns da sociedade, e acabam influenciados pelo o que mídia retrata, e atemorizados com a violência que ronda a população se veem em situações de quererem que a justiça seja mais severa, e assim que acusados de crimes sejam condenados e punidos com mais rigor, sem realmente prestar atenção nas provas e fatos que são apresentados.

Quem sofre com tudo isso é o acusado, que poderá não ter um julgamento imparcial, tudo isso devido ao que a mídia repassa para a sociedade, sem pensar nas consequências que suas informações terão, fazendo o julgamento de uma pessoa antecipadamente, sem deixar que ela chance de defesa.

1.4. Casos de Tribunal do Júri de Maior Repercussão na Mídia

Neste capitulo será abordado como a mídia veicula os fatos de natureza criminosa, o sensacionalismo que utilizam para deixar as populações chocadas, ferindo assim a mídia princípios constitucionais, porém conquistando grandes índices de audiência.

Podemos citar aqui inúmeros exemplos de crimes divulgados pelos meios de comunicação, ficando alguns na história, talvez pela singularidade dos atos praticados ou da proporção que alcançaram. Na presente pesquisa, vamos começar pelo sequestro do empresário Abílio Diniz, que ocorreu no ano de 1989, este sequestro durou cerca de seis dias, teve amplas cobertura da mídia televisiva, envolvendo um indivíduo pertencente á camada mais rica da sociedade, resultando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

tal crime na aprovação da lei nº. 8.072/90, pelo Senado Federal, apenas 34 dias após sua propositura. (MASCARENHAS, 2010, p. 16-17).

No ano de 1992, na data de 28 de dezembro, houve o assassinato da atriz Daniela Perez a tesourada, por também um ator conhecido e parceiro romântico da atriz em uma novela Guilherme de Pádua e sua esposa. O Brasil parou diante dos televisores para acompanhar o caso, a mídia deu uma proporção gigante ao caso, o que provocou nas pessoas uma onda de furor e comoção social.

No ano de 1997 houve o julgamento dos supostos envolvidos que foram condenados, porém antes mesmo do julgamento a mídia já os consideravam os cometedores do crime.

A dramaturga Glória Perez, que é mãe de Daniela Perez, a atriz que foi assassinada, conseguiu o impressionante número de 1,3 mil assinaturas, fazendo, assim com que fosse aprovado um projeto de lei que objetivava a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, episódio que foi qualificado através da lei 8.930/94.

Outro caso que foi notório na mídia, é o caso Suzane Von Richthofen, acusada e condenada de assassinar os pais no ano de 2002, juntamente com o namorado e o irmão Daniel e Cristian Cravinhos.

A mídia como sempre, foi a culpada por divulgar diversas informações, causando enorme furor e o clamor público, tanto que para assistir o júri houveram mais de 5 mil inscrições para ocupar 80 lugares, e houve até mesmo um pedido para que o Tribunal do Júri fosse transmitido em rede nacional.

Podemos ainda citar o caso de Gil Rugai, que no ano de 2004 assassinou o pai e a madrasta em circunstancias bem semelhante ao caso de Suzane. A mídia como de praxe, dedicou horas e horas ao caso, sendo o acusado condenado a quase 34 anos de prisão.

O caso da garota Isabella Nardoni repercutiu no Brasil todo, e provavelmente no mundo, tudo isso porque a mídia transformou um crime considerado bárbaro em um verdadeiro espetáculo de circo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Isabella Nardoni de cinco anos de idades, foi encontrada caída do prédio onde morava seu pai, em parada cardiorrespiratória e veio a óbito. O pai da garota de nome Alexandre Nardoni, relata que na data dos fatos chegou em sua residência com sua esposa Ana Carolina Jatobá e com os filhos todos dormindo. Dessa maneira, teria levado a filha Isabella (vitima) ao apartamento, deixando a mesma na cama e retornando a garagem para ajudar a esposa e também acusada a subir com os outros filhos. Porém, ao voltar ao apartamento, o pai de Isabella notou que a luz do quarto de seus filhos estava acesa e a grade de proteção da janela estava cortada, notou também que Isabella não estava em sua cama, indo até a janela e visto que o corpo da filha estava caído no jardim.

Relatou ainda na época do ocorrido que suspeitava que um pedreiro, com quem o mesmo havia discutido havia atirado a garota pela grade de proteção.

Como foi apontado pelos laudos e durante o julgamento, houve o corte da grade de proteção do apartamento, não havendo acidente, visto que foi verificado que a garota possuía ferimentos, como por exemplo asfixia, que não seria derivado da queda.

Desde a constatação de foi não foi um acidente, a mídia toda se voltou para esse caso, o que gerou uma grande comoção e sede por justiça.

A imprensa prontamente já sabia quem eram os culpados, o pai e a madrasta da criança, tiraram suas próprias conclusões, ouviram depoimentos de diversas pessoas, como sempre montaram o seu próprio circo, e os acusados, tiveram sua liberdade, honra e dignidade mais uma vez ferida.

Os dias foram passando e o circo só aumentando, a imprensa fez sua própria investigação a respeito do sangue no carro, as pegadas na cama, a respeito dos ferimentos encontrados na Isabella, tudo na expectativa de que os suspeitos fossem presos preventivamente.

A famosa revista veja, lida por muitos cidadãos, em uma reportagem que trazia como capa, condenava o casal Nardoni, sem mesmo que houvesse tido o julgamento dos dois pelo tribunal do júri pela morte da garota Isabella.

O importante aqui, não é demonstrar se o casal Nardoni possuía culpa ou não pela morte da garota e sim que a imagem deles, a honra e dignidade foi exposta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

de tal maneira, que se caso fossem considerados pelo o júri inocente, suas vidas já estariam destruídas.

O caso Eloá Pimentel, ocorrido no ano de 2008 foi outro grande caso que repercutiu na imprensa brasileira. Eloá de 15 anos foi assassinada pelo ex namorado Lindemberg Farias. O cárcere da garota durou cerca de 100 horas, juntamente com uma amiga. Durante esse período, várias emissoras ficaram transmitindo o caso, contando tudo o que acontecia, inclusive fazendo uma análise da vida intima dos envolvidos.

Lindemberg foi a júri popular e condenado. O caso teve uma das maiores repercussões, sendo transmitidas 24 horas por dia.

Em 2010, a morte da advogada Marcia Nakashima pelo ex-namorado e ex-sócio Mizael Bispo de Souza condenado em 2012 a vinte anos de reclusão ocasionou um julgamento televisionado pela imprensa, exceto o que transcorreu na sala secreta, local no qual os jurados decidem pela condenação ou absolvição do réu. Os jurados, como também as testemunhas, tiveram a opção de escolher se queriam que suas imagens fossem exibidas ou não.

A mídia tem o poder de influenciar demais decisões que são de extrema importância como essa do tribunal do júri, por mais que as vezes possuam razão, é necessário tomar cuidado ao veicular informações sem antes ter a certeza de que tudo o que se fala ou escreve está correto, sem que reste o mínimo de dúvida.

Em casos de crimes em que o clamor público por justiça seja grande, e que haja a interferência da imprensa, seria necessário que houvesse o desaforamento; a anulação da sentença do júri se for notória a constatação da pressão da imprensa; a proibição à divulgação de informações sobre algumas fases do processo e a criminalização das condutas abusivas da mídia, talvez assim as consequências fossem um pouco amenizadas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou mostrar como a mídia pode influenciar as decisões do Tribunal do Júri.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A mídia veicula informações sem observar se são validas, transformam o tribunal do júri em um verdadeiro circo, com suas encenações, reconstituições, seus comentários, notícias que buscam condenar o acusado sem ele mesmo ter passado pelo seu devido julgamento.

Os jurados que geralmente não julgam com imparcialidade, veem contaminados com o que a mídia reproduz, e com o que realmente acontece na sociedade, buscando quando estão perante a um tribunal do júri fazer a justiça a qualquer preço, sem na maioria das vezes observar que as provas podem dizer o contrário.

Conclui-se assim, que a veiculação de informação pela mídia é de extrema importância para as pessoas e a sociedade, porém quando isso afeta a vida de outrem deve se tomar alguns cuidados para que não seja ferida a honra e a dignidade dessa pessoa, como é o caso do tribunal do júri.

Algumas soluções para essa problemática até foram apresentadas, porém em um mundo como o nosso em que a notícia se espalha na mesma velocidade da luz, fica difícil se encontrar uma solução.

O que poderia ser feito seria um Conselho de Sentença que fosse formado por pessoas que possuíssem um conhecimento jurídico, assim sendo mais difícil de serem influenciados ou julgarem de uma forma imparcial, julgando com base nas provas apresentadas e com base em seu conhecimento, o que não tornaria um júri tendencioso.

O tribunal do júri, tem como objetivo fazer com que a sociedade julgue os crimes dolosos contra a vida e os conexos, em busca talvez de uma compaixão ou benignidade pelo senso comum, mas ao contrário disso, o que acontece é um julgamento duro e cruel, um verdadeiro atentado constitucional, visto que a mídia faz o que está ao seu alcance para que o acusado seja condenado.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TUCCI, Rogéria Lauria. Tribunal do júri. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídicabrasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VEJA, Revista. São Paulo: Abril, n.16, 11 de abril de 2008.

JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.

BASTOS, Márcio Thomaz. Júri e mídia. In: Tribunal do júri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTALVÃO, Fernando. Caso Nardoni. Júri a céu aberto. Revista Jus Vigilantibus. 2008. Disponível em : <http://jusvi.com/artigos/33052>. Acesso em : 04. maio. 2019.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Mídia, processo penal e dignidade humana. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.n. esp. 2003.

LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2004. p. 253

MARTIN, Victor Gomez. Nuevas tendências em política criminal: una auditoría al código penal español. 3. ed. Buenos Aires: REUS, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio: o dicionário da língua portuguesa revisado conforme acordo ortográfico. 2. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FREIRE, Ranulfo de Melo. O papel da mídia na democracia. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11,n.134, p. 4-5, jan. 2004.

RIVERS, William; SCHARAMM, Wilbur. Responsabilidade na Comunicação de Massa. Apud BONJARDIM, Estela Cristina. O acusado, sua imagem e a mídia. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, Cícero Henrique Luís Arantes da. A mídia e sua influência no Sistema Penal . 2002. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br> . Acesso em : 07 maio. 2019.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Sales. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MENEZES, Ana Lúcia. Processo penal e mídia. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e o processo penal. A influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida á luz da constituição de 1988. Revista Brasileira de Ciência Criminais. Nº. 94. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

MASCARENHAS, Oacir Silva. A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo _id=8727?. Acesso em: 20/05/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ABORTO: UM ESTUDO SOBRE A DECISÃO DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO HABEAS CORPUS 124.306

NAIARA GARCIA PIRES:
Bacharelanda no curso de Direito pela Universidade Brasil.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO
(Orientador)

RESUMO: O tema aborto é controvertido diante de todos os vários fatores que o envolvem, como por exemplo, a sociedade, religião, a família, o direito da mulher sobre seu próprio corpo, além do direito à vida do nascituro e da liberdade. O aborto não se enquadra entre os preceitos onde o Estado dentro de suas atribuições que podem fazer cessar a vida. Atualmente a descriminalização do aborto é um tema em discussão, devidos aos altos índices de abortos praticados no país. O presente artigo terá o intuito de analisar a decisão da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 124.306 que determinou a concessão de habeas corpus para os proprietários de uma clínica de aborto investigados pela suposta prática de crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, afastando a prisão preventiva dos acusados. A pesquisa será realizada através de revisão bibliográfica e terá como objetivo tratar o crime de aborto, sua possível descriminalização tendo por base e fundamentação os julgados do Supremo Tribunal Federal, doutrinas e leis.

Palavras-Chave: Aborto. Direito à vida. Direitos reprodutivos. Gestação. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The issue of abortion is controversial in the face of all the various factors that surround it, such as society, religion, the family, women's rights over their own bodies, and the right to life of the unborn and to freedom. Abortion does not fit between the precepts where the state within its attributions that can make life cease. Currently the decriminalization of abortion is a subject under discussion, due to the high rates of abortions practiced in the country. This article intends to analyze the decision of the first class of the Federal Supreme Court in the Habeas Corpus 124,306 that determined the granting of habeas corpus for the owners of an abortion clinic investigated by the alleged practice of abortion crime with the consent of the pregnant woman and forming a gang, removing the pre-trial detention of the accused. The research will be carried out through a bibliographic

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

review and will aim to treat the crime of abortion, its possible decriminalization based on the grounds of the Supreme Court, doctrines and laws.

Keywords: Abortion. Right to life. Reproductive rights. Gestation. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ABORTO. 2.1 Conceito de aborto. 2.2 Tipos de aborto existente. 3. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER. 4. DIREITO A VIDA DESDE A CONCEPÇÃO. 5. HABEAS CORPUS 124.306. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

1. INTRODUÇÃO

O aborto é um tema polêmico que envolve diversos fatores, tais como religioso, jurídico, social, moral, bem como a autonomia da vontade da mulher e o direito de escolha.

O embrião é um ser humano em formação o qual carece da proteção da lei, pois o feto não é parte integrante do corpo da gestante e sim um ser independente com traços e genética única e exclusiva. (SOUZA NETO, 2017)

A discussão sobre a descriminalização do aborto está presente no meio jurídico desde os anos 60, quando houve a laicização do Estado e os protestos feministas que buscavam liberdade para a decisão da mulher de levar a gravidez à diante ou não. Vários Projetos de Lei para legalizar o aborto já foram colocados em votação, mas até o dia de hoje foram impedidos por uma democracia, de maioria religiosa (CASTRO, MICKOSZ, 2015).

A doutrina e a jurisprudência entram em confronto sobre o momento em que se dá o início da vida intrauterina para que se possa precisar em quais casos de interrupção da gravidez ocorreria ou não o delito de aborto.

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal têm tido em suas decisõesposicionamento favorável a descriminalização doaborto, conforme pode ser observado no julgamento do "habeas corpus nº 124.306 Rio de Janeiro" no qual foi entendido pela maioria dos ministros que se o aborto foi realizado até os três primeiros meses do período de gestação, não deve ser considerado como crime, tal decisão levantou novamente a discussão sobre a descriminalização do aborto.

Atualmente a prática de aborto é vista como uma questão de saúde pública, devido aos elevados índices de morbidade e mortalidade materna.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao tratar sobre aborto é necessário levar em consideração o direito a vida do embrião, bem como os direitos da mulher grávida.

O presente artigo tem o intuito de analisar a referida decisão do Habeas Corpus, bem como analisar o crime de aborto, os direitos do feto e os direitos da mulher grávida.

2. ABORTO

Neste capítulo será analisado o termo aborto, bem como as modalidades existentes.

2.1 Conceito de aborto

O Código Penal (BRASIL, 1940) não define o conceito de aborto.

Fernando Capez (2004) define aborto como sendo a interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção, ou seja, abortar consiste em eliminar a vida intrauterina.

Nucci (2015, p. 762) conceitua aborto como sendo a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião.

O dicionário conceitua o aborto como a Interrupção voluntária ou provocada de uma gravidez; o próprio feto expelido ou retirado antes do tempo normal.

2.2 Tipos de aborto existentes

O aborto pode ser realizado de forma natural, criminosa, acidental, e também de forma legal ou permitida.

O aborto natural não é considerado crime, por que ocorre quando há uma interrupção espontânea da gravidez, sem a participação de outrem.

O aborto acidental também não é crime, e ocorre em razão de algum acidente, como por exemplo, uma queda, acidente de carro, traumatismos, etc.

O aborto legal ou permitido se subdivide em: terapêutico ou necessário; aborto sentimental ou humanitário; aborto eugênico, eugenésico ou embriopático; e aborto de feto anencéfalo.

O Código Penal no artigo 128 permite o cometimento do aborto, sendo estas as únicas modalidades legalmente conferidas, podendo cessar a gravidez, provocando a morte do feto ou embrião.

> Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> II - a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O Aborto terapêutico ou necessário possui como fundamento o estado de necessidade, ou seja, a gravidez é interrompida por recomendação médica com finalidade de salvar a vida da gestante. O estado de necessidade é uma das excludentes de ilicitudes trazidas pelo Código Penal (BRASIL, 1940), nos termos dos artigos 23 e 24. O estado de necessidade é entendido como o sacrifício de um interesse jurídico protegido, para salvar de perigo inevitável o direito do próprio agente.

O aborto sentimental ou humanitário ocorre no caso de a mulher ser vítima de estupro e engravidar do estuprador, e por essa razão, a mulher é autorizada legalmente a interromper a gravidez, se esta for sua vontade.

O aborto eugênico não foi recepcionado pelo Código Penal, o mesmo trata-se da interrupção da gravidezcausando a morte do feto ou embrião para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos.

O aborto de anencéfalo, foi autorizado pelo Supremo Tribunal Federal através de ADPF - Arguição de Descumprimento ao Preceito Fundamental no ano de 2012, uma vez que a anencefalia é definida como uma má-formação do cérebro e do córtex do bebê, e não há expectativa de vida aos mesmos, pois não existe vida extrauterina sem cérebro, e dessa forma, mesmo que o feto esteja biologicamente vivo, estando ele sem cérebro é juridicamente morto.

O aborto criminoso é aquele vedado pelo ordenamento jurídico.

O Código Penal (BRASIL, 1940) dispõe em seus artigos 124 à 127 as condutas típicas de abortamento, o qual nota-se que o objeto jurídico tutelado é a vida da pessoa humana, e quando se tratar de aborto provocado por terceiro há dois objetos jurídicos defendidos, o direito à vida do feto, e a incolumidade física e psíquica da gestante.

No artigo 124 do Código Penal (BRASIL, 1940) está definido o crime de aborto provocado pela gestante ou aborto realizado com seu consentimento.

> Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena - detenção de um a três anos.

Este artigo contém duas figuras, quais sejam, o aborto provocado pela própria gestante, que é chamado de autoaborto e o consentimento da gestante para que outrem lhe provoque o aborto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que se refere ao consentimento, o crime é duplo, respondendo a gestante, pelo consentimento dado a outrem para o cometimento do crime, pela prática do artigo 124, e ao terceiro que pratica os atos materiais do aborto, que incorre nas penas do artigo 126 do Código Penal.

No autoaborto o sujeito ativo sempre será a gestante, admitindo a participação de outrem, sendo realizado através de incentivos verbalmente para que possa ingerir medicamentos e o sujeito passivo será o feto ou embrião, o produto da concepção.

O artigo 125 do Código Penal, dispõe sobre a conduta praticada que se classifica como aborto provocado por terceiro.

> Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Esta modalidade é considerada a mais grave do crime de aborto, por caracterizar a hipótese em que não há qualquer tipo de autorização para realizar o aborto por parte da gestante, ocorrendo por meio de agressão ou introdução de substância abortiva na bebida, ou quando há uma autorização da gestante, mas esta não tem valor jurídico, motivos elencados no artigo 126do Código Penal.

> 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 débil mental, ou se o consentimento é obtido com emprego de fraude, grave ameaça ou violência.

Nesta modalidade, o crime é classificado como comum, pois qualquer pessoa

pode ser sujeito ativo na conduta, tanto médicos como terceiros, sendo possível a participação, como outro que presta a assistência para realização da curetagem.

Nesse seguimento, o tema principal deste artigo começa a ser desenvolvido, uma vez que é comum a associação clandestinade várias pessoas com o intuito de formar uma clínica de aborto para atendimento de mulheres gestantes com o fim de interromper a gestação por meio de pagamentos consideráveis, o que ocorreu com o caso julgado do HC 124.360/RJ dando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

procedência e considerando a prática do crime controvertido com a Constituição Federal da República de 1988.

Os que colaboram respondem por crime de quadrilha, tipificado no artigo 288 do Código Penal, além dos crimes de aborto que tenham provocado ou para os quais hajam colaborado, em concurso material, no entanto as mulheres grávidas que realizaram aborto em tal clínica não integram a quadrilha, respondendo apenas pelo consentimento para o aborto prestado em seu caso concreto.

> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
>
> Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

É importante destacar que quando se tratar do aborto consentido pela gestante, é imprescindível que haja o consentimento desta para que seja classificado como a conduta tipificada pelo artigo 126 do Código Penal, sendo necessário que tal autorização perdure até o momento do ato.

O aborto em todas as suas figuras típicas é crime material, de resultado naturalístico, exteriorizado, perceptível aos sentidos, de modo que, se exige o exame de corpo de delito. (CIARDO, 2015).

3. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

Os direitos sexuais e reprodutivos são parte integrante dos direitos humanos e, basicamente, abrangem o exercício da vivência da sexualidade sem constrangimento, da maternidade voluntária e da contracepção autodecidida.

Os direitos sexuais são os direitos que garante que toda e qualquer pessoa pode viver sua vida sexual com prazer e livre de discriminação.

Os Direitos reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.

A natureza dos Direitos Reprodutivos envolve assegurar direitos relativos à autonomia e autodeterminação das funções reprodutivas, que correspondem às liberdades e aos direitos individuais. E direitos de dimensão social, como aqueles

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

relativos à saúde, educação, segurança, que têm como finalidade proporcionar as condições e os meios necessários para a prática livre, saudável e segura das funções reprodutivas e da sexualidade.

Portanto, a concepção dos Direitos Reprodutivos não se limita à simples proteção da procriação humana, como preservação da espécie, mas envolve a realização conjunta dos direitos individuais e sociais referidos, por meio de leis e políticas públicas que estabeleçam a equidade nas relações pessoais e sociais neste âmbito. No que se refere ao conceito de direitos sexuais e reprodutivos surge uma das primeiras divergências inerentes a discussão, pois o conceito de Direitos Reprodutivos, apesar das oposições existentes, encontra-se legitimado.

Já o conceito de Direitos Sexuais ainda não tem o reconhecimento na sua extensão ideal. Em geral, esses direitos sexuais são reconhecidos nas leis e políticas públicas correlacionados aos Direitos Reprodutivos, utilizando-se a expressão "Direitos Sexuais e Reprodutivos", mas não isoladamente.

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres sofreram com um histórico de negação de direitos, pois ainda hoje elas lutam para que possam ter plena liberdade sexual e reprodutivas, daí a questão da criminalização do aborto que nega as mulheres o direito da autonomia sobre o seu próprio corpo. Porém, o feto gerado também possui direitos e é necessário lutar por eles.

Os direitos reprodutivos englobamalguns direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos, em outros documentos consensuais. Tais direitos se fudam no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre ter ou não filhos, a quantidade, bem como de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de usufruir do melhor padrão de saúde sexual e reprodutiva.

O efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva e que têm na Atenção Primária em Saúde (APS) uma das suas grandes áreas de atuação. Portanto, a exigência de que o Estado garanta esses direitos está intimamente articulada ao trabalho dos profissionais de saúde, de modo que, dependendo de seu posicionamento no atendimento à clientela, tal garantia pode ser comprometida. (LEMOS, 2014)

O direito à saúde está previsto na Constituição Federal, sendo obrigação do Estado prover os serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O direito das mulheres à saúde deve ser compreendido de forma integral, ou seja,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

considerando as mulheres não apenas em suas funções reprodutivas, mas também como indivíduos autônomos que merecem desfrutar de pleno acesso aos serviços de saúde, sendo estes relacionados ou não à maternidade.

4. DIREITO A VIDA DESDE A CONCEPÇÃO

A vida tem um conceito muito amplo e possui formas de entendimento complexos onde se pode admitir várias definições. A vida é um estado caracterizado pela capacidade de apresentar metabolismos, desenvolvimento, reação, estímulos e reprodução. (ALVES, 2015)

A Constituição Federal de 1998 em seu artigo 5º, caput garante o direito à vidacriminalizando o abortopara proteger a vida do feto.

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

Maria Helena Diniz (2014) explica que a vida humana está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, e deve ser protegida contra quem quer que seja.

Moraes (2014, p.34) aduz que:

> O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

Desde modo, conclui-se que o direito à vida é um requisito essencial aos outros direitos, já que sem ele não há objetivo para as normas legais.

Leciona Prado (2008, p. 105):

> O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art. 5° caput, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são seus titulares. Logo, e evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina).

Esta garantia não cabe apenas aqueles que nasceram vivos, mas também aos nascituros.

O direito a vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O nascimento com vida é o marco inicial da personalidade. Todavia, respeitam-se os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento

já começa a formação de um novo ser humano.

O artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe que:

> Artigo 2: a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

É de extrema importância estabelecer as garantias do nascituro e proteger sua personalidade, ainda mais porque devido aos avanços tecnológicos, e da genética, é fundamental proteger a figura do embrião.

O conceito de nascituro aparece no momento em que ocorreu a fertilização entre um espermatozoide com o óvulo. Vale ressaltar que neste momento ainda não cabe a afirmação que o nascituro possui personalidade jurídica, como previsto no item acima. Dessa forma, cabe afirmar a inspiração do Código Civil Brasileiro na Teoria Natalista, a qual garante, em regra seus direitos, no momento de seu nascimento.

O embrião é de quando se está em fase de diferenciação orgânica, da segunda à sétima semana depois da fecundação, etapa conhecida como período embrionário. Origina-se do embrioblasto, estrutura multicelular que, em conjunto com o e a blastocele, constitui o blastocisto recém-implantado no endométrio.

O feto representa a fase do desenvolvimento intrauterino que segue à fase embrionária até o nascimento, e que acontece após o segundo ou terceiro mês de fecundação. Seus órgãos já são formados, e apresenta características distintas da espécie humana. A transição entre o estágio embrionário e o estágio fetal opera-se em torno da oitava semana após a fecundação, ou da sétima após a implantação. Tais definições não são completamente fechadas, sendo, inclusive, muitas vezes confundidas no meio jurídico, o que leva a interpretações diversas, mas é a partir destes termos que se pode compreender as teorias desenvolvidas acerca do início da personalidade consequentemente, de proteção jurídica. (AGUIAR, 2016)

A teoria da concepção preceitua que o início da vida ocorre no momento da fertilização do óvulo, nascendo assim, a personalidade do indivíduo, durante sua concepção. Diferentemente do embrião, o nascituro possui proteção jurídica, sendo que o nosso ordenamento veda expressamente qualquer ato contra à vida do nascituro, tipificando assim o ato de abortar, independente da fase da gravidez,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

protegendo assim, a integridade física e moral, nos termos dos artigos 124 e seguintes do Código Penal.

Sendo assim o direito à vida também é assegurado ao nascituro.

Conforme já dito, o direito à vida é um pré-requisito a existência, para que todos os indivíduos possam exercer seus direitos, por essa razão, ao nascituro também se engloba este direito, pois sendo uma vida de fato, também têm seus direitos resguardados e definidos em lei. Se o feto nascer com vida todos os direitos inerentes aos já nascidos lhe serão atribuídos.

O Estado tem a obrigação de prover um desenvolvimento digno e sadio ao nascituro e a mãe tem direito a realização do atendimento pré e perinatal, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

O direito à vida é superior aos demais direitos dos homens, e sendo de indiscutível importância, atinge o nascituro mesmo nesta condição suspensiva de direitos.

Portanto, o aborto é uma prática que fere a Constituição Federal por afligir a inviolabilidade do direito a vida, sendo necessária a conscientização das pessoas, para que percebam que o nascituro tem o direito de ter sua vida preservada independente da situação.

5. HABEAS CORPUS 124.306

O Habeas Corpus 124.306/RJ foi impetrado pela defesa de dois pacientes que, segundo a denúncia, mantinham uma clínica de aborto e foram presos em flagrante. O Juízo da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias/ RJ concedeu a liberdade provisória aos acusados de suposta prática dos crimes previstos nos artigos 126 e 128 do Código Penal – respectivamente, tipo penal do aborto e formação de quadrilha.

Todavia, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso interposto pelo Ministério Público, para que fosse decretada a prisão preventiva dos pacientes, sob o fundamento de garantia da ordem pública e necessidade de assegurar a aplicação da lei. Em razão disso, interpôs a defesa um recurso diante do Superior Tribunal de Justiça, que não foi conhecido pela Corte.

Com base no deslinde processual descrito acima, a defesa recorreu ao instrumento de Habeas Corpus proposto diante da Suprema Corte, no intuito de revogar o pedido de prisão preventiva, sob as alegações de que não se observava na presente situação os requisitos mínimos necessários para a decretação de prisão preventiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em 29/11/2016 descriminalizar o aborto no primeiro trimestre da gravidez.

Segundo voto do ministro Luís Roberto Barroso, o colegiado entendeu que são inconstitucionais os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto. O entendimento, no entanto, vale apenas para um caso concreto julgado pelo grupo naquela data.

A decisão da Turma foi tomada com base no voto do ministro Luís Roberto Barroso. Para o ministro, a criminalização do aborto nos três primeiros meses da gestação viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o direito à autonomia de fazer suas escolhas e o direito à integridade física e psíquica.

> Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

O julgado versa sobre a concessão de habeas corpus para os proprietários de uma clínica de aborto pela suposta prática deste crime com o consentimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da gestante e formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal), acarretando, a decisão, no afastamento da prisão preventiva dos acusados.

Para o ministro, o bem jurídico protegido que é a vida potencial do feto, é "evidentemente relevante", mas o mesmo acredita que a criminalização do aborto antes do primeiro trimestre de gestação é uma violação aos diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. (SOUZA NETO, 2014)

Os bens jurídicos violadosapontadossão a autonomia da mulher, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o direito à integridade física e psíquica, a igualdade de gênero, bem como a discriminação social existente e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres. (SOUZA NETO, 2014)

Ainda de acordo com o ministro a criminalização do aborto viola o princípio da proporcionalidade por não proteger devidamente a vida do feto ou impactar o número de abortos praticados no país. "Apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro", disse. "A medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios." (SOUZA NETO, 2014)

Tal decisão gerou discussões diversas entre juristas, cientistas, cidadãos acerca da sua legitimidade, causando perplexidade em determinar quando se inicia a vida, função que não cabe ao judiciário, ultrapassando os limites do poder, motivo pelo qual foi considerada, pela grande maioria, uma decisão ativista, inconstitucional, contrariando os mais diversos direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano. (SOUZA NETO, 2014)

A referida decisão se tornou parâmetro para outros recursos em casos semelhantes àquele.

Abaixo segue transcrito uma jurisprudência de um embargo de declaração julgado pela Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO VOTO CONDUTOR DA MAIORIA NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO A RESPEITO DA TIPICIDADE DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 124 E 126 DO CÓDIGO PENAL. Hipótese em que, muito embora o voto não tenha tratado de especificar expressamente que os fatos narrados se constituem típicos em razão da prova da materialidade dos tipos penais descritos nos arts. 124 e 126 do Código Penal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> trouxe justificativa suficiente capaz de indicar a ocorrência dos delitos. Assim, por corolário lógico, somente por restar convencida da tipicidade é que foi lançado um juízo pronunciatório. Não posso concordar com o encerramento prematuro da presente ação penal com o decreto de absolvição sumária, diante da prova produzida nos autos, a envolver a complexidade de acusação que envolve a expulsão de feto com vida do útero materno, conforme registrado na peça acusatória, admitida, por maioria, por ocasião do julgamento da Apelação. Prevalece nessa fase o princípio do in dubio pro societate. O julgamento do HC n. 124.306 ocorreu de forma incidental pelo e. Supremo Tribunal Federal e não gerou, ao menos em tese, efeito vinculante; ademais, não há qualquer decisão expressa sobre a inconstitucionalidade dos arts. 124 ou 126 do Código Penal, não podendo os tribunaisinferiores simplesmente afastarem a aplicação de uma norma penal sem que tenha precedido a decisão de discussão no Tribunal Pleno, em sede de controle da constitucionalidade, que somente neste caso, produziria reflexos sobre todos. Logo, como configuram crimes a prática de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da pessoa grávida, não há como se acolher a tese defensiva a partir de um julgado isolado do e. STF. RECURSO ACOLHIDO PARA SANAR AS OMISSÕES, SEM, CONTUDO, ALTERAR O RESULTADO DA APELAÇÃO. (Embargos de Declaração Nº 70080022221, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 18/12/2018).(TJ-RS - ED: 70080022221 RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Data de Julgamento: 18/12/2018, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/02/2019)

No caso, o juiz não levou em consideração o voto do ministro Barroso, para julgar da mesma forma, uma vez que argumentou que a decisão do Habeas Corpus, não gerou efeito vinculante; ou seja, aquela fuma decisão única e exclusiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que não anulou os artigos 124 ou 126 do Código Penal, mesmo com a alegação de inconstitucionalidade e, portanto não deve ser adotada nos demais casos.

6. CONCLUSÃO

O início da vida humana não deve ser apresentado como uma questão predominantemente religiosa, pois é, sobretudo, um tema científico, biológico e genético. A fecundação da célula germinativa feminina (óvulo) pela célula germinativa masculina (espermatozoide) dá início a um processo constitutivo da pessoa humana. O desenvolvimento do cérebro e do sistema nervoso como um todo começa em 3 semanas, com a diferenciação celular que forma a placa neural ao longo do dorso do embrião.

O posicionamento da 1ª Turma do STF, da não ocorrência de crime no aborto quando este for realizado até o 3º mês, por não haver sistema nervoso completamente formado, o que impossibilitaria a vida fora do útero, é um argumento que não condiz com a explicação genética, além de que o ordenamento jurídico brasileiro protege o feto de forma progressiva e o direito à vida é um direito primordial sem o qual nenhum outro direito terá valia.

A morte de mulheres devido ao aborto, que certamente é um problema, não deve ser considerada um problema de saúde pública, e sim um problema que ocorre pela falta de políticas públicas em favor da mulher, especialmente na área de atendimento da sua saúde integral e social, particularmente durante a gestação e parto, visando a preservação da vida e da saúde tanto da mulher quanto da criança.

A legalização do aborto não diminui os problemas causados a mulher sejam eles físicos ou psicológicos que elas trarão consigo.

A legalidade do aborto segundo o código penal é dividido em dois tipos: aborto necessário, quando resguarda a vida da mulher que está em risco; aborto sentimental ou humanitário legalizado para vitimas de estupro para resguardar a saúde psicológica da vitima.

Os casos em que a pratica do aborto não deve ser considerado crime, já estão devidamente previstos legalmente e não devem ser modificadas, uma vez que o crime de aborto não se enquadra entre os preceitos onde o Estado dentro de suas atribuições pode fazer cessar a vida.

REFERÊNCIAS

[1] AGUIAR, Guilherme Menezes. **Direito do nascituro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48678/direito-do-nascituro/5>. Acesso em: 15 Abr. 2019.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[2] ALVES, Jessika. **Direito à vida – aborto.** Disponível em: <https://jessickaalves.jusbrasil.com.br/artigos/184767170/direito-a-vida-aborto>. Acesso em: 10 Jan. 2019.

[3] BRASIL. **Código Penal.**Decreto Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 Mar. 2019.

[4] BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 Jan. 2019.

[5] BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 Jan. 2019.

[6] CAPEZ, Fernando. **Direito Penal:** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.p 108.

[7] CASTRO, Isis; MICKOSZ, Luiz Afonso Deliberador. **Direito à vida X aborto.**Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45006/direito-a-vida-x-aborto>. Acesso em: 10 Abr. 2019.

[8] CIARDO, Fernanda. **Do Aborto - Artigo 124 a 128 do Código Penal.**Disponível em: <https://ferciardo.jusbrasil.com.br/artigos/177420435/do-aborto-artigo-124-a-128-do-codigo-penal>. Acesso em: 15 Abr. 2019.

[9] CROCE, Delton. **Manual de medicina legal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[10] Dicionário online de português. **Aborto.** Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aborto/>. Acesso em: 26 Mar. 2019.

[11] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 9. ed. rev. Aum. e. atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

[12] LEMOS, Adriana. **Direitos sexuais e reprodutivos: percepção dos profissionais da atenção primária em saúde.** Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/sdeb/2014.v38n101/244-253/>. Acesso em: 12 Abr. 2019.

[13] MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado.** parte especial. vol. 2 7.ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. rev. atual. e ampl.15.ed Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[15] SILVA, Juliana Simão da; MIRANDA, Fernando Silveira de Melo Plentz. **Dos direitos do nascituro.** Disponível em: <http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/juliana_drt_20111.pdf>. Acesso em: 12 Mai. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[16] SOUZA NETO, Wilson de Castro. **Aborto uma afronta ao direito à vida.**Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aborto-uma-afronta-ao-direito-a-vida,590156.html>. Acesso em: 22 Nov. 2018.

[17] _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306.** Impetrante: Jair Leite Pereira. Impetrado: Superior Tribunal De Justiça. Pacientes: Edilson Dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de ago. de 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 10 Jan. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO PELA REFORMA TRABALHISTA

VICTOR HUGO MODA DE ALMEIDA: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(Orientador)

RESUMO:O presente trabalho vem falar a respeito da inconstitucionalidade da tarifação do dano moral trabalhista, inserida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Lei n.13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Essa Reforma Trabalhista, assim como foi chamada, trouxe uma série de alterações bastante polemica dos direitos dos trabalhadores. A inserção do "Título II – A: Do dano Extrapatrimonial", artigos 223-A ao 223-G na CLT, estabeleceu parâmetros e limites questionáveis para as indenizações decorrentes, mesmo após a edição da MP n. 808/2017. Assim, buscou-se responder se tal alteração é inconstitucional bem como os fundamentos que tornam a tarifação ofensiva aos princípios e regras da Constituição Federal de 1988. Conclui-se, portanto, essa tarifação seria inconstitucional visto que ela afronta diversos artigos que estão presentes na Constituição. O método de raciocínio utilizado será o dedutivo, onde poderá se atingir uma proposição específica a partir de proposições gerais e mais amplas. O tipo de pesquisa será bibliográfico, documental, e tematizada, pois para escrever o presente trabalho usarei doutrinas, artigos jurídicos, observarei outras monografias, e usarei a internet como apoio.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Tarifação. Dano Moral.

ABSTRACT: This paper discusses the unconstitutionality of the labor moral damage taxation, inserted in the Consolidation of Labor Laws (CLT), by Law n.13.467 / 2017 (Labor Reform). This insertion of "Title II - A: From Extra-Patrimonial Damage", Articles 223-A to 223-G in the CLT, established parameters and questionable limits for the damages, even after the publication of MP n. 808/2017. Thus, it was sought to answer if such a change is unconstitutional as well as the grounds that make the charging offensive to the principles and rules of the Federal Constitution of 1988. It is concluded, therefore, that this tariff would be unconstitutional since it faces several articles that are present in the Constitution. The method of reasoning used

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

will be the deductive, where a specific proposition can be reached from broader and general propositions. The type of research will be bibliographic, documentary, and telemetered, because to write this work I will use doctrines, legal articles, observe other monographs, and use the internet as support.

Keywords: IN constitutionality. Moral damage.

Sumário: Introdução. A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017 1.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO NA CLT)1.1.1 Análise dos artigos inseridos pela Lei n. 13.467/2017 (Título II-A da CLT) com base na CF/88 1.1.2 Análise da Medida Provisória n. 808/2017 com base na CF/88 1.2 PRECEDENTES. 1.2.1 Precedente do STF: Lei de Imprensa 1.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5870 1.4 PANORAMA GERAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Sendo de iniciativa do antigo presidente da república Michel Temer, a Lei 13.467/2017, foi definido por alguns como sendo um marco de modernização e flexibilidade, que visava diminuir o desemprego.

Essa Reforma Trabalhista, assim como foi chamada, trouxe uma série de alterações bastante polemica dos direitos dos trabalhadores, apresentadas em meio ao cenário de crise política e econômica, de modo demasiadamente célere que resultou na necessidade de elaboração da Medida Provisória n. 808/2017 - que alterou diversos dispositivos da referida lei - apenas 03 (três) dias após a o fim da vacatio legis.

Dentre as inúmeras alterações trazidas pela Reforma, reconheceu-se a discussão que gira em torno do questionável "Título II-A: Do Dano Extrapatrimonial" da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que adotou o Sistema Tarifário de Indenizações. Assim, buscou-se responder se tal alteração é inconstitucional bem como os fundamentos que tornam a tarifação ofensiva aos princípios e regras da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além disso, o fundamento desse estudo justifica-se pela atualidade do tema que afeta diretamente o trabalhador brasileiro, que é a grande maioria da população deste país. Ademais, o Direito do Trabalho possui como princípio máximo a proteção do trabalhador, e a Constituição Federal de 1988 institui uma série de princípios como o da isonomia que estão sendo desrespeitados por tais inovações. Portanto é inquestionável a relevância da análise de dispositivos que possam ir de encontro a esses e outros valores tão importantes que sedimentam a ordem constitucional que rege o Brasil.

Este estudo tem como objetivos: mostrar que a reforma trabalhista em relação a tarifação do dano moral é totalmente inconstitucional.

A metodologia apresentada será a pesquisa bibliográfica, documental, e tele matizada, pois para escrever o presente trabalho usarei doutrinas, artigos jurídicos, observarei outras monografias, e usarei a internet como apoio.

1 A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DO SISTEMA TARIFÁRIO PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017)

Os costumes de uma sociedade e o momento histórico que ela vive influenciam diretamente na ciência do Direito. Sendo assim, o momento em que uma lei é criada, dirá muito sobre ela.

Devemos ressaltar que a crise política e econômica no Brasil tem se alastrado em diversos âmbitos do governo e da sociedade.

Diante disso, surgiu a Reforma Trabalhista, como também o levantamento de hipóteses como a Reforma da Previdência, o Congelamento dos Gastos Públicos, privatizações, ações essas que nos passa uma ideia duvidosa.

As principais mudanças com a Reforma Trabalhista estão relacionadas à: O direito Individual Trabalhista, O Direito Coletivo Trabalhista e o Direito Processual do Trabalho.

Destaca-se as mudanças no Direito Individual do Trabalho como por exemplo: desrespeitos a normas de inclusão de pessoas vulneráveis no mercado de trabalho o esvaziamento do princípio da igualdade material; desconstrução do arcabouço constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

trabalhador; o Desprezo à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social; e descaracterização da natureza salarial de parcelas pagas ao empregado no contexto da relação de emprego.

Já quanto ao Direito Coletivo do trabalho, houveram as seguintes alterações: as restrições graves ao acesso à justiça por parte dos trabalhadores, individualmente ou coletivamente considerados, além dos próprios sindicatos, o alargamento extremado dos poderes de negociação coletiva trabalhista; o enfraquecimento do sindicalismo no país.

Já no Direito Processual do Trabalho as mudanças foram: instigação de práticas censórias pela autoridade judicial; restrições graves de acesso à Justiça, das quais se destaca a remodelação do instituto constitucional da Justiça Gratuita de forma desfavorável aos que não possuem condições; restrição da atuação dos Tribunais do Trabalho na construção da jurisprudência trabalhista.

Há ainda uma série de outras contradições da Reforma, entre elas está a permissão da terceirização dos serviços da atividade principal da empresa, que antes da Reforma era proibido.

Sendo assim, o que se percebe é que os que defender a Reforma pensam que com ela haveria o fim da modernização e flexibilização das normas previstas na CLT, sendo vista como uma boa medida para a diminuição das taxas de desemprego, impulsionando assim a Economia.

Porém, na contramão do que parece, a Reforma só irá favorecer uma minoria, no caso os grandes empresários, desfavorecendo a classe trabalhadora, que é maior parte da população brasileira.

Em meio a crise, que sempre é ocasionada pela corrupção que encontrasse em nossa cultura, seja nos setores privados ou públicos a história da humanidade sempre se repete, os menos favorecidos sempre sofrem as consequências da péssima administração por parte do Estado.

Dessa forma, pode-se verificar que há um grave recuo do Constitucionalismo no Brasil, com retorno à princípios liberais que foram tão prejudiciais à classe operária no decorrer da Revolução Industrial. O que ocorre de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

fato é descaracterização do Estado Democrático de Direito, a partir do momento em que se fere a Constituição Brasileira, que é fundamentada no Constitucionalismo Humanitário, e não nos paradigmas antecessores, que remontam aos séculos XIX e XX. Nesse sentido, complementa Braghini (2017, p. 39):

> "A primazia jurídica do valor da dignidade da pessoa humana, no contexto contemporâneo, corresponde à resposta institucional no âmbito da comunidade jurídica internacional (incrustado na consciência universal) a "crise do positivismo jurídico", eis que os regimes totalitários do fascismo e nazismo foram movimentos políticos e militares que acenderam ao poder dentro de um quadro de legalidade, e promoveram a barbárie em nome da lei, os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa aos crimes cometidos, havendo consenso ao entorno de um repúdio à concepção positivista de um ordenamento indiferente aos postulados éticos, confinado à ótica meramente formal."

O que se verifica, é que a Reforma Trabalhista afronta princípios trabalhistas que estavam previstos perante a Constituição, tais como da independência dos poderes, a dignidade da pessoa humana, da proteção, da aplicação da norma mais favorável, do acesso à justiça, a proibição do retrocesso entre tantos outros que não é necessário cita-los,

1.1 A inconstitucionalidade da adoção do sistema tarifário na CLT

Há no texto da lei da Reforma Trabalhista inúmeras inconstitucionalidades e desrespeito ao Direitos e Garantias fundamentais, destacando-se no presente trabalho um titilo que foi inserido na CLT que está presente no Título II-A- Do Dano Extrapatrimonial, que está expresso nos artigos 223-A ao 223-G, que em diversos pontos é contrário ao que diz a Constituição Federal de 1988.

Primeiramente será feito a análise dos artigos instituídos pela Lei 13467/17, e depois as alterações feitas pela Medida Provisória 808/2017 serão abordadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.1.1 Análise dos artigos inseridos pela Lei n. 13.467/2017 (Título II-A da CLT) com base na CF/88

Abordaremos nesse tópico os artigos que foram inseridos pela Lei 13.467/17, suas alterações e inconstitucionalidades, sem antes serem feitas as alterações da Medida Provisória 808/17.

O artigo 223-A, que pertence ao novo título da CLT, é o que inaugura a inconstitucionalidade do tema: "Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. "

Sobre as incongruências do referido artigo dispõem Delgado e Delgado (2017, p. 145):

> [...] O art. 223-A menciona que à matéria enfocada no referido Título II-A [...] aplicam-se "apenas os dispositivos deste Título". Mas a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do preceito legal demonstra, às escâncaras, que há um conjunto normativo geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigorantes no Brasil, que incide, sem dúvida, na regulamentação da matéria abrangida por esse título especial agora componente da Consolidação. Ademais, havendo alguma necessidade de integração jurídica, incidem, sim, as regras sobre indenizações por dano moral insculpidas no Código Civil Brasileiro e em outros diplomas normativos da República, respeitada a compatibilidade de tais regras externas com os princípios e a lógica jurídica estrutural da Consolidação das Leis do Trabalho [...]. A propósito o próprio art. 223-F, caput e §§1º e 2º, se refere à indenização por dano material, sem fornecer qualquer critério para a sua avaliação e seu cômputo – circunstância que demonstra óbvia lacuna normativa, tornando essencial a integração jurídica com respeito às regras do Código Civil de 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A Constituição Federal aborda esse tema e classifica os direitos da personalidade sendo materiais ou extrapatrimoniais, direitos esses que são cláusulas pétreas perante a Constituição, deixando clara a inconstitucionalidade do referido artigo.

Assegurando o que diz o princípio da reparação integral quanto aos danos materiais e extrapatrimoniais, o artigo 5° da Constituição, nos incisos V, X, XII, garantem a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurada a indenização cabível e o sigilo de dados, correspondências e comunicações.

Ainda tem-se também o artigo 7°, XXVIII, da Constituição que assegura ao trabalhador o direito a ter um seguro acidente de trabalho, que deve ser pago pelo empregador, mais ainda a indenização que o mesmo empregador está sujeito se tiver dolo ou culpa no acidente. Uma não exclui a outra.

Deve-se considerar que nenhuma norma é capaz de prever o desenvolvimento social que está em constantes mudanças. Dessa forma, a CLT, precisa de uma fonte subsidiaria, como está estipulado no seu artigo 8, § 1º.

Assim, se houver lacuna legislativa na CLT, deve se usar outros códigos como por exemplo o Código Civil, artigos 186, 187, 927, 944, todos utilizados como parâmetro para fixar o valor da indenização, sem nunca contrarias as disposições presentes na Constituição.

Em seguida vamos analisar o artigo "art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. "

Sobre o conteúdo do artigo, opinam Delgado e Delgado (2017, p. 146):

> "Como parâmetro geral, o preceito é evidentemente válido. Porém, conforme se conhece da diversidade das situações sócio jurídicas existentes no mundo do trabalho, há pretensões que podem, sim, ser de titularidade de pessoas físicas ligadas afetiva, econômica e/ou juridicamente à pessoa humana afrontada, tal como pode ocorrer com a(o) esposa(o)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ou a (o) companheira(o) e os filhos da vítima de danos extrapatrimoniais. Na hipótese do evento morte da vítima, tais pretensões são manifestas e, em princípio, garantidas, abstratamente, pela ordem jurídica (embora, é claro, na prática, fiquem na dependência das indenizações previstas no Direito).”

O referido artigo é polêmico, pois de acordo com sua gramatica, seria excluída a indenização em caso de morte do empregado, quando dispõe que é exclusiva a reparação ao ofendido. Mas, esse artigo estaria em confronto com o que dispõe o artigo 5º, XXX, da Constituição, que assegura o direito a herança, sem falar ainda no artigo 12 do Código Civil, que dá direito aos sucessores em pleitear a indenização decorrente de danos extrapatrimoniais sofridos pelo falecido.

Houve também a fixação de que os danos extrapatrimoniais se aplicam a pessoa jurídica, permitindo que as empresas acionem o empregado caso haja difamação da marca ou dos procedimentos do empregado.

> “Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. ”

Em relação ao artigo acima colacionado, Silva (2017, p. 60) questiona: “quem poderá falar que o rol do art. 223-C é taxativo? [...] mas, de plano, se esqueceu de assuntos muito delicados, como a dispensa de pessoas em idade avançada [...] e assuntos ligados à nacionalidade do empregado [...]”. Desse modo, “ao que parece, a vontade do legislador foi estabelecer um rol numerus clausus. No entanto, a melhor interpretação é considerá-lo como um rol meramente exemplificativo, sob pena de vulneração do princípio da restituição integral”. (NAHAS, et al., 2017, p. 199).

“Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.” O referido artigo “expressamente autoriza a reparação de dano extrapatrimonial da pessoa jurídica [...] abraçando a tese de que a pessoa jurídica pode sofrer dano extrapatrimonial, segundo a jurisprudência e doutrina nesse sentido.” (CASSAR, 2017, p. 111).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse caso, o sigilo das correspondências deveria também ter sido atribuído a pessoa física, já que no artigo 5°, XII, da Constituição está disposto como um direito fundamental individual.

O artigo 223-E traz a solidariedade entre os indivíduos que juntos lesionaram alguém o que já era previsto no artigo 942, do Código Civil: "Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. "

O penúltimo artigo do Título II-A da CLT, dispõe que:

> Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.
>
> § 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.
>
> § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

NAHAS, et al.(2017, p. 200), faz uma análise relevante sobre o art. 223-F, caput, e §§1º e 2º:

> "t A reforma consagra o entendimento jurisprudência e doutrinário de que a reparação por danos pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.: O STJ possui a Súmula. 37 a respeito: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" O dispositivo da CLT é mais abrangente, pois fala em cumulação não só dos danos morais, mas também dos extrapatrimoniais, como por exemplo, os danos estéticos. Na hipótese de condenação, a sentença deverá discriminar os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Contudo, Silva (2017) pensa de uma forma diferente, que questiona a ausência dos danos estéticos no art. 223-F, que apesar de figurarem como danos indenizáveis pela jurisprudência do TST e do STJ, não se pode fazer uma interpretação expansiva de uma norma restritiva. Concluindo pela probabilidade de que os danos estéticos não estejam submetidos à tarifação. Acrescenta, por fim, que a tese danos estéticos são danos extrapatrimoniais, não encontra fundamento científico.

Por último encontramos o artigo 223-G que encerra este novo título da CLT, sendo considerado o que mais gerou críticas.

> "Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
>
> I - a natureza do bem jurídico tutelado;
>
> II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
>
> III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
>
> IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
>
> V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
>
> VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
>
> VII - o grau de dolo ou culpa;
>
> VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
>
> IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
>
> X - o perdão, tácito ou expresso;
>
> XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
>
> XII - o grau de publicidade da ofensa.
>
> § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
>
> I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
>
> IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.
>
> § 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1ºdeste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.
>
> § 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização."

Ao observar esse artigo, o juiz tem do inciso I a XII como critérios para estabelecer o valor da indenização. Sendo assim, se o juiz não fundamentar cada um desses critérios, a sentença pode ser nula por omissão, fazendo com que haja uma dosimetria das indenizações.

É nesse artigo que está instituída a tarifação das indenizações, que fere o princípio da igualdade, pois assim os menos favorecidos terão um dano moral de menor valor.

É possível notar que esse artigo inteiro é inconstitucional, pois os direitos fundamentais são universais, devendo ser tutelado para todos os seres humanos, não devendo a situação econômica de o ofendido influenciar no valor de sua indenização por dano extrapatrimonial.

BARBA FILHO (2017) destaca que a indenização deve ser arbitrada segundo o pedido, e não conforme a causa de pedir::

> "Não coincidem, nem há litispendência entre demandas, quando embora o pedido seja o mesmo (e.g. indenização por danos morais), a causa de pedir seja distinta (i.e. um pedido de danos morais em razão de humilhações e um pedido de danos morais decorrente de violência física). Se um trabalhador, em determinada situação, foi ofendido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> verbalmente ou humilhado por ato do seu empregador. É nesse sentindo que deve ser interpretada a vedação da acumulação, e não como nos leva a interpretação literal do artigo. (BARBA FILHO, 2017, p. 188)"

A tarifação é mais uma deficiência encontrada no artigo, não devendo ser baseada segundo a gravidade da ofensa. É a típica solução que, na prática, cria mais dificuldades do que resolve. Não existe como definir em caráter objetivo, se nem mesmo a lei faz essa tentativa. Apenas utiliza-se das expressões de lesão de natureza leve, média, grave e gravíssima, sem defini-las.

Vale ressaltar ainda, que exigência de reincidência entre partes idênticas para elevação da indenização, irá prejudicar o caráter educacional e preventivo que visa a indenização, sendo considerada ainda um estimulo para que aconteça novamente já que a lei permite uma tolerância.

1.1.2 Analise da Medida Provisória n.808/2017 com base na CF/88

A Reforma Trabalhista, lei n° 13467/2017, foi muito criticada desde sua tramitação até sua aprovação, visto que a mesma era considerada incompatível com a Constituição Federal.

Apesar de ser considerada cheia de falhas e inconstitucionalidades, a lei da Reforma foi aprovada e entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, 120 dias depois de sua publicação.

> Contudo, a Medida Provisória 808/17, foi publicada e entrou em vigor em 14 de novembro de 2017, trazendo consigo alterações a lei 13467/17, modificando os artigos 223-C e 223-G, §1º, inc. I a IV, e §§3º, 4º e 5º do Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.
>
> Art. 223-G [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> § 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
>
> I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
>
> II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
>
> III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou
>
> IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
>
> [...]
>
> § 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.
>
> § 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte

Com a urgência da aprovação da Lei n° 13.467/17, foi necessário fazer alterações em vários dispositivos, o que foi notado antes da entrada em vigor da referida lei, por isso a criação da Medida Provisória 808/17.

Dessa forma, as alterações feitas melhoraram o texto original, diminuindo assim a ofensa que havia ao princípio da isonomia, sob o ponto de vista de que mudou a base de cálculo da tarifação do salário do ofendido para o provento máximo pago pelo Regime Geral de Previdência Social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Assim, os limites das indenizações extrapatrimoniais se adequaram a maioria dos casos, já que houve a ampliação de seu limite mínimo e máximo.

Com o passar dos tempos esses valores podem se tornar defasados, como já ocorreu em leis mais antigas. Sem pode esquecer que é necessário a estipulação do Governo para o reajuste para que as indenizações não percam seus valores de compra.

Todavia, muitas vezes esses índices não conseguem recompor a inflação e ano a ano vão perdendo seu valor real. Inclusive, no ano de 2018, ocorrerá o menor índice de reajuste da previdência, desde o início da utilização do real, no ano de 1994. "Isso porque o governo prevê que o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) — que corrige os benefícios — fique no acumulado do ano em 1,88%". (JORNAL O GLOBO. Aposentados e pensionistas do INSS terão o menor reajuste da era Real em 2018. Rio de Janeiro-RJ, publicado em: 08/01/2018. Disponível em: https://extra.globo.com/noticias/economia/aposentados-pensionistas-do-inss-terao-menor-reajuste-da-era-real-em-2018-22264792.html. Acesso em: 18 de janeiro de 2019).

Ocorre que isso irá criar uma dependência injustificada da previdência, o que não é a melhor opção já que a mesma está prestes a ser reformada.

É importante ressaltar que mesmo com as alterações feitas, ainda há contradição ao que vem expresso no artigo 5º, incisos. V, X e no art. 7º, inc. XXVIII da CF/88 que adota o modelo de reparação integral dos danos, não admitindo a tarifação, conforme precedente do STF (ADPF n. 130) que será a seguir detalhado.

1.2 PRECEDENTES

1.2.1 Precedente do STF: Lei de Imprensa

A ADPF n° 130/2009 que declarou a não recepção da Lei de Imprensa- Lei n° 5250/1967, é o precedente mais importante sobre o estudo desse tema.

Essa norma foi feita quando no Brasil ocorria a Ditadura Militar. Sendo assim, a mesma é produto de um Estado Autoritário e não de um Estado Democrático de Direito vigente.

Em 1988, com a nova Constituição, a proteção à intimidade, à honra, entre outros direitos de personalidade, foram consideradas direitos fundamentais e cláusulas pétreas, havendo assim previsão da reparação integral do dano. Momento em que a Lei de Imprensa passou a impor uma limitação inconstitucional.

Antes mesmo da Lei de Imprensa não ser recepcionada, os tribunais brasileiros em suas decisões já declaravam que a tarifação prevista na referida lei não poderia ser superior ao artigo 5°, V e X, da CF, que estabelecia a reparação integral do dano.

Prova disso é que o STJ no ano de 2004 consolidou a sua jurisprudência através da edição da Súmula n. 281, que assevera: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 281 da jurisprudência dominante. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2004, p. 200. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf Acesso em: 25 de fevereiro de 2019).

O PDT, em 2008 apresentou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, já que a norma questionada é anterior a Constituição de 1988, não sendo possível assim a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em 30 de abril de 2009, a ADPF proposta pelo PDT, que teve como relator o Ministro Carlos Britto, foi julgada procedente, nos termos do voto do relator, declarando a não recepção de toda a Lei de Imprensa. Vencido em parte os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie e vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio.

Conclui-se que deste precedente do Supremo Tribunal Federal, é que a declaração da não recepção da Lei de Imprensa, no que tange à tarifação das indenizações, deu-se não por motivos peculiares a esta norma, mas sim, porquanto a novel ordem constitucional, no artigo 5º, V e X, quando reza que a indenização deve ser proporcional ao agravo, institui o princípio da reparação integral.

Diante do que foi exposto, nota-se que a colocação de critérios inviabiliza a eficácia do princípio da reparação integral. O que se vê é que não dá para prever o futuro, sendo assim, a letra da lei não acompanha as inúmeras possibilidades de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interações sociais que podem acontecer, gerando os mais variados tipos de danos extrapatrimoniais.

1.3 Ação direta de inconstitucionalidade n. 5870

A ANAMATRA, que é Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho - que constitui-se como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, representativa dos interesses dos magistrados da Justiça do Trabalho, entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com pedido de medida cautelar, com fundamento no art. 102, inc. I, alínea "a" da Constituição Federal e no art. 10 da lei n. 9.868/99, em face dos incisos I, II, III e IV do §1º do art. 223-G da CLT, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei n. 13.467, de 13/07/2017 e modificada pelo art. 1º da Medida Provisória n. 808, de 14/11/2017. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). Reforma Trabalhista: ANAMATRA ajuíza ação no STF contra a limitação de indenização por dano moral. Brasília-DF, publicado em: 20 de dezembro de 2017).

A associação nessa ação busca a suspensão imediata da eficácia da tarifação, que está expressa no artigo 223-G, incisos I, II, III e IV do § 1º da CLT, que foram alterados pela Lei 1346717 e pela Medida Provisória n. 808/17. O objetivo dessa ação é fazer com que Reforma Trabalhista seja interpretada de acordo como que diz a Constituição, permitindo que os órgãos jurisdicionais fixem as indenizações superiores aos limites previstos, desde que tenha uma decisão fundamentada.

A ANAMATRA reforça que as mudanças feitas na Consolidação das Leis do Trabalho contemplam violação clara à independência do juiz para julgar as causas de acordo com a sua livre convicção, e aplicar a lei de acordo com o que diz nossa Carta Magna, que acolhe a ideia da reparação integral, e com sua livre convicção motivada.

O que está em debate é bem parecido com a não recepção da Lei de Imprensa, que foi exposta acima. Na referida lei, ela limitava a atuação do Poder Judiciário, através de uma similar tarifação.

A entidade também lembra que, a Reforma Trabalhista apesar de recente, pois é do ano de 2017, a mesma já foi objeto de alteração com o objetivo de reduzir

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alguns de seus efeitos inconstitucionais como por exemplo a quebra da isonomia, mas apesar disso, ainda restaram várias inconstitucionalidades, como por exemplo o modelo tarifado.

Por fim, pede a ANAMATRA que ao novo texto legal se dê ao menos interpretação conforme a Constituição, porque entende que os valores praticados pelo RGPS atenderão a maioria dos casos, sem ocasionar grandes injustiças, ressalvando que outros valores podem ser fixados desde que haja a devida fundamentação, servindo a tarifação apenas como um norte.

Mas o pedido principal é que se declare a nulidade da própria tarifação, visto que é já foi decidido nesse sentindo anteriormente, com base principal nos artigos 5º, incisos V, X, e 7º, inc. XXVIII da Constituição

1.4 Panorama geral da inconstitucionalidade

A Lei de Imprensa não foi recepcionada porque não era compatível com a Constituição Federal de 1988, visto que a tarifação prevista nela a respeito das indenizações era incompatível com o princípio constitucional da reparação integral.

O mesmo acontece com a Reforma Trabalhista, pois os artigos 5° V e X e 7°, XXVIII da Constituição preveem a reparação integral dos danos.

A redação original do artigo 233-A, incisos de I a IV, do § 1°, é o que mais preocupa, pois fere o princípio da isonomia, já que pessoas que possuem salários diferentes, mas que sofram o mesmo tipo de acidente, podem ter indenizações com valores diferentes. E que a alteração que substituiu o critério da base salarial da vítima, pelo teto máximo do RGPS deu-se por meio de uma medida provisória que ainda não foi convertida em lei.

Embora se reconheça a importante e relevante atuação da ANAMATRA com a apresentação da ADI n. 5870/17, são pertinentes à tessitura de algumas críticas.

Em primeiro lugar, diverge-se da alegação de que a MP n. 808/17 afastou a referida violação ao princípio da isonomia. Pois, atualmente o único ramo do direito submetido a essa limitação é o do Direito do Trabalho. Ademais, as relações de trabalho, que não sejam submetidas à jurisdição trabalhista, poderão receber indenizações maiores em situações semelhantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Ou pior, mesmo fora de uma relação de trabalho, onde não há uma relação jurídica prévia, poderão ser estipuladas indenizações de acordo com o caso concreto, consequentemente poderão ser maiores do que o teto da tarifação trabalhista, visto que se adequarão às peculiaridades dos envolvidos.

Todavia, os empregados do setor privado, os quais constituem a maior parte da população, estão submetidos a esse desprivilegio que desrespeita princípios para além da isonomia, como a proibição do retrocesso.

Com isso não se quer dizer que a alteração dada pela MP n. 808/17 não foi positiva, a saber, tal tarifação será adequada para a grande maioria das lides trabalhistas.

Entretanto, de qualquer modo, a tarifação é inconstitucional no direito brasileiro, especificamente no Direito do Trabalho, pelo reforço do inc. XXVIII do art. 7º da CF que dá direto ao empregado ter seguro contra acidentes de trabalho, bem como a indenização cabível, em havendo culpa.

Compreende-se, assim, como a ANAMATRA, no bojo da ADI n. 5870, que o caso sob exame merece no mínimo uma "interpretação conforme a Constituição", caso não seja declarada a inconstitucionalidade por motivos políticos que venham a influenciar o STF a mudar uma posição já consolidada.

Além disso, a ADI n. 5870 equivocou-se quando se limitou ao pedido de inconstitucionalidade do art. 223-G, deixando de fora dos seus pedidos à declaração de inconstitucionalidade de outros artigos do próprio título II-A da CLT como o art. 223-A, que veda a aplicação subsidiária de outros diplomas legais que não estejam dentro do referido título. Ora, além de ser inconstitucional, é incompatível com o próprio art. 8°, §1º da CLT.

Igualmente, há a incongruência criada entre o art. 223-B e o art. 223-G, o qual atribui a não incidência dos limites tarifários aos danos de morte, como se as outras disposições fossem aplicáveis. Todavia, o art. 223-B em sua acepção literal, exclui a hipótese de indenização nesses casos, pois impõe que o único legitimado para pleitear os direitos sobre os danos extrapatrimoniais são as próprias vítimas, em desrespeito ao direito constitucional e civil da herança.

Ainda, há o art. 223-D, que também é maculado pela inconstitucionalidade, à medida que deliberadamente não inclui as pessoas jurídicas como titulares do direito fundamental individual ao sigilo das correspondências, ferindo o art. 5º, inc. XII da CF/88.

Devem ser consideradas outras relevantes inconstitucionalidades trazidas pela Reforma, sendo a mais importante para o presente assunto a do art. 8º, § 2º: "Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei".

O que sobressalta a relevância de apresentação de Adi , visto que essa disposição tenta diminuir a força do controle de constitucionalidade difuso.

Sob outro ponto de vista, essa limitação imposta ao poder de decisão dos juízes trabalhistas não atinge outros órgãos do Poder Judiciário, tratando-se de limitação imposta, apenas e tão somente a eles. O que cria uma situação de incompatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro.

O caso sob exame envolve, ainda, violação clara à independência do juiz do trabalho para julgar as causas e aplicar a lei de acordo com o texto constitucional e com suas convicções. Nesse sentido, fere o art. 2º da CF/88.

Logo, se a "tarifação" da indenização por dano moral decorrente de ofensa à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas é inconstitucional, a "tarifação" da indenização por dano moral decorrente da "relação de trabalho", também se mostra inconstitucional. De modo que essa discussão não deveria estar sendo retomada, com base na ADPF n 130/2009.

> "Acresce-se, ainda, como visto dos precedentes do TST, que a indenização por dano moral decorrente de lesão ocorrida na relação de trabalho tem sede em outros dispositivos da Constituição Federal, além dos artigos retro transcritos, a saber, nos artigos 225, caput, § 3º, 170, caput e inciso VI, conforme aresto colacionado: A par disso, cumpre acrescentar que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura ao empregado um meio ambiente de trabalho seguro e determina ao empregador a obrigação de preservar e proteger esse meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ambiente laboral. Com efeito, em seu artigo 225, caput, a Constituição Federal garante a todos, como direito fundamental, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele incluído o meio ambiente do trabalho, impondo "ao Poder Público e à coletividade" e, portanto, ao empregador o dever de defendê-lo e preservá-lo, assegurando, em seu parágrafo 3º, a obrigação de reparação de danos quando não cumprido o dever de preservação do meio ambiente. Nesse ínterim, o artigo 170, caput e inciso VI, da Constituição Federal preceitua que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e observando a defesa do meio ambiente. Portanto, acima dos objetivos econômicos, as empresas têm uma finalidade social a ser cumprida. Especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, o constituinte originário posicionou-se pela defesa da saúde do trabalhador e melhoria das condições de trabalho. Cita-se, como exemplo, entre inúmeros direitos assegurados, a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme efetivamente garante o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal. (Processo: RR 1813-21.2013.5.09.0652 Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017)"

Além disso, também é importante a transcrição dos artigos supracitados:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]
>
> XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações. [...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O artigo 223-G, da Consolidação das Leis do Trabalho, inciso I a IV do § 1°, é inconstitucional pela tarifação prevista neles, isso tanto na redação original, quanto na introduzida pela Medida Provisória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Por fim, a divergência levantada pelos Ministros do STF Gilmar Mendes e Marco Aurélio que entenderam em sede da ADPF n. 130/2009, que a não tarifação é preferível ao sistema aberto, visto que este deixa ao arbítrio dos juízes a estipulação de quaisquer valores indenizatórios, como bem lhes aprouver.

A tarifação não irá resolver esse problema, pois a reforma deixou de definir o que deve ser inserido como lesões de natureza leve, média, grave ou gravíssima

CONCLUSAO

Conclui-se que a Reforma Trabalhista fora engendrada mediante um discurso falacioso da modernização e da flexibilização das normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

Consequentemente, essa Reforma retrocede-se e desvalorizam-se todos os direitos que ao longo da história foram conquistados pelos trabalhadores.

Sob essa ótica, após o estudo comparativo entre as alterações trazidas com a inserção do Título II-A da CLT, que trata dos danos extrapatrimoniais, concluiu-se pela sua inconstitucionalidade, confirmada pelo importante precedente do STF, o qual, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, declarou a não recepção da Lei de Imprensa pela nova ordem constitucional, sendo um dos motivos a incompatibilidade do Sistema Tarifário de Indenização de danos morais ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que este adota o modelo aberto de indenização, e a CF/88, através do art. 5º, incisos V e X, e do art., 7º, inc. XXVIII da CF/88 estabelecem como princípio constitucional a reparação integral dos danos.

Por conseguinte, diante da inconstitucionalidade da aplicação da tarifação do dano extrapatrimonial no Brasil, ofereceu-se como contraponto à disposição sobre as decisões discrepantes ocasionadas pelo Sistema Aberto de Indenização, o fato de que isto não é tão somente um problema do instituto da Responsabilidade Civil, mas do próprio Poder Judiciário. Em vista das falhas e valores humanos diferentes, sendo uma problemática que não irá ser resolvida pela tarifação inserida pela Reforma Trabalhista, porquanto está também depende de critérios subjetivos a serem aplicados pelo juiz, a partir de um juízo de valor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

REFERÊNCIAS

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 281 da jurisprudência dominante. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2004, p. 200. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf Acesso em: 25 de fevereiro de 2019).

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). Reforma Trabalhista: ANAMATRA ajuíza ação no STF contra a limitação de indenização por dano moral. Brasília-DF, publicado em: 20 de dezembro de 2017.. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26013-reforma-trabalhista-anamatra-ajuiza-acao-no-stf-contra-a-limitacao-de-indenizacao-por-dano-moral. Acesso em: 11 de fevereiro de 2019.

BARBA FILHO, Roberto Dala. A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho. Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista III, Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v.7, n. 63, p. 187-193, nov./2017. Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=63&edicao=10505. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. CLT compara e atualizada com a Reforma Trabalhista. São Paulo: MÉTODO, 2017

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. CLT comparada urgente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

(JORNAL O GLOBO. Aposentados e pensionistas do INSS terão o menor reajuste da era Real em 2018. Rio de Janeiro-RJ, publicado em: 08/01/2018. Disponível em: https://extra.globo.com/noticias/economia/aposentados-pensionistas-do-inss-terao-menor-reajuste-da-era-real-em-2018-22264792.html. Acesso em: 18 de janeiro de 2019).

BRAGHINI, Marcelo. Reforma trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho. São Paulo, LTr, 2017. 166p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista – Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por Artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO CASO DE FETO COM MICROCEFALIA

CINTIA PAULA DE SOUZA: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis - SP.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: Abortar é crime no Brasil. Com um avançado índice de casos de microcefalia, discute-se no Supremo Tribunal Federal, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581, a possibilidade da sua legalização, o que, consequentemente, não seria enquadrado ao crime de aborto, tipificado no Código Penal. O parecer da Corte foi favorável ao demandante da ADI, concluindo que a expulsão de feto com microcefalia é legal, conforme estado de necessidade comum. Nesse contexto, o presente artigo buscará analisar, entender e verificar, através da leitura de doutrinas, reportagens e documentos, inclusive por meios eletrônicos, os fatores da decisão permissiva que influencia de modo contrário tanto a Constituição Federal quanto a Convenção Internacional sobre as pessoas com deficiência e seu Estatuto.

Palavras-chave: ADI 5581; Aborto; Microcefalia; Discriminação; Pessoas com deficiência.

ABSTRACT: Aborting is a crime in Brazil. With a high rate of microcephaly cases, it has being discussed in Federal Supreme Court (STF), under the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 5581, the possibility of its legalization, and, consequently, it would not be considered as an abortion crime, typified in Criminal Code. The Court's opinion had been favorable to ADI's claimant and concluded that the expulsion of fetus with microcephaly is legal, according to the common need state. In this context, the present article will try to analyze, understand and verify by the reading of doctrines, reports and documents, including digital media, the factors of that permissive decision that influences contrarily to Federal Constitution and to International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Statute.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Keywords: ADI 5581; Abortion; Microcephaly; Discrimination; Persons with disability.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO INÍCIO DA VIDA. 3. DIREITO À VIDA E ABORTO. 4. MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO: TUTELA DA VIDA HUMANA E VEDAÇÃO A PROTEÇÃO DEFICIENTE. 5. REFORMA DO CÓDIGO PENAL E O ABORTAMENTO. 6. ABORTO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 7. MICROCEFALIA E ANENCEFALIA. 8. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A INCAPACIDADE TRAZIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 9. CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os relatos de que, desde outubro de 2015, tem crescido no Brasil o número de recém-nascidos infectados pelo vírus da *Zika* elevou os questionamentos na sociedade e no mundo jurídico acerca da proibição ou admissão do aborto, em conflito com os direitos do feto e da mulher. Nesse sentido, a ADI 5581 foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como pedidos: (1) a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tenha sido infectada pelo vírus *zika* e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal; ou 2) sucessivamente, a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal para declarar a constitucionalidade da interrupção da gestação da mulher que tenha sido infectada pelo vírus *zika*, tendo em vista tratar-se de causa de justificação específica, e por estar de acordo, ainda, com a justificação genérica dos artigos 23, I e 24 do Código Penal.

Consiste o presente artigo em discutir o enquadramento do abortamento de feto com microcefalia como conduta atípica ou excludente de ilicitude. A premissa para tanto será a criminalização do abortamento no Código Penal Brasileiro e suas hipóteses legais restritivas. Em síntese, a discussão limitar-se-á à decisão do STF na ADI 5581, cujo pedido no âmbito penal se limita ao abortamento de feto com microcefalia. Não discutiremos, portanto, a constitucionalidade ou não da criminalização do abortamento pelo nosso diploma penal.

2 DO INÍCIO DA VIDA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O aborto consiste na supressão do feto durante o período gestacional. Para que seja configurado o aborto, porém, é preciso que se defina o marco inicial da gravidez.

O bem jurídico tutelado no crime de aborto é a vida intrauterina. No centro do debate sobre a criminalização do aborto, existe a polêmica questão – ainda não pacificada no campo do direito - acerca do início da vida. Inúmeros doutrinadores têm se empenhado em estabelecer um consenso em torno da questão do início da vida. Estudiosos têm elaborado hipóteses a fim de dirimir o problema. Dentre as quais: a de que a vida teria início a partir da formação do sistema nervoso central; do nascimento; da fecundação ou da fixação do embrião no útero.

A questão encontra-se em aberto em nosso sistema jurídico. A Convenção Americana de Direitos Humanos, porém, em seu artigo 4º, I, tende para a teoria *concepcionista*. Vejamos: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção".

Noutro giro, o Código Civil brasileiro, segundo doutrina majoritária, adotou a teoria *natalista*, segundo a qual a vida só se inicia com o nascimento com vida, uma vez que, apesar de a lei proteger o nascituro desde a concepção (art. 2º, Código Civil), este só adquire a personalidade, ou seja, torna-se sujeito de direitos e obrigações, a partir do nascimento com vida.

De acordo com a teoria da concepção, o início da vida se dá na fecundação. Deste modo, toda conduta praticada com o fim de eliminar o feto a partir de tal momento é considerada aborto. Outrossim, se adotarmos a teoria que entende que a vida humana se inicia com a nidação, a conduta de aborto só pode ser considerada crime a partir da fixação do óvulo no útero materno.

Por ora, não há como afirmar qual dessas correntes é aplicada de forma consensual pela jurisprudência e doutrina. Todavia, podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem tratado como conduta atípica a interrupção da gestação de feto anencefálico.

3 DIREITO À VIDA E ABORTO

É certo que incumbe ao Direito Penal a proteção de bens jurídicos. Diante disso, a vida, de todo modo, é um bem fundamental, amparado pelo Direito Penal, associando-se à dignidade da pessoa humana, todos assegurados pela Constituição Federal.

A necessidade de tutela da vida humana pelo ordenamento jurídico é incontroversa. O questionamento da doutrina constitucional e penal, no entanto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

reside na necessidade de proteção da vida ser ou não protegida pelo Direito Penal. Nesse sentido, na ADI 5.581/DF, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, utilizando o mesmo direito à vida, que fez com que o legislador ordinário optasse por criminalizar o abortamento - mas sob o prisma biológico e direito à integridade física e psíquica, desdobrando-se no direito à saúde-, defende a constitucionalidade da interrupção quando houver diagnóstico de infecção pelo vírus *zika*, para proteção da saúde, inclusive mental, da mulher e de sua autonomia reprodutiva.

4 MANDADO CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO: TUTELA DA VIDA HUMANA E VEDAÇÃO A PROTEÇÃO DEFICIENTE

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, caput, a inviolabilidade do direito à vida, posicionando-o dentre os direitos individuais e coletivos como uma garantia fundamental a todos.

A vida humana, mesmo não albergada em ordem constitucional direta de criminalização, nos dizeres de Luciano Feldens, compõe o epicentro do sistema de proteção jurídica, acompanhada da liberdade e da dignidade humana (apud CARVALHO, 2016, p. 58). Segundo Márcio Friggi de Carvalho (2016, p. 07), "a inviolabilidade do direito à vida, estampada no art. 5º da Constituição Federal, associada à nota de magnitude do direito em referência, habilita-o a exigir proteção pela normativa penal".

E, nesse sentido, entendendo que o direito à vida do ser humano em formação

(PRADO, 2010, p. 105) merece proteção jurídica penal, cumprindo o mandado, ao menos implícito, de criminalização de condutas que põem em risco à vida, o aborto é tratado pela legislação brasileira como crime.

O crime de aborto é tipificado como a conduta de eliminar a vida do feto durante a gestação. Assim, as condutas de aborto provocado pela gestante e aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, estão tipificadas nos artigos 124 a 127 do Código Penal. Excepcionalmente, admite-se o abortamento em apenas duas situações: (I) se não há outro meio de salvar a vida da gestante, denominado aborto necessário ou terapêutico e (II) se a gravidez resulta de estupro, denominado aborto sentimental.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contemporaneamente, por decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 54, foi declarada a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual o aborto de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos referentes ao aborto no Código Penal, sendo, portanto, atípica.

Nos termos da decisão do Supremo, para que ocorra o aborto de feto anencefálico é imprescindível que este seja feito por médico e que não haja outro meio para salvar a gestante. Salienta-se que tal conduta não exige o consentimento da gestante.

Apesar de haver quem entenda que tal causa de justificação é uma espécie de estado de necessidade, a doutrina majoritária entende que não se trata de estado de necessidade, pois, este exige uma situação de perigo atual, enquanto o perigo no aborto é iminente ou futuro; ademais, o aborto necessário só pode ser realizado pelo médico, enquanto o estado de necessidade não está vinculado a uma profissão.

Nesse sentido, Mirabete (2003, p. 99):

> [...] "Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignado expressamente a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte de gestante".

Para que se configure o aborto humanitário determina-se que: (I) seja feito por médico; (II) a gravidez seja resultante de estupro e (III) exista autorização da gestante ou do representante legal se ela for vulnerável (menor de quatorze anos). Ressalte-se que, nesta situação, tal abortamento não depende de autorização judicial.

Para regulamentar o tema, o Ministério da Saúde editou a Portaria n. 1145 do ano de 2005, que dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Isto posto, nota-se que o Código Penal não admite aborto eugênico, isto é, em razão de enfermidades ou deformidades físicas ou mentais do feto consideradas graves e irreversíveis. Dessa forma, considera-se que o Código Penal, em regra,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

privilegiou o direito do feto à vida, punindo o abortamento, e limitando, de certa forma, os direitos das mulheres.

Todavia, indaga-se se gerar um feto contaminado pelo vírus *zika*, faz com que o seu direito de saúde física e psíquica prevaleça sobre o direito à vida do feto. O fato de a mulher ter o risco de dar à luz a um feto com algum grau de deficiência faz com que sua conduta seja diferente daquela mulher que abortou um feto saudável? O direito penal deve responder de modo diferente a essas duas situações ou a discriminação, nesse caso, seria ilegítima, implicando na violação do princípio da igualdade, no descumprimento do mandado de criminalização de proteção à vida e no descumprimento do princípio da proporcionalidade?

5 REFORMA DO CÓDIGO PENAL E O ABORTAMENTO

O estudo sobre o abortamento na visão mundial é variado, isto porque o ponto de vista concepcional acerca do início da vida e as questões políticas e criminais de cada país fazem com que a tal conduta não seja apenada do mesmo modo ao redor do mundo.

Por exemplo, nos Estados Unidos, reconhece-se à mulher o direito constitucional amplo para realizar aborto no primeiro trimestre de gravidez. Em Portugal, o Tribunal Constitucional português reconheceu a constitucionalidade de lei que permite o aborto em circunstâncias específicas, dentre elas o risco à saúde física ou psíquica da gestante, feto com doença grave e incurável, gravidez resulte de estupro e outras situações de estado de necessidade. Na Alemanha, após uma posição inicial restritiva, materializada na decisão conhecida como "Aborto I" (1975), a Corte Constitucional, em decisão referida como "Aborto II" (1993), entendeu que uma lei que proibisse o aborto, sem criminalizar, no entanto, a conduta da gestante, seria válida, desde que adotasse outras medidas para proteção do feto. No Brasil, contudo, desde 1940, o aborto, em regra, é crime.

Estuda-se, desde 2012, o Projeto de Lei de n. 236 de 2012 do Senado, possível reforma do Código Penal, em que há previsão, em seu artigo 128, inciso IV, da descriminalização do aborto se: (I) houver risco à vida ou à saúde da gestante; (II) se a gravidez resulta da violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; (III) se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

extrauterina, em ambos os casos, atestado por dois médicos ou (IV) se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

A expulsão do feto, por conseguinte, passaria a ser legal, de modo geral, por vontade da gestante até a 12ª semana de gravidez e, além da anencefalia, nos casos em que o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina.

6 ABORTO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Foi arguida, na forma de preceito cláusula fundamental, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que a interpretação que enquadra como crime o aborto de feto anencefálico viola preceitos fundamentais ligados à dignidade humana, o direito à liberdade e o direito à saúde. Pleiteia, portanto, a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos os efeitos vinculantes, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencefálico, previamente diagnosticada por profissional habilitado, independente de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. O argumento central da ação foi a certeza científica da impossibilidade da vida extrauterina do feto. Isso porque não há tratamento, cura ou qualquer possibilidade considerável de sobrevida de um feto com anencefalia.

Seguida de discussões, ao final, a demanda foi julgada procedente, declarando o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Noutro giro, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5581, a qual tratava da microcefalia, ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos contra atos comissivos e omissivos do poder público, no que se refere às políticas públicas relacionadas ao vírus da *zika* e à microcefalia.

Por meio da ADPF, requereram a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus *zika* e optar pela mencionada medida é conduta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

tipificada nos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal ou, sucessivamente, a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal para declarar a constitucionalidade da interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus *zika* e optar pela mencionada medida, tendo em vista se tratar de causa de justificação específica e por estar ainda de acordo com a justificação genérica dos artigos. 23, I e 24, ambos do Código Penal.

Tal ação, no entanto, ainda está em andamento perante a Corte Constitucional, com análise de mérito ainda pendente de julgamento.

Recentemente, com grande repercussão, foi arguida demanda de descumprimento de preceito fundamental nº442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade em face da alegada controvérsia constitucional relevante acerca da recepção dos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal, que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, fundamentando que tal punição viola a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas.

De início, foi requerido a suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar, ou tenham aplicado os artigos 124 a 126, ambos do Código Penal a casos de interrupção da gravidez induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas de gravidez e o reconhecimento do direito das mulheres de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento. Tal pedido cautelar foi indeferido. Não obstante, em novembro de 2017 o pedido foi renovado, estando, ainda, em pauta a ser julgada pelo Plenário do STF, sendo objeto de deliberação futura.

A legalização do aborto, de modo geral, para todas as mulheres, e para todos os fetos, não é objeto do presente artigo.

O que se defende e passará a ser justificado nos próximos tópicos é que, se nosso ordenamento jurídico optou por criminalizar a conduta de aborto por atender o mandado constitucional implícito de criminalização de proteção à vida, não há como tutelar de forma rígida a vida de fetos sem deficiência, em detrimento

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da vida dos fetos com deficiência, pois, tal escolha afrontará, de forma veemente, os princípios da proporcionalidade e igualdade.

7 MICROCEFALIA E ANENCEFALIA

Apesar de tanto a microcefalia quanto a anencefalia consistirem, em síntese, na má formação do cérebro fetal durante a gestação, tais anomalias são facilmente diferenciadas pela constatação ou não de vida viável.

Nesse sentido são uníssonas as palavras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

> Inexiste qualquer proximidade entre a pretensão aqui veiculada e o denominado aborto eugênico, cujo fundamento é eventual deficiência grave de que seja o feto portador. Nessa última hipótese, pressupõe-se a viabilidade da vida extrauterina do ser nascido, o que não é o caso em relação à anencefalia (BARROSO, 2005, p. 93-120).

Com efeito, o feto com anencefalia não tem nenhuma expectativa de vida minimamente viável; enquanto que, na microcefalia, há cérebro e vida extrauterina viável. O feto anencefálico possui baixa sobrevivência após o parto, quando este ocorre.

No que lhe concerne, é certo que a criança com microcefalia tem expectativa de vida considerável, podendo, inclusive, sobreviver após o parto.

8 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A INCAPACIDADE TRAZIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

É certo que, segundo os dados empíricos concernentes à infecção pelo vírus da *zika,* este atinge, sobretudo, mulheres em regiões de elevada pobreza e em estados menos desenvolvidos do país, principalmente aquelas mais pobres, cujas populações vivem em áreas sem condições mínimas de dignidade, como a falta de saneamento básico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Defende-se que não há uma igualdade formal entre as mulheres, de modo que, por tal razão, deve-se constitucionalizar o aborto de feto com microcefalia, evitando o alastramento da desigualdade existente.

Todavia, sendo o aborto crime no Brasil, não há coerência em admitir o aborto apenas em razão da certeza de o feto nascer com alguma deficiência. Utilizando-se o mesmo princípio da igualdade, fetos com deficiência e sem deficiência devem ser tratados de modo desigual? Parte-se, nesse caso, da premissa defendida por Aristóteles de que "deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual". A promoção da igualdade material está associada à ideia de igualdade fática: não basta que a igualdade exista perante a lei, sendo necessário que ela exista perante a realidade.

Assim, não há correlação lógica - compatível com os interesses constitucionais - entre o fato de o feto ter microcefalia e a diferença de tratamento penal que terá a conduta de quem o abortou, uma vez que a Constituição Federal veda a discriminação, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades como as demais pessoas e que não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. Por isso, a permissão do aborto nos casos de fetos com microcefalia, acabará por discriminá-los, atribuindo-lhe barreiras.

Dessa forma, em nome do princípio da igualdade, se o aborto no Brasil não é permitido em razão da proteção ao direito à vida, o aborto de feto microcéfalo também não pode ser permitido em razão da mesma proteção ao direito à vida.

9 CONCLUSÃO

Com o intuito de proteger a vida, direito fundamental previsto na Constituição da República, criminalizar o abortamento de feto com deficiência seria um verdadeiro retrocesso aos direitos das pessoas portadoras de deficiência.

A defesa do aborto no caso de feto com microcefalia insinua a defesa de um genocídio de pessoas com deficiência física. Aliás, há de se considerar que ao decidir pela possibilidade de aborto em razão do feto com microcefalia, o STF abrirá um precedente perigoso, pois com o avanço da medicina, é possível desde logo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

saber se a criança nascerá com certos tipos de deficiência, como Down, anencefalia, síndrome de Edwards, entre outros.

A existência de mandado constitucional de criminalização de proteção à vida não implica, necessariamente, na decisão de criminalização do aborto. Tal decisão, além de se relacionar com medidas de saúde pública e de política criminal pode ser variável para fundamentar o início da vida humana, para efeitos civis.

Conclui-se que, ou o STF, em uma decisão de política criminal e/ou de saúde pública, opta por descriminalizar a conduta de aborto, dentro de certos parâmetros, para todas as gestantes, independente das características da vida em formação que cada uma carrega, ou, descriminalizando-a apenas nos casos de fetos anencefálicos, proferirá decisão que permitirá ao Estado a prática da eugenia.

Dessa forma, o requerido em sede da ADI 5581 é incompatível com o princípio da não discriminação. Sob o argumento de defesa da integridade física e saúde da mulher, acaba-se por defender, de um modo discriminatório e inconstitucional, que uma vida com deficiência é uma vida indesejada.

10 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células

tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade da pessoa humana. **Revista de DireitoAdministrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 93-120, 2005.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da

Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. **Crimes multitudinários:** homicídio perpetrado por agentes em multidão. Curitiba: Juruá, 2016.

FONTELES, Samuel Sales. Aborto e Microcefalia: uma análise constitucional. **Revistado Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 31, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2017/03/23/14_24_21_740_Revista31_final.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaortj/anexo/226_1.pdf

https://www.fdsm.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2014/01.pdf

http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/32.pdf

http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2196/monografia-cristiane-elisa-langer.pdf?sequence=1

http://profmatheus.com/wp-content/uploads/2017/05/dignidade-aborto.pdf

http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/sumario/2013/downloads/2013/3/35.pdf

http://novavenecia.multivix.edu.br/wp-content/uploads/2016/07/universo-juridico-11.pdf

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf

http://fcv.edu.br/admin/assets/repositario_aquivo/815b10eea3c8d081cba1d55b565a4478.pdf

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

http://www.migalhas.com.br/depeso

http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp

http://p-web01.mp.rj.gov.br/Arquivos/Idoso/CRFB.pdf

http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8910/7816

https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10361

https://www.conjur.com.br/2012-abr-10/julgamento-stf-anencefalia-balizar-mudanca-codigo-penal

https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/curso-de-direito-constitucional-gilmar-mendes.pdf

https://jus.com.br/artigos/49116/aborto-em-feto-portador-de-microcefalia-possibilidade

http://denishermida.dominiotemporario.com/doc/adpr_-_celulas_tronco.pdf

http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=31

http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-81131ca1254fdc8d5c850670c8249e54.pdf

http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1989_2012.pdf

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7FDC2C1C8D0C7075A8F616AC66040D4E.node2?codteor=1102104&filename=Avulso - PL 478/2007

http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0009-67252012000200019

http://www.faculdadepadrao.com.br/portal/index.php/projetos-academicos/doc_download/135-aborto-no-brasil-direito

http://200.129.209.183/arquivos/arquivos/78/EDITORA/catalogo/direitos-humanos-e-relacoes-internacionais-debates-contemporaneos-veronica-maria-bezerra-guimaraes-org.pdf

MIRABETE, Júlio Frabbrini. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Protocolo de Vigilância e Resposta à Ocorrência de Microcefalia e/ou alterações do Sistema Nervoso Central do Ministério da Saúde. **Versão**

2, 10 mar. 2016. Disponível em:< http://www.combateaedes.saude.gov.br/images/sala-de-situacao/Microcefalia-Protocolo-de-vigilancia-e-resposta-10mar2016-18h.pdf>.Acesso em: 25 fev. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n° 236**, de 2012 - (Novo Código Penal). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/ 106404>. Acesso em: 25 fev. 2019.

SOBE para 3.893 o número de casos de microcefalia no país. **UOL**, 20 jan. 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/01/20/sobe-para-3893-o-numero-de-casos-de-microcefalia-no-pais.htm>. Acesso em: 21abr. 2019.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581**,

Distrito Federal, protocolado em 24 ago. 2016a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5037704>. Acesso em: 20 out. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental nº 442, Distrito Federal, protocolado em 08 mar. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRISÃO NO PERÍODO ELEITORAL

MIZIARA FERREIRA DE SOUZA: Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil. Campus Fernandópolis - SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: A prisão no período eleitoral, esta previsto na Lei nº 4.737, que é denominada como Código Eleitoral, de modo que será necessário analisar o contexto histórico do referido código, de maneira clara e concreta, para conhecer os objetivos emanados com a sua criação, que surgiu no ano de 1932, no governo de Getúlio Vargas. Apoiado nesta ideia captara de modo delimitado em um único artigo da Lei, o tema adotado (prisão no período eleitoral). O artigo 236 do Código Eleitoral foi criado com a finalidade de garantir o exercício do direito do voto pelo maior número possível de eleitores, mas como qualquer assunto, o presente também possui os pontos positivos e negativos, pois ao mesmo tempo que se atinge o propósito, o criminoso não pode ser preso quando um delito grave é cometido em tempo de eleição, e a situação não se enquadrar nas exceções (flagrante delito, sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou por desrespeito a salvo-conduto). Esse período de imunidade à prisão, é desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, em relação ao eleitores, e é aplicável aos candidatos e aos membros das mesas receptoras e fiscais de partido, desde 15 (quinze) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição. Vale ressaltar que a imunidade em pauta, é aplicada unicamente ao eleitor, ficando isento os estrangeiros não eleitores e os brasileiros que se encontram com os direitos públicos suspensos.

Palavras-Chave: Prisão. Código Eleitoral. Crime. Eleitor.

ABSTRACT: He imprisonment in the electoral period is provided for in Law No. 4,737, which is called the Electoral Code, so that it will be necessary to analyze the historical context of this code, in a clear and concrete way, to know the objectives that emanated with its creation, which appeared in the year of 1932, in the government of Getúlio Vargas. Supported by this idea, he had captured in a single

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

article of the Law, the adopted theme (imprisonment in the electoral period). Article 236 of the Electoral Code was created with the purpose of guaranteeing the exercise of the right to vote by as many voters as possible, but like any matter, the present also has the positives and negatives, because at the same time that the purpose is achieved , the offender can not be arrested when a serious offense is committed at the time of election, and the situation does not fall under the exceptions (flagrante delicto, criminal conviction for unapproachable crime, or non-respect to safe conduct). This period of immunity from imprisonment is from 5 (five) days before and up to 48 (forty eight) hours after the close of the election, in relation to the voters, and it is applicable to the candidates and members of the receiving and party polling stations , from 15 (fifteen) days before and up to 48 (forty eight) hours after the close of the election. It is worth mentioning that the immunity in question is applied only to the elector, being exempt the non-electing foreigners and the Brazilians who find the public rights suspended.

Keywords: Prison. Electoral Code. Crime. Elector.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A ORIGEM DO CÓDIGO ELEITORAL. 3. CIRCUNSTÂNCIAS DE CABIMENTO DE PRISÃO COM BASE NO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL. 4. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM PREVENTIVA. 5. APRECIAÇÃO DO ARTIGO 236 DA LEI N.º 4.737/65. 6. ANÁLISE DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico prevê na Lei 4.737/65, uma imunidade a prisão no período Eleitoral, assim, será necessário uma análise integral do artigo 236 do código eleitoral, pois revela de forma clara e sucinta uma explanação do tema. O referido dispositivo legal estabelece a proibição da prisão de eleitor em um período compreendido entre 05 dias antes e 48 horas após a realização de qualquer sufrágio.

Contudo, para ser possível esse privilégio previsto no código eleitoral, é imprescindível portar as condições de eleitor, o sujeito no gozo de seus direitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

políticos, com sua aptidão eleitoral ativa. Essa condição de eleitor é comprovada pelo título de eleitor.

Como toda regra há uma exceção, essa vedação a prisão no período eleitoral não seria diferente, a segunda parte do caput do artigo 236 revela as exceções como sendo flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. Não está previsto expressamente em relação a conversão da prisão em flagrante delito em preventiva, mas também está embarcada nas exceções do art. 236 do Código Eleitoral, por ser desdobramento direto da segregação flagrancial.

O estudo pretende instruir, através de conceito e análise da letra da Lei, os principais pontos positivos, bem como os pontos negativos em relação a prisão no período Eleitoral, além da sua finalidade.

Por norma, os direitos fundamentais são baseados nos **princípios dos direitos humanos**, garantindo a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança e etc. E um dos pontos negativos considerados, é exatamente em relação a insegurança de uma sociedade, pois com a vedação a prisão a sensação que se é passada para os cidadãos é de que alimenta o íntimo dos delinquentes, para que possam de alguma maneira praticar algum delito, e é ao contrário ao que diz no tocante ao direito da segurança.

A vedação a prisão no período eleitoral está prevista no capítulo que diz respeitos as garantias eleitorais, que tem por objetivo possibilitar que os eleitores compareçam à sua seção eleitoral no dia da eleição, para que possa escolher através do voto, os seus representantes, e que esse direito de escolha seja de forma livre e espontânea.

Primeiramente, é necessário dispor acerca dos fatos históricos que levaram a imprescindibilidade de criar uma proteção ao eleitor, no período eleitoral, assim conhecendo a origem do citado código, juntamente com as suas alterações com o decorrer dos anos e conforme foi surgindo a necessidade de mudanças.

Contudo, o objetivo essencial deste trabalho é expor a importância da vigência da Lei n.º 4.737/65, frente a sociedade, em específico uma análise integral do artigo 236.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. A ORIGEM DO CÓDIGO ELEITORAL

Toda atividade que o ser humano desenvolve é regida por algumas regras, e algumas delas são tituladas "lei", que tem por objetivo controlar ou modificar o comportamento. Com o passar do tempo, conforme a sociedade vai se desenvolvendo, algumas necessidades vão surgindo, como a criação de algumas leis que são baseadas na experiência das relações humanas, para que cada vez mais possam viver em uma sociedade organizada, evitando os conflitos e desentendimentos entre os cidadãos.

Seguindo essa linha de raciocínio, alguns códigos foram criados com tais objetivos, evitar conflitos e desentendimentos. Especificamente será explanado o Código Eleitoral que foi instituído com o intento de organizar, dar transparência as eleições.

Sobre a origem do Código Eleitoral, esclarece Cláudio da Silva Leiria:

> A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, no governo de Getúlio Vargas, quando foi editado um Código Eleitoral. Em 1934 a Justiça Eleitoral teve sua existência formalizada na Constituição. [...] Como uma das formas de garantia da liberdade de voto do eleitor, além do voto secreto, o Código Eleitoral de 1932 (Decreto 21.076/32, de 24/02/1932) estabeleceu, como regra, a vedação da prisão em períodos imediatamente anteriores e posteriores ao dia de votação.

O código Eleitoral de 1932, trazia apenas umas exceção a vedação da prisão no período eleitoral, que se dava nos 5 (cinco) dias antecedentes até 24 horas após o dia da eleição. Essa exceção era exclusivamente de flagrante delito.

> Art. 98. Ficam assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:
>
> [...]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> § 2º Nenhuma autoridade pode, desde cinco dias antes e até 24 horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo flagrante delito.
>
> [...]
>
> § 5º Os membros das Mesas Receptoras, os fiscais de candidatos e os delegados de partido são invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo flagrante delito em crime inafiançável.

Com o passar do tempo, algumas alterações foram incluídas, se tornou permitido a prisão do eleitor decorrente de sentença criminal condenatória por crimes inafiançáveis, o que possibilitou foi a Lei n.º 48, de 04 de Maio de 1935.

> Art. 165. Serão assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> § 2º Nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até vinte e quatro horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crimes inafiançável;
>
> [...]
>
> § 5º Os membros das mesas receptoras, os candidatos, os fiscais de candidatos e os delegados de partidos serão invioláveis durante o exercício de suas funções, não podendo ser presos, ou detidos, salvo em flagrante delito;

Posteriormente, a Lei n.º 7.586, de 28 de Maio de 1945, fez uma única alteração à lei precedente, que foi no tocante ao prazo do período eleitoral que veda a prisão após o dia da eleição, de 24 horas para 48 horas.

> Art. 108. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias ao exercício do voto, nos termos seguintes:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> [...]
>
> § 2º Nenhuma autoridade poderá, desde cinco dias antes e até quarenta e oito horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável;

Em seguida, mediante a Lei n.º 1.164, de 24 de Julho de 1950, a alteração foi referente aos candidatos, o período da imunidade à prisão foi expandido para 15 (quinze) dias antes do dia da eleição.

> Art. 129. São assegurados aos eleitores os direitos e garantias de exercício do voto, nos termos.
>
> Seguintes:
>
> [...]
>
> § 4º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício das suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde quinze dias antes da eleição;

Após, sucedeu o atual Código Eleitoral, a Lei n.º 4.737/65, que acrescentou como exceção a proibição da prisão no período eleitoral, a hipótese de desrespeito à salvo-conduto, além de em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável.

3. CIRCUNSTÂNCIAS DE CABIMENTO DE PRISÃO COM BASE NO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL

> Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição.

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

O referido eleitor se trata do sujeito no gozo de seus direitos políticos, com sua aptidão eleitoral ativa, comprovada pelo título de eleitor, que é um documento que o torna devidamente alistado. Para estar incluído na vedação de sua prisão, não pode estar com o título eleitoral cancelado ou impedido, ter perdido os seus direitos políticos ou estar com eles suspensos.

Em análise as exceções no qual o eleitor pode ser preso no período eleitoral:

A. Prisão em flagrante delito: "trata-se de modalidade de prisão processual expressamente prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, e regulamentada nos arts". 301 a 310 do Código de Processo Penal.

"Em princípio, a palavra "flagrante" indica que o autor do delito foi visto praticando ato executório da infração penal e, por isso, acabou preso por quem o flagrou e levado até a autoridade policial." (REIS & GONÇALVES, p.388)

B. Mandado de prisão em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável: a lei não exige que a condenação seja transitada em julgado, mas essa condenação tem que ser resultante de um delito inafiançável, que é aquele que não considera o pagamento de fiança, e consequentemente, nem a liberdade provisória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

José Jairo Gomes resume bem a excepcionalidade do caso da prisão em razão da sentença condenatória:

> [...] À vista da letra b [sentença criminal condenatória por crime inafiançável], não se exige que a sentença tenha transitado em julgado; se o réu tiver sido mantido preso cautelarmente durante a instrução processual penal, poderá a sentença condenatória mantê-lo nesse estado; mas caso tenha respondido o processo em liberdade, poderá ser preso se os requisitos da prisão preventiva se apresentarem e assim o determinar a sentença condenatória (CPP, art. 387, parágrafo único).

O artigo 5º da Constituição Federal, nos incisos XLII a XLIV, considera tais crimes como sendo inafiançáveis:

Racismo;
Prática de tortura;
Tráfico de entorpecentes e drogas afins;
Crimes hediondos;
Terrorismo;
Ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o estado democrático.

É admissível o cumprimento de mandado de prisão preventiva proveniente de condenação recorrível por crimes inafiançáveis, e em relação à condenação definitiva, que é a transitada em julgado, será aceito o cumprimento de prisão durante o período eleitoral, pois quando transitada em julgado a sentença, o sentenciado tem os seus direitos políticos suspensos, deixando de ser considerado eleitor.

Desrespeito a salvo-conduto:

> Art. 235 do código eleitoral: "O juiz eleitoral, ou o presidente da mesa receptora, pode expedir salvo-conduto com a cominação de prisão por desobediência até 5 (cinco) dias, em favor do eleitor que sofrer violência, moral ou física, na sua liberdade de votar, ou pelo fato de haver votado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. A medida será válida para o período compreendido entre 72 (setenta e duas) horas antes até 48 (quarenta e oito) horas depois do pleito"

O salvo-conduto é um documento, que nos casos de eleição é emitido com a finalidade de garantir a integridade física e moral dos eleitores que enfrentam ameaças decorrentes da escolha do seu voto, caso este documento não seja cumprido, o indivíduo que desobedeceu pode ser preso conforme o artigo 235 do código eleitoral.

4.CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM PREVENTIVA

A partir da Lei 12.403/2012, a prisão em flagrante firmou como uma medida de natureza pré – cautelar. Aury Lopes Jr. relata que a prisão em flagrante "não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.". Assim, o juiz ao receber o flagrante delito, deve adotar umas das medias expostas no artigo 310 do Código de Processo Penal. Uma dessas hipóteses é a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva:

> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
>
> [...]
>
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;
>
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
>
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

A prisão preventiva convertida não se submete ao prazo referido no art. 313 do Código de Processo Penal, podendo ser decretada em apartado da pena máxima cominada ao delito, pois essa prisão é uma extensão da prisão em flagrante. Vale dizer que a prisão preventiva convertida não possui a mesma natureza da prisão preventiva autônoma ou independente, assim também sendo alcançada pela vedação do artigo 236 do Código Eleitoral, pois o seu intento é abster a prisão de eleitor que esteja em liberdade legítima, para que ele atinja o seu propósito do direito de votar, e não impossibilitar a manutenção ou recaptura do sujeito que já é segregado.

No momento em que o legislador eleitoral colocou como exceção a prisão em flagrante, sendo que a regra é a de que nenhum eleitor pode ser preso no período eleitoral, ele assumiu todas as suas consequências legais, pois a prisão em flagrante não se pode sustentar autonomamente, tendo que ser admitida no total e não parcialmente.

5 APRECIAÇÃO DO ARTIGO 236 DA LEI N.º 4.737/65

O artigo 236 do código eleitoral gera uma grande discussão entre os operadores do Direito, bem como a hesitação na sociedade, pelo fato de excitar o sentimento de impunidade. Alguns posicionamentos é no tocante a sua inconstitucionalidade, sua revogação e até a sua aplicabilidade restrita.

JOEL J. CÂNDIDO sustenta a revogação e a inconstitucionalidade do artigo 236 do código eleitoral:

> "Hoje, com a vigência do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, o art.236 e § 1°, do Código Eleitoral, esta revogado. Mesmo fora daqueles períodos, ninguém pode ser preso, a não ser nas exceções mencionada na lei. E pelas exceções constitucionais a prisão será legal, podendo ser efetuada

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mesmo dentro dos períodos aludidos no Código Eleitoral. Em resumo: se a prisão não for nos moldes da Constituição Federal, nunca poderá ser efetuada; dentro dos limites da Constituição Federal pode sempre ser executada, mesmo em época de eleição." (Joel Cândido, 2003, p. 303).

No sentido da inconstitucionalidade, o artigo citado é considerado um insulto ao princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, que está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, que diz que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Um insulto, pois divide os cidadãos em duas plataformas, uma no sujeito no gozo de seus direitos políticos, com sua aptidão eleitoral ativa, o eleitor, este que se encontra imune às prisões no período eleitoral prevista no artigo 236 da Lei n.º 4.737/65, e a outra engloba os cidadãos que estão sujeitos as prisões no período eleitoral. Nessa mesma linhagem da violação ao princípio da isonomia, é de se considerar que se dois cidadãos praticarem um mesmo delito, um sendo eleitor e o outro não, apenas um desses será punido com a prisão, pelo fato de não estar com a sua aptidão eleitoral ativa, ocasionando um tratamento desigual.

6.**ANÁLISE DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS**

Como cidadão, todos tem que saber os seus direitos e cumprir os seus deveres. As leis são criadas para garantir que a democracia e os direitos de todos sejam respeitados, e como toda pessoa tem o seu senso crítico, tem o livre- arbítrio, que é o poder de decidir as suas ações e pensamentos conforme suas vontades, suas necessidades, isso faz com que todo assunto existente tenham os pontos positivos e os negativos, pois cada ser humano tem uma forma de pensar, agir, de ver o mundo. Com o tema exposto não seria diferente.

Mesmo com tantas diferenças de pensamentos, as leis tem que ser respeitadas por todos, independentemente se aceitam ou não, pois são baseadas naquilo que será/seria melhor para uma nação. A vigência do artigo 236 do código eleitoral foi com o intuito de impedir, refrear que fossem criadas situações que prejudicassem as votações, influenciando o eleitor ou gerando dúvidas, por interesse de partidos políticos, pois se sabe que as pessoas muitas vezes perdem o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

senso de medida em época eleitoral, sendo muitos "fanáticos", apaixonados pela eleição.

Alguns pontos positivos do artigo 236 do código eleitoral, é que se fossem totalmente liberadas as prisões no período eleitoral, e se decretadas indevidamente, de alguma forma influenciariam o resultado das eleições. Imagine-se um candidato a cargo eletivo ser preso na véspera das eleições, o impacto seria de grande proporção, afetando o partido como um todo. Essa vedação à prisão no período eleitoral favorece para que não gere dúvidas quanto o resultado das eleições, pois se houvesse um grande número de prisão no período, poderiam os cidadãos temerem por ser um resultado manipulado. O artigo com maior enfoque na presente discussão está englobado no capítulo que diz respeitos as garantias eleitorais, colaborando para assegurar ao cidadão o direito de exercer o seu voto. A finalidade das garantias eleitorais é a de possibilitar que os eleitores compareçam à sua seção eleitoral no dia da eleição, para que possa escolher através do voto, os seus representantes, e que esse direito de escolha seja de forma livre e espontânea.

Se tratando dos pontos negativos, vale ressaltar sobre os direitos fundamentais, que são baseados nos princípios dos direitos humanos, garantindo a vida, a igualdade, a liberdade, a educação, a segurança e etc. Esses direitos não são intocáveis e absolutos. O homem se encontra em contato permanente com seu semelhante, e como qualquer ser humano, também logra de direitos e garantias, fazendo com que ocorram situações de conflitos entre esses direitos, e um dos pontos negativos diz exatamente a respeito desses conflitos, o artigo 236 da Lei n.º 4.737/65 causa uma colisão entre o direito particular ao voto e o direito da coletividade, ao mesmo tempo em que garante o direito ao voto ao eleitor, uma sociedade fica com a sensação de impunidade, insegurança, quando um dos direitos baseados nos princípios dos direitos humanos é o da segurança, pois essa vedação a prisão no período eleitoral dá a sensação de que fomenta o íntimo dos delinquentes, para que possam de alguma maneira praticar algum delito, desde que seja minucioso nos seus atos para que não sejam preso em flagrante. Um exemplo seria um perigoso assaltante, acusado de roubos, homicídio, estupros, estando foragido e com prisão preventiva decretada, e sendo eleitor apareceu para usufruir do seu direito de voto, mas não pode ser preso, pois a sua prisão não se enquadram nas exceções previstas no artigo que veda a prisão no período eleitoral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

7.CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, a vedação à prisão no período eleitoral perdura no Brasil desde a publicação do Código Eleitoral de 1932, no governo de Getúlio Vargas. Essa vedação foi se aprimorando com o passar do tempo, o seu objetivo era assegurar o máximo de comparecimento nas urnas, inibir que prisões infundadas controlassem o eleitorado, entre outros pontos. No princípio o período eleitoral se dava 5 (cinco) dias antecedentes até 24 (vinte e quatro) horas após o dia da eleição, a exceção a vedação era exclusivamente de flagrante delito.

Atualmente, a Lei n.º 4.737/65 que sucedeu o presente código eleitoral, expõe que o período eleitoral se dá desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, e a exceção a vedação da prisão nesse período não é somente a prisão em flagrante, como também em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, por desrespeito a salvo-conduto. Isso se enquadra somente para os eleitores. Nos casos de membros das mesas receptoras, fiscais de partido e os candidatos políticos, esse período se dá desde 15 (quinze) dias que antecede a eleição, e a exceção é somente a prisão em flagrante delito. Não está especificado em lei, mas um estudo mais aprofundado nos mostra que além das exceções prevista no artigo 236 do código eleitoral, é possível a conversão da prisão em flagrante delito em preventiva, pois uma é extensão da outra, no momento em que o legislador colocou como exceção o flagrante delito, ele automaticamente assumiu as suas consequências.

O Artigo 236 do código eleitoral provoca um conflito entre os operados do Direito, que é alusivo a sua inconstitucionalidade, sua revogação e até a sua aplicabilidade restrita. Ao mesmo tempo em que o artigo indicado garante ao eleitor realizar um dos seus direitos como eleitor, que é o voto, também gera para sociedade uma sensação de insegurança.

Portanto, que os legisladores repensem e produzam normas que especifique exceções que garantem o exercício da democracia, mas que ao mesmo tempo possibilite a aplicação das penas, trazendo para nação a segurança, que é um dos princípios dos direitos humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965: Código Eleitoral**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm/ >. Acesso em: 23 de janeiro de.2019.

BRASIL. **Lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941: Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm/ >. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei n.º 48, de 4 de Maio de 1935: Modifica o Código Eleitoral.**Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0048.htm/ >. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei n.º 7.586, de 28 de Maio de 1945.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7586.htm. Acesso em: 23 Jan.2019.

BRASIL. **Lei n.º 1.164, de 24 de Julho de 1950: Institui o Código Eleitoral.**Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L1164.htm/ >. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932 : Código Eleitoral.**Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html/ >. Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

LEIRIA, Cláudio da Silva. **Repensando o artigo 236 do Código Eleitoral**. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468964.pdf/ >. Acessado em: 23 de janeiro de 2019.

TSE. **Código Eleitoral**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/codigo-eleitoral**/** >. Acessado em: 23 de janeiro de 2019.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo & GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 6ª Edição. Editora Saraiva Jus. São Paulo. Ano 2017.

LOPES JR, Aury. ***Direito Processual Penal E Sua Conformidade Com A Constituição***. Editora Lumen Juri. Ano...

CÂNDIDO, Joel João. **Direito Eleitoral Brasileiro**, 10ª edição, 2ª tiragem. Bauru: Edipro, Ano 2003.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, Ano 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DA PRÁTICA CRIMINOSA DO ABORTO NO BRASIL E O ESTUDO COMPARADO DA DESCRIMINALIZAÇÃO EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

AMANDA DE SOUZA RODRIGUES:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - TO.

ENIO WALCACER

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa tecer uma análise comparada do instituto do aborto no Brasil em relação aos países da América Latina no que se refere aos avanços e retrocessos no campo dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, evidenciando a temática da descriminalização do aborto. O estudo visa compreender como a criminalização do aborto, tal como ocorre hoje na legislação vigente, atinge de modo coletivo o direito à saúde das mulheres e quais as possíveis consequências da legalização do aborto no Brasil e nos países latinos. O método de estudo a ser utilizado no presente artigo pode ser compreendido como bibliográfico-documental e quanto ao procedimento utilizado é o exploratório, o mesmo aprimora as ideias ou descobre intuições.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Saúde; América Latina; Descriminalização.

1. INTRODUÇÃO

O aborto é compreendido como uma técnica milenar que nem sempre foi interpretada de modo clandestino ou socialmente reprovada. A discussão que versa sobre os direitos reprodutivos e acerca da descriminalização do aborto na América Latina se fundamentou a partir de forças distintas a fim de contribuir para a formação de um quadro mais polarizado e mediante os anseios da sociedade, que está em constante evolução.

Em consonância com os dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, o aborto constitui a 5ª causa de morte materna no País. Em 2016, dos 1.670 óbitos causados

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

por problemas relacionados à gravidez, ao parto ou ocorridos até 42 dias depois, 127 foram devido ao abortamento. (BRASIL, 2016)

Através de um estudo realizado com o título "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde" disponibilizado pelo Instituto de Pesquisas Aplicadas - IPEA, aferiu que um índice de 7,1% dos estupros ocorridos em 2014 resultara em gravidez, de acordo com estatísticas fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. O estudo apontou que dentre as mulheres vítimas grávidas como consequência do estupro, 19,3% realizaram aborto previsto em lei. Essa proporção cai para 5,0% entre adolescentes e 5,6% entre crianças. (IPEA, 2014)

Nesse contexto, as medidas que se referem à saúde pública adotadas pelo Estado levam em conta, dentre outras características, o artigo 196 da Carta Magna de 1988, que dispõe que o Estado detém o compromisso com a tomada de medidas políticas, sociais e econômicas a fim de promover e recuperar a saúde da população, a fim de reduzir nocividades ao meio social. O aborto é a razão para que inúmeras mulheres procurem clínicas clandestinas para realizarem a prática que, em muitas vezes, pode comprometer a vida da gestante tendo em vista os ambientes precários e insalubres encontrados por quem não dispõe de muitos recursos financeiros para realização do aborto.

O debate acalorado frente à questão da descriminalização e suas consequências ainda gera diversos questionamentos e, muitos deles, fundamentam-se em relação aos direitos à dignidade e autonomia da mulher e, de modo oposto, ao direito à vida do embrião. Para tanto, o presente artigo, no seu primeiro capítulo analisará o conceito na visão de diversos doutrinadores e juristas, a origem e a evolução do aborto no Brasil de modo a promover um detalhamento aprofundado da questão. Será analisada ainda a criminalização do aborto frente às legislações brasileiras, nesse tópico, será abordado como o tema era tratado desde o Código Imperial de 1830 até a legislação atual.

O segundo capítulo do presente artigo abordará um estudo comparado da descriminalização do aborto em países da América Latina, de modo a tecer um comparativo entre a legislação brasileira com as demais. Por fim, o último capítulo trará a questão da descriminalização do aborto no Brasil como uma questão de saúde pública, tendo em vista que embora reconhecida a ilegalidade do aborto no país, muitas mulheres se submetem, diariamente, aos métodos clandestinos ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

medicações proibidas para a realização da prática, muitas vezes colocando sua saúde em risco.

Quanto à metodologia do estudo, para Macedo (1994, p. 30), *methodos*significa organização, e logos, estudo sistemático, pesquisa, investigação; ou seja, metodologia é o estudo da organização, dos caminhos a serem percorridos, para se realizar uma pesquisa ou um estudo, ou para se fazer ciência. Etimologicamente, significa o estudo dos caminhos, dos instrumentos utilizados para fazer uma pesquisa científica. O método de estudo a ser utilizado no presente estudo pode ser compreendido como bibliográfico-documental e quanto ao procedimento utilizado é o exploratório, o mesmo aprimora as ideias ou descobre intuições.

2. CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DO ABORTO NO BRASIL

O aborto sempre foi um tema presente em diversos debates e discussões ao longo da história, por se tratar de uma questão complexa que envolve vários campos de atuação como, por exemplo, o direito, a medicina, a religião e a moral. No Brasil há registros da prática do abordo desde o período colonial, todavia, nessa época o aborto não possuía nenhum amparo ou menção na legislação e ainda não era considerado um tema de grande relevância no mundo.

A palavra aborto deriva-se de um termo em latim *abortus* derivado da composição de um prefixo *ab* que se compreende em privação e *ortus*, que significa nascimento. Dessa forma, tem-se que seu significado consiste na privação do nascimento e, de modo geral, afere-se a palavra aborto à morte de uma criança ainda no ventre materno, provocada a qualquer momento da gestação, período que vai desde a fecundação do embrião até os momentos precedentes ao nascimento. (ALVES, 1999, p. 113)

Nos dizeres de Pierangeli (2005, p. 83) a palavra aborto vem do latim *abortus*que significa privação do nascimento, segundo o autor, "a interrupção voluntária da gravidez com a expulsão do feto do interior do corpo materno, tendo como resultado a destruição do produto da concepção."

Desse modo, vale a exposição dos ensinamentos de alguns doutrinadores, Capez (2004, p. 108), em sua obra, conceitua o aborto como:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A interrupção da gravidez com a conseqüente 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 inicio da concepção ate o inicio do parto.

E, ainda sobre o conceito, Mirabette (2011, p. 57) leciona:

> Aborto e a interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) o 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 não deixara de haver, no caso, o aborto.

Verardo (1996, 118) salienta que alguns obstetras delimitam o tempo de gestação para definir o aborto: "até a 22ª semana da gravidez; a interrupção após este período é considerada parto prematuro e se houver óbito do feto, este é considerado natimorto." Ou seja, até os cinco meses e meio de gravidez a expulsão do feto é considerada aborto pela medicina, dos cinco meses e meio em diante, parto prematuro.

De acordo com Emmerick (2008, p. 61) “a prática do aborto já constava das linhas das primeiras cartas jesuíticas, sendo de uso recorrente entre mulheres indígenas”. Segundo a autora, tudo leva a crer que a prática do aborto já fazia parte da vida das mulheres tanto no Brasil quanto em Portugal.

Nesse sentido, Emmerick (2008, p. 62) elucida que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A condição feminina no Brasil Colônia esta associada aos interesses religiosos, políticos, econômicos e sociais da época, ou seja, estritamente ligada ao projeto da colonização do império colonial português. O Estado português tinha como preocupação central o vazio demográfico do Brasil Colônia, ao passo que a preocupação central da Igreja Católica era com a questão moral no insipiente Estado colonial, construindo uma associação da mulher à imagem da "santa - mãe".

Vale ressaltar que nesse período o aborto já era criminalizado pela Igreja Católica, que repudiava o tema diante da questão moral envolvida. Naquela época, mulheres que abortavam eram consideradas adúlteras e pecadoras, sofrendo penas morais e religiosas impostas pela Igreja, nos conhecidos Tribunais Eclesiásticos dos quais decorreram, posteriormente a Inquisição promovida pela Igreja Católica.

Mendes (2011, online) elucida que embora houvesse uma forte repressão ao aborto, as mulheres ainda o realizavam diante das péssimas condições em que viviam no período colonial, devido à pobreza e ao abandono, além da tentativa de esconder a ilegitimidade dos filhos.

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2007) estabeleceu o conceito de aborto no ano de 1977, com o objetivo de unificar os critérios e não subestimar a morte do feto, definindo-o como a expulsão ou extração uterina de um embrião ou feto de 500g ou menos.

Nesse sentido, conforme elucida Freitas (2011, p. 72):

> Estabeleceu-se a idade gestacional de vinte e duas semanas, que coincide aproximadamente com o peso estabelecido para o feto, definindo ainda o aborto como interrupção da gravidez quando o feto ainda não é viável fora do ventre materno. A viabilidade extrauterina é um conceito que se modifica e depende do progresso da medicina e da tecnologia, estando atualmente em torno das vinte e duas semanas de gestação.

Por sua vez, Matielo (1994, p. 102) esclarece que o aborto ocorre com a morte do feto ou embrião, nas palavras do autor, "independente da expulsão do produto,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pois circunstâncias diversas podem acarretar a reabsorção daquele pelo organismo materno, o que não descaracteriza a ocorrência do aborto."

Embora o aborto seja uma expressão bastante utilizada, sua interpretação ainda não é uniforme, Galeotti (2011, p. 25) leciona:

> As leis, tanto as mais permissivas como as mais restritivas, distinguem entre aborto terapêutico e aborto eletivo ou voluntário. O aborto terapêutico é realizado por razões médicas e o aborto eletivo ou voluntário se realiza por escolha da mãe e sob seu critério que, pode ser, dentre outros: idade; incapacidade para cuidar de um filho por razões econômicas, sociais, etc.; estigma ou o que representa uma gravidez fora do matrimônio em algumas culturas; decisão pessoal de não querer ser mãe.

De acordo com Bitencourt (2007, p. 39), "o bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação." Nesse contexto, o Direito Penal protege a vida humana desde o momento da concepção, de forma que a destruição desta vida, até o início do parto configura aborto, que pode ou não ser considerado criminoso.

No Brasil, o aborto apenas passou a ser tipificado como crime a partir do Código Criminal Imperial, de 1830 e, mesmo assim, apenas quando realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. "Era punível também o mero fornecimento de meios abortivos, ainda que o aborto não ocorresse", conforme elucida Prado (2008, p. 91). Contudo, Emmerick (2008, p. 58) afirma que "o bem jurídico tutelado era a segurança da pessoa, no caso a mulher, e não a vida do feto".

3. UM BREVE RESGATE ÀS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS

Durante muito tempo a prática abortiva não foi considerada como conduta criminosa no Brasil, não havendo tipificação da mesma nas legislações penais. Considerava-se, neste tempo, que a mulher tinha a livre disposição sobre o seu corpo, no que tange à concepção, podendo escolher se interrompia ou não a sua gestação sem que isso incorresse em qualquer tipificação penal. Desta feita, o aborto consentido não era punido legalmente, sendo tido como um mero ato de escolha, que se feito de forma livre e consentida não implicaria em punição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nas palavras de Bitencourt (2011, p.87) o aborto só é criminoso quando provocado, pois, possui a finalidade de interromper a gravidez, e eliminar o produto da concepção, sendo exercido sobre a gestante, ou sobre o próprio feto ou embrião. O autor também esclarece que: a mulher apenas consente na prática abortiva, sendo a execução material do crime feita por terceira pessoa, podendo, porém, haver o concurso material de pessoas.

Com a chegada do Código Penal do Império de 1830 o aborto teve sua inclusão nos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, com previsão em seus artigos 199° e 200°, onde prevalecia penas específicas por meio da seção denominada infanticídio.

Nesse sentido, o Código Penal Imperial (1830), preceitua em seus artigos:

> Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Pena - de prisão com trabalho por um a cinco anos.Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas.
>
> Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique. Penas de prisão com trabalho por dois a seis anos.
>
> Se este crime for cometido por Medico, Boticário, Cirurgião ou Praticante de tais artes. Penas-dobradas. (BRASIL, 1830)

Após 60 anos do Código Imperial, o Código Penal de 1890 trouxe uma continuidade na punição para a prática do aborto, todavia, a pena seria reduzida a 1/3 se o aborto fosse realizado para encobrir o que a lei denominou de "desonra própria". Nesse período, em casos de estupros a mulher ainda assim recebia punição, porém havia redução de pena.

Com a chegada do Código Penal de 1940, foi estabelecido que quando o aborto fosse realizado por uma figura médica, no objetivo de salvar a vida da gestante, sem que existisse outra alternativa para salvá-la, não seria caracterizado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

como crime. O Código Penal também trouxe em seu texto que em casos de estupro, onde fosse da vontade da gestante fazer o aborto, a ação não seria considerada crime.

No nosso país o aborto apenas é liberado quando existem situações extremas, como a gravidez de risco de morte para gestante, casos de estupro e, com a criação da ADPF n° 54 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, ocorreram algumas alterações acerca do aborto em casos de anencéfalos, tendo em vista que a mesma tornou-se legal em casos pontuais. A decisão aferida pelo STF afetou de modo direto a sociedade, tendo em vista que debates e divergências ganharam pauta sobre o assunto. (BRASIL, 2009)

Bitencourt (2011, p. 55) leciona que "a doutrina médica especializada classifica o aborto, em razão de anomalias (ex: anencefalia), como sendo uma Interrupção Seletiva da Gestação (ISG)." Neste caso, constata-se que o feto apresenta patologias incompatíveis com a vida extrauterina.

Atualmente, o diagnóstico de anencéfalos é de fácil constatação. Nesse sentido, Carvalho (2015, p. 71) elucida que:

> Hoje, com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese.

Dessa forma, a referida ADPF prevê à gestante a possibilidade de interromper ou não a gestação de um feto anencéfalo. A legislação buscou proteger a integridade da gestante e resguardar seu direito de escolha em manter ou não a gravidez.

No tocante aos casos de estupro ou em risco eminente à gestante, o artigo 128 do Código Penal prevê:

> Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: Se não há outro meio para a vida da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> gestante. Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Nesse sentido, na visão de Rocha (2000, p. 55):

> A prática do aborto quando cometida em defesa da honra da gestante, ou seja, quando a grávida foi estuprada, é plenamente justificável, de acordo com as leis referentes ao assunto. Em conflito com os direitos de personalidade, aborda-se o direito ao uso do corpo da gestante violado, como também seu direito à honra e à integridade física e psíquica, contrapondo-se com o direito à vida do nascituro. Com isto, o constrangimento físico, a tortura psíquica, o vexame social ao qual a vítima foi submetida, constituem a redução de sua dignidade, dever constitucional do Estado para com ela.

A autora evidencia o respaldo da lei à gestante que sofre estupro e engravida do criminoso, em que, na visão da autora, esses casos são completamente justificáveis de acordo com as leis referentes ao tema, pois a violação física sofrida pela vítima afeta a sua dignidade, dever este do Estado para com todos os cidadãos.

Vale ressaltar que o Brasil é um país que pouco evoluiu na questão da legalização ou descriminalização do aborto. Diversos países, sobretudo da América Latina, já possuem o aborto legal e irrestrito, nos quais identifica-se uma grande queda no número de mortes maternas, tendo em vista que nos países onde há a criminalização, muitas mulheres utilizam-se de meios clandestinos e irregulares para realização de tal procedimento, não obtendo o amparo do Estado.

Existe em discussão um projeto de lei que visa garantir a proteção integral ao nascituro, tendo como base a ideia de que a vida humana se inicia no momento da concepção, é o chamado Estatuto do Nascituro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

De acordo com o projeto, o nascituro, apesar de ainda não nascido, já é possuidor de direitos, como da dignidade, por isso deve gozar da proteção jurídica desde a sua concepção. Assim, conforme o projeto, o nascituro já tem direitos patrimoniais, como o direito à herança, porém, esses direitos somente serão efetivados se o nascituro realmente nascer.

O Estatuto visa alterar a legislação atual, tornando qualquer forma de aborto em crime hediondo, independente da circunstância, além de proibir o congelamento, descarte e comércio de embriões humanos, com a única finalidade de serem suas células transplantadas em adultos doentes.

Tal iniciativa traz grande repercussão, visto que vai na contramão da evolução histórico-legislativo do aborto no Brasil, ferindo aos direitos já conquistados durante décadas.

Atualmente, apesar de a legislação permitir o aborto em certas circunstâncias, como no caso de estupro, ou de risco de vida da gestante, nosso ordenamento traz certas garantias ao nascituro, como por exemplo o direito de o nascituro receber doação (art. 542. Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), dentre vários outros.

4. O ABORTO NO DIREITO COMPARADO EM PASÍSES DA AMÉRICA LATINA

Inicialmente, insta frisar que os relatos da existência do aborto permeiam desde o início das civilizações e tal fato aponta a necessidade e o desejo das mulheres em terem a autonomia sobre seus corpos e sobre a sua liberdade reprodutiva. Nesse sentido, o número de países que optam pela descriminalização ou pela legalização do aborto não para de crescer, contudo, em alguns países, a exemplo do Brasil, a legislação opta por aceitar o aborto apenas em situações específicas como, por exemplo, em casos de estupro ou quando o parto insere risco de vida à gestante e, recentemente, também abriu espaço ao caso de má formação fetal.

Nesse sentido, nota-se a importância em tecer uma análise frente ao direito comparado, especialmente no que tange aos países da América Latina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Uruguai, o aborto, conforme as palavras de Johnson (2015), a partir de 1985, com a redemocratização do país, o debate social e parlamentar sobre a descriminalização do aborto adquiriu densidade e intensidade. No final da década de noventa, os abortos inseguros eram a maior causa de morte materna no país, representando quase trinta por cento das mortes. O problema foi evidenciado notadamente no principal hospital de maternidade uruguaio, que atende a toda a população de baixa renda de Montevidéu.

No país, entre os anos de 1985 e 2007 foram apresentados diversos projetos de lei que versam sobre o aborto, com isso, o debate se manteve longo e exaustivo, de modo a desencadear uma maior presença na agenda pública e ampliando-se extensivamente. O fervor público durante esses anos manifestou-se através de inúmeras campanhas clamando pelo direito ao aborto legal, de modo a viabilizar condições para o pleno exercício dos direitos reprodutivos da classe feminina. (JOHNSON, 2015)

Posteriormente, como consequência de tais manifestações, em 2012 foi aprovada a Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez no Uruguai, dispositivo esse que visa garantir total amparo às mulheres que optam por interromper uma gravidez indesejada, seja ela por qualquer motivo, desde que no período gestacional preestabelecido. (JOHNSON, 2015)

Nesse sentido, Maia (2008, p. 59) elucida que "o aborto é legalizado até a décima segunda semana de gravidez." Em caso de estupro, amplia-se para catorze semanas o prazo e havendo má formação do feto ou risco de vida para a mãe o aborto é legal a qualquer momento da gravidez, com isso, o Estado uruguaio viabiliza a prática de um aborto seguro.

No que tange ao direito argentino, a legislação permite a realização de aborto em alguns casos específicos como, por exemplo, quando incorre risco à vida e à saúde da gestante, em casos de estupro e abuso a uma mulher incapacitada. Todavia, o dispositivo que dispõe sobre tal questão gera controvérsias na interpretação entre juízes e profissionais da saúde, de modo a gerar polêmicas. (MATIELO, 1994)

No ano de 2013, um hospital situado em Buenos Aires negou-se a realizar o aborto, se pautando em uma interpretação controvérsia da lei, utilizada em sua

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

maioria, por grupos conservadores. Nesse sentido, o Ministério da Saúde de Buenos Aires teve de intervir na ocasião mencionada a fim de garantir o direito da mulher ao aborto. (MAIA, 2008, p. 25)

Dessa forma, insta frisar a referida lei argentina, segundo Ramos (2015, p. 108):

> O artigo 86 do Código Penal argentino diz que o aborto praticado por um médico diplomado, com o consentimento da mulher grávida, não é punível nos seguintes casos: a) se for realizado com a finalidade de evitar um perigo para a vida ou para a saúde da mãe e sempre que esse perigo não possa ser evitado através de outros meios; 26 b) se a gravidez provém de estupro ou de um atentado ao pudor cometido contra uma mulher portadora de deficiência.

Ramos (2015) ainda elucida que a restrição é bem nítida e coloca a Argentina no grupo de países nos quais o aborto ainda é considerado como um crime, de modo semelhante à legislação brasileira. Todavia, a experiência indica que a criminalização não coíbe tal prática, tendo em vista que milhares de mulheres se submetem a intervenções em clínicas clandestinas, modo esse completamente nocivo à saúde da gestante, tendo por consequência um elevado número de mortes em decorrência da prática ilícita.

Ramos (2015) ressalta ainda que o aborto ilegal é a principal causa de morte materna no país, estimando-se que são realizados quinhentos mil abortos ilegais por ano e, segundo estatísticas do Ministério da Saúde argentino, morrem mais de cem mulheres por ano em decorrência dessas práticas.

No que diz respeito ao direito cubano, o aborto é permitido desde o ano de 1965, momento em que a legislação previu que a mulher poderia realizar o procedimento por qualquer motivo até a décima semana de gestação. Após a legalização no país, as pesquisas apontaram uma visível queda na mortalidade materna, além da diminuição da taxa de fecundidade em solo pátrio. O aborto em Cuba é permitido em qualquer ocasião e pode ser realizado de modo gratuito sob a solicitação da gestante no sistema de saúde público do país. (RAMOS, 2015)

No que cerne ao direito mexicano, Malkin (2008, p. 91) elucida:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Em relação ao México o aborto foi considerado legal pelo governo da Cidade do México em 2007 e a partir de então passou a ser oferecido gratuitamente a todas as mulheres, principalmente àquelas mais pobres, para evitar que recorressem a clínicas ilegais e parteiras, enquanto as mulheres ricas realizavam o procedimento em consultórios e clínicas particulares. Contudo, as reações por parte dos próprios ginecologistas que atendem nos hospitais públicos foram contrárias e a maioria destes recusava-se a realizar abortos ou tratavam com hostilidade as pacientes, humilhando-as e impondo barreiras burocráticas para o acesso a esse direito.

Em relação ao México, o aborto é uma questão ainda controversa, onde na Cidade do México o aborto ampara qualquer mulher com gestação de até 12 semanas, todavia, é proibido em 18 das 31 constituições estaduais em vigência no país. Desde a sua descriminalização, em 2007, estima-se que mais de cinquenta mil abortos tenham sido realizados e, em estados mais conservadores, como é o caso do Guanajuato, algumas mulheres que o praticaram, foram condenadas a regime de detenção. (MALKIN, 2008)

A Colômbia compreende um panorama mais amplificado sobre o tema, sendo que uma mudança recente na legislação incluiu algumas ocasiões em que a prática do aborto é considerada legal. Até o ano de 2006, a prática era considerada crime em toda e qualquer circunstância, entretanto, os índices de mortalidade materna de colombianas não paravam de crescer.

Nesse sentido, Velez (2005, p. 88) leciona:

> De acordo com estudos do Departamento Administrativo Nacional de Estatística (DANE), o aborto correspondia a 16% das causas de morte materna na Colômbia antes da criação dos permissivos legais no ano de 2006. Outro fator é que os projetos de descriminalização do aborto proposto pelos senadores e senadoras propunham a legalidade em casos específicos, não a descriminalização total, e em sua maioria eles incluíam como prerrogativa que a realização do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> procedimento deveria ter autorização expressa do marido e/ou requerimento de comprovação por parte de um juiz.

Desse modo, em observância à citação do aludido autor, nota-se que a finalidade das propostas que incorreram na mudança da legislação no país era o combate à mortalidade materna, tendo em vista o alto número de gestantes que se submeteram ao aborto clandestino nas últimas décadas.

Outro fato relevante sobre o aborto na Colômbia foi uma recente liminar que aprovou que abortos sejam realizados até instantes antes do nascimento, incitando contra o limite inicial de 24 semanas até então estabelecidas na legislação. O debate iniciou-se com o apelo de uma gestante que desejava praticar o aborto com 26 semanas de gestação, utilizando-se da justificativa do diagnóstico de uma doença genética que viria poder causar cegueira à criança. A votação aprovou o pedido por 06 voto a 03, sendo que os juízes da Corte Constitucional, em face ao ativismo judicial, estabeleceram que o aborto pode ocorrer desde a fecundação até instantes antes do nascimento. (VELEZ, 2005)

No Brasil, o aborto também é um tema que foi judicializado na Suprema Corte. Na Constituição Federal de 1988, o aborto é mencionado em seus artigos 124 e 126, criminalizando-o, pois se compreende em uma violação à vida potencial do feto. Por se tratar de um tema tão polêmico e com inúmeras divergências, existe uma necessidade de apreciação mais atenuada.

Recentemente, a pauta foi retomada no Brasil após a polêmica decisão (HC 124.306/RJ) da 1ª Turma do STF, em que se discutiu a revogação da prisão de pessoas atreladas a um caso de aborto. O Ministro Barroso, ao justificar seu voto, argumentou que a criminalização do aborto não é aplicada em países democráticos mais desenvolvidos, tendo em vista que a criminalização do aborto não extingue o fato de mulheres procurarem clínicas clandestinas e, até mesmo colocar em risco sua própria vida.

Nas palavras do Ministro Barroso (2017, p. 28):

> A interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos Artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.

A questão exposta inerente ao ativismo judicial se dá na postura do Supremo Tribunal Federal, ao contrariar a legislação prevista que assegura o direito à vida humana do nascituro. A decisão do STF modifica uma norma vigente, colocando em pauta o ativismo judicial cometido em tal caso.

Considerando que os membros do judiciário não são eleitos popularmente, surgem questionamentos quanto à legitimidade de um ministro modificar, de certa forma, uma lei vigente.

Amaral (2014, p. 35) afirma que alguns casos são omitidos pela legislação:

> As hipóteses em que a lei permite o aborto não contemplam a realidade brasileira e, mais do que isso, desconsideram que a continuidade de uma gestação indesejada fere psicologicamente a mulher e compromete sua saúde mental. Somando-se a essa situação, também existe o risco de um aborto clandestino, praticado por centenas de mulheres no país, com uma grande taxa de óbitos decorrentes de práticas não profissionais, infecções e outras complicações.

Ante o exposto, vale ressaltar que é fundamental uma atualização frente à questão do aborto no Brasil, tendo em vista os exemplos de alguns países da América Latina, citados no corpo do presente artigo, que já optaram por descriminalizar ou legalizar o aborto, de modo a promover à mulher o direito de escolha e o total amparo legal para a prática abortiva.

Como demonstrado anteriormente, tal medida viabiliza a diminuição das taxas de mortalidade, pois assim as gestantes não procurariam clínicas clandestinas que hoje realizam o aborto sem os devidos preparos e cuidados necessários à prática, mas hospitais que garante à gestante um atendimento mais adequado e humanizado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Apesar de ser amplamente reconhecida a ilegalidade do aborto no Brasil, muitas mulheres se submetem, diariamente, aos métodos clandestinos ou medicações proibidas para a realização da prática. Os abortos realizados clandestinamente constituem uma afronta à questão de saúde pública, de modo a propiciar uma elevada quantidade de mortes maternas, principalmente no que diz respeito às mulheres negras, de baixa renda e escolaridade.

Insta frisar que nem todo aborto clandestino é inseguro, para uma pequena parcela das mulheres que podem pagar, existem clínicas clandestinas com excelentes condições de higiene e profissionais treinados. Contudo, a realidade brasileira é controversa, onde a grande maioria da população não possui poder aquisitivo para investir em uma boa clínica, não restando alternativa a não ser sesubmeter a realizar o procedimento em ambientes insalubres e sem condições necessárias, gerando riscos à sua saúde, e em uma grande parcela dos casos, o óbito da gestante.

Nesse sentido, Diniz (2008, p. 105) tece seu posicionamento frente à questão:

> Essa abordagem, combinada com questões éticas extremamente necessárias, indica que adentrar nos problemas morais, biológicos e jurídicos que afetam o início da vida deve partir da consideração de que a sociedade atual é uma sociedade plural, com distintas convicções sobre aspectos éticos e morais, compreendendo as diversas respostas sobre os limites e os alcances do direito à vida e que lugar deve ocupar o aborto no debate da autonomia reprodutiva da mulher.

Encontrar fundamentos que respaldem a descriminalização do aborto como uma questão de saúde pública não é tarefa considerada fácil. Todavia, não se pode ignorar os argumentos da Organização Mundial da Saúde, que roga que a cada ano, mais de quatro milhões de mulheres se submetem a abortos clandestinos na América Latina e em torno de seis mil dessas mulheres morrem em decorrência da prática desse tipo de aborto. (OMS, 2016)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Blay (2008, p. 65) elucida que ao tratar do direito ao aborto se costuma fazer menção ao direito à vida, "mas esta não é a única forma de compreender a questão: encontram-se, em controvérsia, também, o direito à saúde, à autonomia pessoal e à educação."

Em consonância com o autor, o direito à vida se encontra previsto na Constituição Federal de 1988 e está incluído também nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, em menção específica ao aborto, trata-se não apenas do direito à vida do feto, mas também à vida da mulher gestante. Blay (2008, p. 67) ainda acrescenta em relação ao tema:

> Toda mulher tem direito a decidir, então, sobre sua vida, mais ainda quando se trata de seu próprio corpo. Se o direito à vida do feto se contrapõe ao direito de toda mulher a decidir sobre sua vida, sobre seu projeto de vida e sobre seu corpo, por um lado, essa livre escolha causará danos ao feto e a terceiros, cabendo aí o limite constitucional (também relativo) da autonomia pessoal. Isso deixa duas situações: a primeira, quando o feto não sente dor; a segunda, quando sente. Assim, antes de formado o tubo neural, o feto não sente dor, não sente nada. Nessa instância, a presença de um dano em um ser que não sente se torna controvertida. Porém, se trata de ter consciência de uma situação: uma mulher que não quer ter um filho, que está grávida e que, se seu direito não existe, deverá ver como seu corpo se modifica por um filho indesejado e o verá nascer, quando não o quer em sua vida. Assim, também se pode argumentar que a vida digna de uma mulher não tem menor valor do que a vida de um feto. O aborto é um procedimento demasiadamente intrusivo e ninguém o deseja. É uma situação temida, dolorosa, mas milhares de mulheres recorrem a isso, amparadas ou não pela lei.

Segundo o Ministério da Saúde (2009, p. 13), é necessário compreender o aborto "como uma questão de saúde pública em um Estado laico e plural inaugura um novo caminho argumentativo, no qual o campo da saúde pública traz sérias e importantes evidências para o debate".

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Todavia, apesar dos avanços ocorridos na discussão sobre Direitos Humanos, percebe-se que, tanto o Brasil quanto alguns países da América Latina, são países fortemente marcados por paradigmas religiosos que se contrapõem na construção de novas políticas públicas que visem avanços nos direitos das mulheres, sobretudo, o devido amparo legal frente ao aborto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou promover uma análise frente à realidade legislativa brasileira em relação à descriminalização do aborto em um estudo comparado aos países da América Latina.

A abordagem ao assunto promove diversas polêmicas, de modo a dividir opiniões entre os defensores do direito à escolha da mulher acerca da continuidade ou não da gestação e àqueles que pugnam pelo direito à vida do nascituro.

Considerando que o Brasil é um estado intitulado laico, motivações de cunho religioso, histórico ou cultural não deveriam ser utilizadas como forma de justificar violações aos direitos humanos.

Insta ressaltar que os países que optaram por descriminalizar o aborto não verificaram aumento no número de procedimentos realizados anualmente, fato esse que colabora com a tese defendida pela legalização do aborto, considerando que a maioria das mulheres não deixam de praticar o ato em decorrência da ilegalidade. Além do mais, o número de condenações pela prática do mesmo é irrisório.

Desse modo, observa-se que a legislação vigente visa proteger a vida do feto, entretanto compromete a saúde de milhões de mulheres que se submetem à realização da prática em condições precárias e degradantes.

Nesse sentido, vale concluir com relação ao aborto, no que tange aos países da América Latina, no Uruguai, em 2012 foi aprovada a Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez, dispositivo esse que objetiva aferir total amparo às mulheres que optam por interromper uma gravidez indesejada, seja por qualquer motivo, com isso, o Estado uruguaio passou a viabilizar a prática de um aborto seguro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Na Argentina a legislação permite a realização de aborto em alguns casos específicos como, por exemplo, quando incorre risco à vida e à saúde da gestante, em casos de estupro e abuso a uma mulher incapacitada.

Na sistemática do direito cubano, desde 1965 o aborto é permitido por qualquer razão até a décima semana gestacional, a prática do aborto no país pode ser realizada de modo gratuito sob uma solicitação advinda da gestante no sistema de saúde público de Cuba. Insta frisar que, após a legalização no país, as pesquisas apontaram uma grande queda na taxa de mortalidade materna.

Já em solo mexicano, o aborto ainda se configura em uma questão controversa, onde na Cidade do México o aborto ampara qualquer mulher até a 12ª semana gestacional, contudo, o aborto é proibido em 18 dos 31 estados mexicanos.

Após todo o exposto, vale concluir que é fundamental uma atualização frente à questão do aborto no Brasil, tendo em vista exemplos de alguns países da América Latina citados acima, os quais já optaram por descriminalizar ou legalizar o aborto de modo a garantir à mulher o direito de escolha e o total amparo legal para a prática abortiva, como consequência, a diminuição de mortes maternas no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Rafael Caiado. Aborto: **perspectiva filosófico-constitucional.** Porto Alegre: Safe, 2014.

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BLAY, Eva. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos**. São Paulo: Editora 34, 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.**Brasília: Senado, 1988.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26/11/2018.

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

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conselho Nacional de Saúde.** Manual operacional para comitês de ética em pesquisa. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/manual_ceps.pdf. Acesso em: dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa andamento processual.**Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&orig em=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em dez. 2018.

CARVALHO, Volgane Oliveira. **A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro**. 2015 Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/ site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em: dez. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte especial - dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito dos mortos. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Debora. **Aborto e saúde pública:** 20 anos de pesquisas no Brasil. Brasília: UnB, 2008.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil**: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, Junho 2010.

EMMERICK, Rulian. **Aborto – (Des)criminalização, direitos humanos, democracia.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FREITAS, Ângela. **Aborto:** guia para profissionais de comunicação. Recife: Grupo Curumim, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GALEOTTI, Giulia. **História do Aborto**. 2 ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Estupro no Brasil:** uma radiografia segundo os dados da Saúde. Brasília: Ipea, 2014. 30 p. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21842. Acesso em: dez. 2018.

JOHNSON, Niki; LÓPEZ Alejandra; **(Des)penalización del aborto en Uruguay: prácticas, actores y discursos. Abordaje interdisciplinario sobre una realidad compleja.** Montevideo: Universidad de la República/CISC, 2015.

MAIA, Mônica Bara (Org.). Direito de decidir: múltiplos olhares sobre o aborto. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto Editores, 1994. p. 14.

MALKIN, Elisabeth; CATTAN, Nacha. No **México, a polêmica pela lei do aborto está longe de terminar.** Revista Forum. 2008. Disponível em www.revistaforum.com.br/2008/09/01/no_mexico_a_polemica_pela_lei_do_aborto_esta_lon ge_de_terminar-2/. Acesso em 4 de dez de 2018.

MACEDO, N. D. **Iniciação à pesquisa bibliográfica:** um guia do estudante para a fundamentação de pesquisa. São Paulo: Loyola, 1994.

MENDES, Iba. **Não nascer: breve histórico do aborto**. Disponível em: <http://www.ibamendes.com/2011/02/breve-historico-do-aborto.html>. Acesso em 01/12/2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Unsafe abortion:** Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003. Genebra: OMS, 2007.

PIRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PIRANGELI. José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Silvina. **Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe:**una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia. Buenos Aires: Cedes, 2015.

ROCHA, Renata Veras. **Aborto: uma abordagem geral.** Teresina, a.4, n.42, jun. 2000.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto, um direito ou um crime?** Editora Moderna. São Paulo 1996.

VELEZ, Ana Cristina Gonzalez. "**La situación del aborto en Colombia: entre la ilegalidad y la realidad.**" Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 624-628, Apr. 2005 . Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000200030&lng=en&nrm=iso >. Acesso em dez 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PSICOPATIA FORENSE :UMA ANÁLISE SOBRE OS CRIMES PASSIONAIS

MARCIA DE SOUZA OLIVEIRA DOS SANTOS:
Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis - SP.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa analisar um tema que é ao mesmo tempo polêmico e interessante, trazendo a análise da psicopatia acerca dos crimes passionais para o conhecimento de todos, será abordado como surgiu a psicopatia, quando foi descoberta essa anomalia comportamental que atinge milhões de pessoas no mundo, como ela age no comportamento do cidadão, quais as motivações para o psicopata agir. Como um dos pontos mais relevantes da pesquisa, verificará se a psicopatia é realmente uma doença mental ou um comportamento antissocial. Para melhor compreensão do tema será abordado a teoria do crime, verificando os requisitos para enquadramento do fato a norma, verificando os pilares para integração do fato a norma, como antijuridicidade,, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Para finalizar esse artigo, será verificado as conexões entre o homicídio passional e a psicopatia, e se é possível a aplicação da inimputabilidade do artigo 26 do Código Penal.

Palavras-chaves: Paixão; Crimes; Passional; Psicopatia.

ABSTRACT: SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS. SURGIMENTO DA PSICOPATIA. CONDEITO DE PSICOPATIA. TEORIA DO CRIME. CRIME PASSIONAL. O HOMICIDIO PASSIONAL LIGADO A PSICOPATIA. INIMPUTABILIDADE APLICADA AOS PSICOPATAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.The present work aims at analyzing a theme that is both controversial and interesting, bringing the psychopathy analysis about passion crimes to the knowledge of all, it will be approached how psychopathy emerged, when this behavioral anomaly was discovered that affects millions of people in the world, how it acts in the behavior of the citizen, what motivates the psychopath to act. As one of the most relevant points in the research, it will check whether psychopathy is really a mental illness or an antisocial behavior. For a better understanding of the topic, it will be approached the crime theory, verifying the requirements for framing the fact the norm, verifying the pillars for

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

integration of the fact the norm, as antijuridicidad, potential awareness of ilicitude and exigibility of diverse conduct. In order to finish this article, the connections between the homicide and the psychopathy will be verified, and if it is possible to apply the impossibility of article 26 of the Penal Code.

Keywords: Passion; Crimes; Passional; Psicopatia.

SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS. SURGIMENTO DA PSICOPATIA. CONDEITO DE PSICOPATIA. TEORIA DO CRIME. CRIME PASSIONAL. O HOMICIDIO PASSIONAL LIGADO A PSICOPATIA. INIMPUTABILIDADE APLICADA AOS PSICOPATAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo cientifico estuda a análise da psicopatia com ênfase nos crimes passionais, com isso será abordado como surgiu o termo psicopatia através de uma análise histórica do assunto, sendo verificado o quando do surgimento da palavra, passaremos ao estudo do conceito de psicopatia, qual é realmente o real significado dessa palavra tão falada e escrita no mundo médico e jurídico, será analisado as teorias que cercam sua real definição, trazendo para o trabalho os pontos mais importantes, e o que se entende por psicopatia atualmente.

Para uma melhor compreensão do tema, será realizado um estudo a cera do crime, procurando demostrar de uma maneira clara e concisa a definição de crime, dos requisitos para aplicação da normal penal, quais os pontos a serem interligados para subsunção do fato a norma, bem como o que é crime passional, sua tipificação legal, as terias acerca da existência desse crime, e se o código penal traz essa nomenclatura em seu texto legal.

E como objeto principal da pesquisa, será analisado como age o psicopata nos crimes motivados pela paixão, sendo que essa, de fato, não é derivada do amor ou do carinho mas sim da posse, sendo a pessoa tratada como objeto para satisfação de seus prazeres incondicionais, bem como qual o tratamento dado pela atual legislação acerca dessa situação, assim trazendo para enriquecer o artigo o ponto de vista jurídico de alguns estudiosos da área sobre o tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para finalizar o trabalho será abordado o ponto de vista de autores relacionados ao assunto, será verificado se a diminuição de pena apresentada pela atual legislação penal está em consonância com as reivindicações da sociedade atual, se o benefício dado ao agente da conduta é justo ou se essa situação deve ser reanalisada pela reforma penal.

2 SURGIMENTO DA PSICOPATIA

Em pleno século XXI todos possuem uma breve noção do que venha a ser um psicopata, todos, em nossa atual sociedade tem à ideia, mesmo que breve, do que é uma pessoa com essa personalidade no mínimo curiosa, para não dizer assustadora. De fato o termo chama atenção de todos, sendo a mídia a grande responsável por trazer para a nossa sociedade um breve conceito de psicopatia através dos filmes e noticiários, estabelecendo através desses meios de comunicação um padrão de psicopata, padrão que não se encontra de fato errado, aquela figura cruel, que mata sem sentimento e em sequência não pode ser considerada uma pessoa comum, ela possui transtornos mentais que afetam seu poder de controle moral sobre seus atos tornando a um psicopata.

Os distúrbios mentais existem desde a existência da população, isso está intrínseco em nosso gene, não existe no mundo uma pessoa completamente semelhante a outra, restando claro as nossas diferenças, a psicopatia em tese não é uma escolha da pessoa, ela é uma mutação genética ou social que cria um indivíduo diferente, com tendências a ferir a moral e a normal legal.

Em um passado remoto, mais precisamente entre os séculos (9-8 A.C) pessoas com distúrbios tinham seus atos justificados pela religião. A presença da religião no passado era enorme, e sua influência no pensamento das pessoas era e ainda é muito forte. Na época os transtornos mentais eram justificados através do poder da religião e faziam com que os crimes motivados pela loucura se tornassem algo sem punição, sendo a pessoa amparada pela religião e os atos de loucura justificados como obra divina. O tratamento para essas pessoas não possuía base cientifica, apenas espiritual realizado por meio de rituais para controlar a pessoa, tratamento de fato falho e sem qualquer resultado satisfatório na ‘‘cura’’ da loucura, podendo assim citar Rafael de Tilio onde em sua obra cita Pessotti (1994a):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> A Antiguidade,(sic) segundo Pessotti (1994a), propôs algumas conceitualizações e práticas sobre a loucura, primeiro com Homero (séculos 9-8 a.C.) que via os comportamentos e atos de pessoas destituídas de razão como atribuição da ordenação divina (definição de loucura), desresponsabilizando o indivíduo acometido das consequências (sic) de seus atos pois estaria possesso pelos deuses. Assim, o acometido não era culpado por seu sofrimento ou pelo causado a outrem, não sendo estigmatizado nem considerado doente, não existindo também práticas específicas para sua cura, sendo no máximo proposto rituais reparatórios e oferendas para acalmar a ira divina – tentava-se atingir os deuses, e não os acometidos. (TILO de Rafael, 2007 "A querela dos direitos": loucos doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais)

Passado esse período, dá-se início a outro método para individualizar o psicopata, sendo esse uma base clássica dos estudos contemporâneos para definição de psicopata, com o tempo a religião não era capaz de abraçar a situação trazendo para si toda responsabilidade daqueles que agem na emoção sem razão. Nasce assim uma teoria, capaz de analisar e aplicar com base na ciência um estudo acerca do comportamento desse determinado grupo de pessoas. Hipocrates no século 1 A.C trouxe o estudo da loucura sobre o enfoque *organicista*.

O estudo organicista tem como base o estudo da natureza e da pessoa em si, desvinculando o poder divino da relação com a loucura, esse estudo analisa a pessoa, seu cérebro, seus comportamentos e os fatores naturais externos como calor e frio bem como analisa as emoções dos indivíduos e, contrário do que acontecia tempos atrás o tratamento era voltado diretamente para a pessoa, como na mudança de alimentação, mudanças no tipo de música, sempre em busca na melhora do humor e possivelmente a melhora no psicológico, em busca do reestabelecimento de seu estado mental normal.

> Ainda neste sentido Galeno (131 a.C. – 200 a.C., conforme citado por Pessotti, 1994a), pautado em estudos de dissecação cerebral continuará a tradição hipocrática definindo a loucura como manifestação mental de causas orgânicas e fisiológicas, promovendo um avanço em seu entendimento nosográfico por intermédio da classificação sistemática de quadros sintomáticos (loucuras divididas entre as manias, melancolias, delirantes, entre outras), cada qual com uma sede e substrato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> cerebral específico (TILO de Rafael, 2007 "A querela dos direitos": loucos doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais)

3 CONCEITO DE PSICOPATIA

Apesar dos avanços na ciência e na medicina, para a população em geral, a palavra traz um certo medo, surgindo dúvidas de como surge um psicopata.

A pessoa nasce, se torna ou escolhe ser assim? Modernamente temos basicamente três correntes acerca do surgimento desse transtorno. Temos a corrente em que afirma que a psicopatia decorre de uma doença mental, a outra teoria tem como base de seu estudo a moralidade, sendo ela considerada uma doença moral, e a terceira afirma que a psicopatia surge através de um transtorno de personalidade.

A primeira teoria, traz a clássica definição da psicopatia, sendo essa considerada de fato uma doença mental, fazendo referência a etimologia da palavra, tendo a palavra psicopatia a definição de doença da mente, portanto essa teoria é mais conservadora.

A segunda teoria sobre o enfoque moralista traz um estudo com base na violação da moral, sendo assim, as regras sociais são um objetivo a ser violado pelo agente, com a finalidade de satisfação pessoal. Ele fica à espera da melhor oportunidade para ferir a norma, o que para a maioria da população é algo de alerta, uma barreira que não deve ser superada, para essas pessoas, eles consideram a norma moral e legal uma barreira a se traspor para que suas ambições sejam alcançadas, A agencia do senado divulgou estudo sobre o tema onde reproduz o seguinte:

> Psicopatia: transtorno começa na infância ou começo da adolescência Em seu trabalho sobre personalidade psicopática, Geraldo José Ballone, psiquiatra e professor de psiquiatria da Faculdade de Medicina da Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Campinas (SP), diz que o psicopata não apenas transgride as normas, mas as ignora, considera-as obstáculos que devem ser superados na conquista de suas ambições. "A norma não desperta no psicopata a mesma inibição que produz

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> na maioria das pessoas" (Agência Senado Reprodução autorizada mediante citação da Agência Senado)

A terceira teoria, trata a psicopatia como um transtorno de personalidade, dentre as teorias apresentada essa é a que mais define a situação, atualmente o transtorno de personalidade é a nomenclatura que define a psicopatia, sendo esse um termo técnico, também sendo chamado de sociopatia, transtorno de personalidade dissocial e transtorno de personalidade antissocial

Assim, a psicopatia é um transtorno que gera um comportamento invasivo do portador, ferindo as normas éticas e legais, seu maior desejo é a infração a regra. A problemática atinge hoje certa de 3% da população mundial, sendo a maioria homem. Está claro, após as teorias apresentadas, que o problema não pode ser considerado uma doença mental, pois, a pessoa não sofre de transtornos ligados à sua mente, semelhantes a alucinação e delírios, a pessoa tem plena consciência da realidade, ela age com a convicção de que esta burlando a moral, e a normal legal, essas pessoas deixam a emoção se sobrepor a razão.

4 TEORIA DO CRIME

O crime advém da norma penal geral, abstrata e impessoal, trazendo para a sociedade sanções a serem aplicadas em caso de nexo de causalidade entre o fato descrito na lei e o caso concreto, sendo que para ser considerado de fato um crime deve existir um fato típico, antijurídico e culpável. Fato típico decorre da tipificação legal do delito, ou seja, o delito deve necessariamente estar previsto em lei, de acordo com nossa regra penal, essa lei não pode ser posterior a conduta do agente, sendo impossível a aplicação de sanções a fatos passados com lei posterior.

A antijuridicidade é de quando o fato ocorrido viola o preceito legal, é quando o agente pratica uma conduta que é proibitiva pela legislação, já a culpabilidade é um assunto muito discutido na legislação penal. sendo ela um elemento essencial para aplicação das sanções penais, mesmo que o agente se enquadre na antijuridicidade e na tipicidade não poderá ser condenado se a culpabilidade não estiver presente no fato. Dentro da culpabilidade é necessário a análise de três elementos, na falta de um desses não há o que se falar em aplicação da punibilidade, inexistindo assim a sanção penal ao agente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A potencial consciência da ilicitude do fato é o primeiro elemento a ser analisado, apesar do fato estar previsto em lei, e o ato sem de menor potencial ofensivo, existem casos em que a alegação do desconhecimento de tal norma pode eximir a culpabilidade do agente, fato que acontece muito quando um turista vem a ferir uma infração, apesar de ele que não pode alegar desconhecimento da normal, nessa situação poderá alega-lo, afim de eximir sua culpabilidade.

O segundo requisito para a culpabilidade está na imputabilidade penal, uma pessoa pode praticar um ato típico e antijurídico, mas não poderá sofrer a sanção penal por ser inimputável penalmente, casos como o menor de 18 anos onde não poderá ser de fato preso em instituição penitenciária, mesmo tendo ele praticado um fato típico e antijurídico, sua inimputabilidade o isenta de ser condenado criminalmente pelos atos praticados, existem situações semelhantes em se tratando de alguns tipos de doenças mentais, não abrangendo porém a psicopatia, pois como visto essa não é considerada uma doença da mente.

Outro requisito para enquadrar a tipicidade é a exigibilidade de conduto diversa, esse elemento é caracterizado quando o agente ao cometer o ilícito poderia optar por não o fazer, a pessoa tem o poder de decidir se realiza tal conduta criminosa ou não, é quando o agente tem a arma em punho e a vítima em mira, mas assim decide não realizar a ação. Nesse requisito de culpabilidade o agente tem sua vontade obstruída por algum motivo que foge de seu controle, a doutrina elenca alguns desses casos em que a conduta diversa não pode ser realizada, nas quais são a coação moral irresistível, obediência hierárquica e estado de necessidade exculpam-te. Sendo inexistente alguns desses requisitos o agente não poderá sofrer a sanção prevista em lei.

5 CRIME PASSIONAL

Crime passional é o termo designado para um crime motivado pela paixão sem controle, podendo o agente possuir uma relação afetiva com a vítima ou não, seu elemento principal é a motivação paixão, sendo na maioria dos casos a relação de proximidade entre a vítima e o autor nítida aos olhos de todos, porém, existem situações em que mesmo não havendo relação de proximidade entre eles, o criminoso tem uma paixão exagerada pela vítima, chamada de paixão platônica, quando o crime acontece nessa situação ele o também ser considerado passional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

No Brasil, o crime passional está interligado a um passado de preconceito, historicamente a sociedade não fazia muita oposição a situações onde o homem praticava atos de preconceito contra a mulher, comummente crimes passionais praticado por homens eram julgados por tribunais do júri, como acontece atualmente, porém os jurados não julgavam com a base única e exclusivamente nos preceitos legais, trazendo assim a impunidade para os criminosos.

> O homicídio passional era julgado com base nos valores culturais dos jurados, e sem nenhum respaldo legal, sendo admitido como uma forma de o homem "lavar sua honra" manchada pela reputação da vítima, provando a toda sociedade que não seria impune e cobraria pelo respeito que perdera" (SIQUEIRA, Thabita Camargo 2012, Crime Passional: Uma abordagem da psicologia jurídica e da psiquiatria forense)

Apesar do termo ser muito utilizado no mundo jurídico e jornalístico a palavra não existe no ordenamento jurídico, é o mesmo com o latrocínio, o termo é empregado em situações onde há um roubo seguido de morte, porém esse nome não aparece no código penal, eles são utilizados para definir um determinado crime, utilizados para facilitar a compreensão do acontecido pela sociedade.

No código penal o crime de homicídio passional está previsto como forma de diminuição de pena, previsto no artigo 121 $1° do DL2848/1940 que assim dispõe.

> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
>
> Caso de diminuição de pena
>
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.)

Nessa modalidade de crime, na maioria das situações é praticado por homens, mas também existem situações onde a mulher também é autora do delito isso se dá por conta do transtorno de personalidade apresentado pelo agente que como já estudado afeta em sua maioria homem, mas é evidente também o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

preconceito e a desigualdade de gêneros nesses crimes. Na pratica do crime quem comete o ilícito se vê com suas funções cerebrais intacta, não há qualquer tipo de alteração psíquica ligada a doenças Para SIQUEIRA, Thabita Camargo (2012) ''não existe prejuízo nas dimensões neuropsicológica e epistemológica da consciência'', sua noção da realidade encontra-se inalterada, a pessoa sabe o que está fazendo, como está fazendo, nessa situação de delito o ponto a ser analisado é a moral e ética do agente, que se encontra completamente alterada, fazendo com que ele cometa todas as atrocidades de um crime passional.

6 O HOMICÍDIO PASSIONAL LIGADO A PSICOPATIA

De fato todo crime tem a reprovação da sociedade, todo ato que fere a moral e os bons costumes mesmo não tipificados também é reprovável pela sociedade média, o crime passional é um ato desprezível, sua repercussão gera a revolta de todos e o rompimento das famílias, a maioria dos crimes passionais tem relação afetiva além da paixão entre autor e vítima, e em alguns casos já existe a relação de família entre ambos.

A princípio quem houve o termo paixão, vem de pranto a ligação com a palavra amor, um sentimento de carinho, mas ao se falar de homicídio passional motivado pela paixão, o sentido da frase é o contrário, esse tipo de paixão deriva de um sentimento negativo, algo possessivo, que fere os princípios básicos do ser humano, assim dispõe Luiz "a paixão que move a conduta criminosa não resulta do amor, mas sim do ódio, da possessividade, do ciúme ignóbil" (ELUF, Luiza Nagib A paixão no banco dos Réus, 2007)

A pessoa que comete o crime passional acredita que a vítima é um objeto e não uma pessoa, ela é algo que existe para apenas e exclusivamente saciar seus desejos, independentemente de qual seja, Luiza cita com clareza essa definição: "O autor de crime passional possui uma ilimitada necessidade de dominar e uma preocupação exagerada com sua reputação" (ELUF, Luiza Nagib A paixão no banco dos Réus, 2007). Com essa análise pode-se verificar que o comportamento do agente é algo que vai de encontro aos valores da sociedade, além do crime praticado com motivo passional, as normas básicas de convivência familiar foram rompidas, perfil característico dos psicopatas, onde agem dentro do padrão de normalidade a vista dos que estão fora do núcleo da relação, porém em seu caráter encontra-se uma vontade incansável e irresistível de violar a norma legal e a ética.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um psicopata ao cometer um assassinato ele não está com sua noção da realidade alterada, ele tem a plena consciência do que está acontecendo, calcula cada ato e etapa a ser realizada, sendo uma pessoa fria sem remorso e calculista.

A nossa atual legislação prevê para situações de homicídio passional um privilégio na qual é a diminuição da pena, porem para que isso venha ser de fato aplicado ao caso concreto não basta que o motivo do crime seja passional, a pessoa ao cometer o delito ela deve de fato estar sob domínio de violenta emoção, e cometer o crime nessa condição logo em seguida a injusta provocação da vítima.

INIMPUTABILIDADE APLICADA AOS PSICOPATAS

A psicopatia como estudada deriva de um transtorno que pode atingir qualquer pessoa, independentemente de classe social, religião, condição financeira ou cor da pele.

Apesar de ser um tema relevante, nota-se pouco estudo relacionado ao assunto, existe muita divergência entre os autores e existe poucos estudos em artigos científicos. Apesar da carência de estudos sobre o ramo, resta pacificado que a psicopatia deriva exclusivamente de um transtorno de personalidade, inexistindo relação entre psicopatia e doença mental. A psicopatia se externa através do comportamento antissocial das pessoas, inexistindo sintomas que a caracterize como doença.

Na esfera jurídica, a situação da inimputabilidade dos psicopatas segue em uma icógnita, a própria psiquiatria não tem um parecer exato quanto ao assunto, a divergência é grande, tanto que, alguns autores preferem não entrar no mérito do assunto.

O atual diploma do código penal não traz um tratamento específico para os psicopatas, não existe uma lei especial que trata do assunto. Casos de psicopatia ligados a inimputabilidade devem ser analisados com base no artigo 26 do código penal

> **Inimputáveis**
>
> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Analisando o artigo é de se observar que a inimputabilidade tem aplicação em situações de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Partindo dessa premissa nota-se que o psicopata não poderá se beneficiar-se da inimputabilidade estabelecia no artigo 26 Caput. restando analise em especial ao parágrafo único do referido artigo.

Ao analisar o § único do artigo, verifica-se que o mesmo trata como redução da pena a constatação de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto, verificando assim, que não poderia ser aplicado aos casos de psicopatas que cometem crimes, pois, no momento do ato é nítido que o agente não tem uma doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto, outrossim, o agente é perfeitamente capaz de entender o caráter ilícito por ele praticado, restando porém afastar qualquer causa de inimputabilidade prevista no artigo 26 do Código Penal.

CONCLUSÃO

O presente estudo esclareceu os pontos mais importantes sobre o homicídio passional, trazendo para conhecimento de todos as principais características. Nossa atual legislação penal está defasada, o crime passional não é apenado como deveria ser.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Resta claro que para o enquadramento na diminuição de pena o agente deve estar sob domínio da violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima. Os criminosos passionais sentem insegurança em relação a quase tudo que seu/sua parceira realiza, sendo que qualquer motivo, mesmo que fútil pode desencadear um homicídio, a pessoa age com a consciência de que está praticando o crime, sendo assim, tem a devida noção da realidade, o crime nessas situações devem ser punidos de forma mais severa.

Fato, a diminuição da pena nos crimes passionais encontra-se ultrapassado, a atual sociedade não admite que tal conduta seja apenada de forma mais branda, sendo assim, nosso diploma legislativo traz um passado de desigualdade de gêneros para uma sociedade que não admite mais tais condutas, devendo então nossos representantes rever essa situação para podermos extinguir qualquer forma de desigualdade no mundo.

REFERÊNCIAS

1 Agência Senado. (19 de Abril de 2010). Senado Notícias. Fonte: Senado Federal: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/04/19/psicopatia-transtorno-comeca-na-infancia-ou-comeco-da-adolescencia

2 Capez, F. (2018). Curso De Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1 - 22ª Ed. Saraiva.

3 Carasco, D. (11 de Dezembro de 2017). UNIVERSA. Fonte: UOL: https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2017/12/11/por-que-e-preciso-parar-de-tratar-feminicidio-como-crime-passional.htm

4 Cuca Cursos. (2017). Teoria do Crime. Fonte: Cucacursos: https://cucacursos.com/direito/teoria-do-crime/

5 Eluf, L. N. (3° ED 2007). A paixão no Banco dos Réus. Saraiva.

6 Estefam, A. (2018). Direito Penal – Parte Especial - Vol. 2 - 5ª Ed. Saraiva.

7 Masi, C. V. (17 de Maio de 2018). Transtorno de personalidade antissocial e Direito Penal. Canal Ciências Criminais. Fonte: Canal Ciências Criminais: https://canalcienciascriminais.com.br/transtorno-personalidade-antissocial/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

8 Nagima, I. M. (16 de Outubro de 2006). Exigibilidade de conduta conforme o direito. DireitoNet. Fonte: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2909/Exigibilidade-de-conduta-conforme-o-direito

9 Nunes, C. L., Jorge, J. d., & Gonzaga, M. T. (2011). O CONCEITO DE PSICOPATIA E SEUS POSSÍVEIS TRATAMENTOS. Anais Eletrônico VII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar.

10 Siqueira, T. C. (2012). Crime Passional: Uma abordagem da psicologia jurídica e da psiquiatria forense. Policia Civil Estado de Goias. Fonte: https://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/crime-passional-uma-abordagem-da-psicologia-juridica-e-da-psiquiatria-forense.html

11 TC.DF.GOV. (s.d.). Teoria do Crime. Fonte: tc.df.gov.br: http://www.tc.df.gov.br/ice4/vordf/estudos/penal/teoriacrime.html

12 Tilio, R. D. (Agosto de 2007). "A querela dos direitos": loucos, doentes mentais e portadores de transtornos e sofrimentos mentais. Paidéia (Ribeirão Preto), Vol.17 n°37. Fonte: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000200004

13 Wikipédia, a enciclopédia livre. (7 de Dezembro de 2018). Culpabilidade. Fonte: Wikipédia: https://pt.wikipedia.org/wiki/Culpabilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POLIAMOR A LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

DAYANA JÉSSICA DA SILVA: Graduanda do Curso de Direito na Faculdade Católica do Tocantins- FACTO

VINÍCIUS PINHEIRO MARQUES[1]

(Orientador)

RESUMO: Este estudo tem como objetivo geral verificar a visão jurídica acerca da nova formação familiar, o poliamor. Os objetivos específicos são: discutir a legislação vigente acerca do poliamor, debater os princípios no relacionamento conjugal à luz da Constituição Federal no direito de família, levando em consideração o tema poliamor, e informar o que a justiça tem sentenciado nos tribunais brasileiros. Para a realização do presente estudo e para garantir resultados sobre o tema será utilizado os seguintes tipos de pesquisa: exploratória, bibliográfica, descritiva e documental. De acordo com uma abordagem qualitativa, o elemento que será utilizado para explicar a instrumentalização é objeto de estudo, que não é usada quando o estudo não envolve estatística. A forma de análise é ade conteúdo, com doutrinas e jurisprudências.

Palavras-chave: Poliamor, Direito de Família, Princípios.

ABSTRACT: This study has as general objective to verify the legal view about the new family formation, the polyamory. The specific objectives are: to discuss the current legislation on the polyamory, to discuss the principles in the marital relationship in the light of the Federal Constitution in the family law, taking into account the polyamory theme, and to inform what the justice has sentenced in the Brazilian courts. the results of this study will be used the following types of research: exploratory, bibliographic, descriptive and documentary. According to a qualitative approach, the element that will be used to explain the instrumentalization is object of study, which is not used when the study does not involve statistics. The form of analysis is ade content, with doctrines and jurisprudence.

Keywords: Polyamory, Family Law, Principles.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido a sociedade passa por diversas mutações devendo a sociedade adequar-se a realidade enfrentada, deste modo, a legislação brasileira deve atualizar-se a fim de legislar sobre tal experiência de mutação.

Cabe obtemperar que o direito pátrio brasileiro possui diversos ramos e dentre eles encontra-se o ramo do direito familiar, sendo este um dos ramos que sofre constantes mudanças em sua regulação, uma vez que com o passar dos tempos novas espécies de famílias vão surgindo, novos vínculos afetivos, devendo estes ser legislados pelo Estado.

Ademais, deve-se salientar que com a globalização, muitas mutações sociais são compartilhadas via internet, televisão, entre outros. Assim, surgiram diversas formas de relações familiares, sofrendo forte influência dos costumes praticados em outras federações.

A grande repercussão que o tema proposto enfrenta é o forte entendimento que o princípio mor a ser seguido pela família é a monogamia, havendo assim uma grande intolerância, ou seja, as famílias tradicionais não reconhecem quaisquer outras formas de vínculo afetivo e lutar para que o Estado não legisle tal matéria, pois possuem o receio de o núcleo familiar tradicional ser ameaçados pelos novos núcleos familiares que vem surgindo, dentre eles o Poliamorismo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

2 CONCEITUAÇÃO DO POLIAMOR

Para melhor estudo do tema proposto, faz-se necessário compreender a origem da palavra Poliamor, assim pode-se aferir que *poli* significa vários ou muitos e *amor* significa amor.

O Poliamor são duas ou mais relações ocorrendo de maneira simultânea, onde todos os participantes anuem com os vínculos afetivos existentes e se aceitam mutuamente, configurando uma relação aberta e múltipla. (SOUZA 2016)

O Poliamor está fundado no princípio da afetividade, sendo este um novo esteio de reconhecimentos de vínculos afetivos, ou seja, núcleos familiares dentro do ordenamento jurídico pátrio familiar.

Em se tratando dos elos conhecidos, aceitos e mantidos pelos adeptos desta forma de relacionamento, observando e interpretando a letra da lei, pode-se aferir que ela não diz que a fidelidade deve ser exigida apenas de duas pessoas, ou seja, tal dever pode ser praticado na constância de uma relação múltipla, quando todos os envolvidos na relação estão cientes e concordes com todos os vínculos mantidos de modo paralelo.

No código Civil, Rocha (2018, p. 297) nota-se que não há violação do artigo 1.566, assim dispõe:

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
>
> **I - fidelidade recíproca;**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
>
> III - mútua assistência;
>
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
>
> V - respeito e consideração mútuos.

Ademais, os deveres elencados e exigidos pelo artigo 1.724 do CC podem ser compreendidos no Poliamorismo, pois os conhecimentos por parte dos adeptos desta forma de vínculo afetivos obedecem tais obrigações, conforme disciplina o artigo:

> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Deste modo, observados os princípios da liberdade, igualdade e função social da família, todas as pessoas possuem o direito de escolher quais relacionamentos permanentes e prolongados pretendem estar inseridas, mesmo que seja em um núcleo familiar diferente dos moldes tradicionais da família brasileira.

Sendo assim, podemos partir da premissa que a intervenção do estado deve ser a penas para regular o reflexo jurídico desse vinculo. Não restringindo a forma de composição afetiva, seja ele, com mais de uma pessoa ou não. Ficando reservado ao estado que reconheça e regule juridicamente seus reflexos, dando um amparo legal para os envolvidos, cercado pela proteção jurídica. Visto que a conjuntura do Poliamor busca a construção de uma família, uma convivência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

harmoniosa e longínqua, não escondendo suas vontades e predileções da sociedade.

Ademais, examinando mais detidamente o ordenamento pátrio brasileiro, pode-se aferir que o mesmo, passa por modificações por meio das mutações interpretativas que precisam se adequar a realidade social.

Para Dirley (2008, p. 181) mutações são "mais do que co-participante do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização da Constituição, operando uma verdadeira mutação constitucional ou mudança informal do texto constitucional".

Assim, se faz necessária, diante de normativa engessada por ter sido produzida em outro momento social, no qual não pode atual reflexo social ficar sem amparo legal. Assim, a sociedade muda e a forma de interpretação do tema deve mudar também, visto que o ordenamento jurídico e seus efeitos acompanhem as mutações existente.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de adentrar mais detidamente no tema, hora proposto, faz-se necessário uma breve contextualização histórica. Deste modo, é importante salientar que com o transcorrer do tempo os vínculos afetivos foram se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

diversificando, deixando de lado características que até então era intocável quando da formação familiar, como: monogamia e patriarquismo.

Segundo Buche (2011) o modelo de família monogâmica e patriarcal vem desde o tempo de Brasil Colônia, devido a forte influência exercida pela igreja católica que predominou entre os séculos XVI e XIX. Nesta época, a família era vista pelo viés financeiro, não atendendo aos anseios individuais de cada integrante.

O sistema monogâmico, bem como o patriarcal passaram a ser questionados pela população atual que observou o distanciamento do Estado junto a Igreja, passando assim a contrair e manter vínculos afetivos, mesmo sem um patriarca.

A hierarquia familiar sofreu inúmeras mutações não apenas sobre a minoração de seus componentes, como também no comando do núcleo familiar, onde antes era direcionado somente na figura do patriarca. Além da minoração na quantidade de integrantes nas famílias de hoje em dia, o comando familiar não mais é uma exclusividade da figura do patriarca, pois com a mulher inserida no mercado de trabalho, ela passou a ter maior notoriedade no núcleo familiar. (DIAS, 2015, p. 132)

Do mesmo modo que o pensamento acerca da relevância da mulher em relação a figura máscula teve de ser trabalhado e amadurecida nos núcleos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

familiares. Sendo que o Poliamor é reflexo de uma transformação da sociedade e precisa ser amparado pelo Estado.

Diante do embasamento afetivo sendo este uma construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família (LOBO, 2002).

Utilizar como justificativa o sistema monogâmico, patriarcal, além da infidelidade para que o Estado não legisle tal matéria é um retrocesso sem tamanho, é fechar os olhos para uma evolução que se faz necessária no sistema jurídico pátrio. Negar a ocorrência de mutações sociais é acreditar em uma legislação ineficiente quanto aos anseios dos indivíduos por ela tutelados, coloca em risco o crédito dado ao Poder Judiciário, pois sem o amparo legislativo este deixa de conhecer e proteger situações rotineiras que não se extinguirão apenas pelo fato de não haver previsão legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

2.1.1 Teoria tridimensional

A teoria tridimensional funda-se no fato, valor e norma, pois segundo Miguel Reale (2010, p. 64) são os "(...) três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica".

De acordo com Reale (2010) sempre que ocorrer uma anomalia jurídica, evidentemente haverá um *fato*, um *valor* que atribua significância para tal fato, estabelecendo direitos e obrigações quanto a ação da sociedade a fim de atingir sua finalidade, e por último a *norma* que é responsável por fazer a conexão entre fato e valor.

Reale (2010, p. 65) continua dizendo que "tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta".

Deve-se ter em mente que, as normas surgem dos fatos sociais, sua ideologia norteia o modo de se analisar um fato específico. Logo, quando determinada norma não atende uma necessidade vital, a mesma deverá ser revogada.

Assim, pode-se aferir que a teoria tridimensional exige uma maior atenção por partes dos operadores do direito. Tal teoria apresenta-se como a melhor base para a hermenêutica jurídica.

2.1.2 Do reconhecimento das relações poliafetivas

A concepção de poliamorismo, segundo Gagliano (2008, *online*) diz que "o poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta".

Tornou-se de grande repercussão o caso ocorrido em Tupã, no Estado de São Paulo, onde um homem e duas mulheres registraram em cartório uma declaração de união poliafetiva. Embora não seja reconhecido, é mal visto pela sociedade mais conservadora. Cumpre salientar que este trio de Tupã já vivia a três anos juntos e resolveram oficializar por meio dessa declaração.

Necessário se faz reconhecer que existem diversas famílias nascidas de união poliafetiva, que vivem na clandestinidade por não serem reconhecidas e abraçadas pelo direito de família.

A monogamia é um valor social consolidado e construído durante os anos como o correto, no entanto existem estudos que demonstram que nem sempre a monogamia foi padrão entre as espécies, como pode-se observar segundo a psicóloga Noely Montes Moraes (2007), professora da PUC-SP dizendo que:

> A etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. (MORAES, 2007, *online*)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Existem posicionamentos divergentes entre juristas e doutrinadores quanto ao alcance jurídico e efeitos das uniões poliafetivas, alguns chegam a classificar as relações poliafetivas como sendo um estelionato jurídico.

As relações poliafetivas são fundadas no principio da afetividade, que entra em discordância com o casamento tradicional, surgindo assim outras formas de entidades familiares, por exemplo, a família monoparental, unipessoal, anaparental e mosaico, muitas delas constituídas na afetividade, um elemento intrínseco ao ser humano assim como entende Lenza (2012).

O caput do artigo 226 consagra que a entidade familiar é caracterizada pela comunhão plena de vida entre as pessoas, fundadas em laços de afeto, não mais sendo caracterizada apenas pelo instituto do casamento e, diante dessa classificação, qualquer família merece a proteção e a guarda pelo Estado. Essa nova importância dada o direito de família, dá início a um novo modelo familiar, na qual os laços afetivos de amor e segurança gerados pela convivência são utilizados como direção nas lides judiciais, denominadas dessa forma de família socioafetiva (LENZA, 2012)

Basta dizer que, hoje em dia, a nossa legislação e o nosso Judiciário entendem como entidade familiar a família monoparental, a família anaparental, a família mosaico, a família unipessoal (decisão do STJ), a união estável, agora, depois da decisão histórica do STF, sem mais distinção entre homo e hétero, filiação por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

afetividade, entre outras. Ou seja, a base mestre dessas relações deverá ser o afeto.

2.1.3 Da poliafetividade e os institutos jurídicos

De acordo com a Constituição Federal, Brasil (1988), em seu artigo 226, §3º "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento." Após o reconhecimento da união estável pela CRFB/88, uma inovação veio à tona que foi a possibilidade da união estável de pessoas do mesmo sexo e essa situação foi ratificada quando em 2011 o STF julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade 4.277, atribuindo à união homoafetivas as mesmas regras da união heterossexual.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a edição do Código Civil de 2002, houve uma valorização da dignidade da pessoa humana de forma individualizada e amparada pelos Direitos Humanos e não apenas da família em si, como era nos tempos remotos, no qual se verificava apenas uma reprodução dos valores impostos pela sociedade (GONÇALVES, 2012)

Alguns juristas e doutrinadores afirmam que as relações poliafetivas são uma afronta ao ordenamento jurídico e que qualquer defesa em favor dessas uniões tenta apenas validar relacionamentos poligâmicos, relacionamentos estes que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

lei não reconhece, por atribuir ao matrimônio e a união estável natureza monogâmica.

A finalidade do casamento e da união estável além do animus de constituir família, também contém direitos e deveres recíprocos, mútua assistência, lealdade, respeito, fidelidade, vida em comum e obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos, e esses também abrangem as relações poliafetivas.

Independente das divergências que apareçam, não é possível deixar de lado essa nova forma de composição familiar, uma vez que ela se torna a cada dia uma realidade e isso pode ser explicado pelo fato da afetividade ter se tornado um fundamento essencial no direito de família.

2.1.4 Poliamor e o código civil

O Código Civil brasileiro dispõe em seus artigos 1521, inciso VI c/c 1548 que serão nulos o casamento de pessoas casadas. Argumenta-se que por conta deste impedimento imposto pelo Código Civil, as relações poliafetivas não poderiam existir, no entanto cai por terra esse argumento uma vez que nas relações poliafetivas não existe um casamento bígamo e sim uma união entre mais de duas pessoas com a intenção de constituir família. (ROCHA, 2018)

O artigo 1723 do Código Civil diz que para ser reconhecida como unidade familiar, a união estável deve ter convivência pública, contínua, duradoura e ser estabelecida com o objetivo de constituição de família, nesta linha de raciocínio pode-se aferir que desde que os envolvidos na relação poliafetiva cumpram com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

os requisitos impostos pelo Código Civil caracterizar-se-á união estável poliafetiva. (ROCHA, 2018, p. 308)

Faz-se necessário que haja por parte dos magistrados uma observação mais detalhada quando em um caso concreto, fazendo uma análise profunda para garantir às partes os direitos que lhe cabem, descaracterizando assim a ideia de que a relação poliafetiva trata-se de um ato ilícito e fraudulento.

2.2 POLIAMORISMO X BIGAMIA

Nas culturas que praticam a monogamia conjugal, bigamia é o ato de entrar em um casamento com uma pessoa, enquanto ainda é legalmente casada com outro. A bigamia é um crime na maioria dos países ocidentais, e quando isso ocorre, muitas vezes nem o primeiro nem o segundo cônjuge está ciente do outro.

Está previsto no artigo 235 do Código Penal o crime contra o casamento, que é a Bigamia, *in verbis*:

> Art. 235- Contrair alguém sendo casado, novo casamento:
> Pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
> §1º-Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.
> §2º-Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

Observa-se que com o núcleo do tipo penal sendo "contrair" casamento, ou seja, formaliza-lo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Logo, pode-se aferir que não caracteriza-se bigamia no caso das relações poliafetivas uma vez que elas são advindas de pessoas que vivem em união estável e não em relacionamento bígamo, pois não formalizaram casamento.

O bem jurídico protegido pelo Código Penal no artigo supracitado é o casamento e a família, com isso não se pode punir pessoa que não contraiu casamento, como é o caso de quem vive em união poliafetiva.

Destarte, vale salientar também que não pode-se confundir a relações poliafetivas com concubinato, relação paralela ou mesmo a bigamia, pois ainda que as relações poliafetivas vão de encontro à moralidade social, não existe nenhuma proibição legal no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Direito de família e suas peculiaridades

O direito de família é orientado pela moralidade e bem estar social, sendo ele um conjunto de normas jurídicas aplicáveis aos indivíduos de um mesmo núcleo familiar, com a finalidade de proteger os membros e os bens dos mesmos.

É possível perceber a existência de uma grande discussão, onde se indaga se o direito de família pertence ao direito público ou privado, a partir daí Rizzardo (2007) vem afirmar que:

> Pela importância da família em qualquer sociedade civilizada ou não, tem a proteção do Estado, podendo considerar-se integrado ao direito público no sentido amplo, tanto que em todos os litígios judiciais que envolvem a mesma intervém obrigatoriamente o Ministério Público, que justamente representa a participação do Estado na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> composição das questões problematizadas. (RIZZARDO 2007, p. 01)

O Estado tem o papel de protecionismo, no entanto o ramo do direito de família é privado até por que não há entre marido e mulher, pais e filhos qualquer relação de direito público. Como leciona Lôbo (2011, p.45): "(...) o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública".

Apesar do direito de família ainda possuir características e ser bem próximo do direito público, não se pode retirar seu caráter privado. Com as mais diversas formas de convívio que foram sendo aceitas pela sociedade, demonstrando assim liberdade em constituir novas famílias havendo uma diminuição na intervenção do Estado no direito de família.

Segundo Dias (2015, p. 34) "a tendência em afirmar que o direito das famílias pende mais ao direito público do que ao direito privado decorre da equivocada ideia de que busca tutelar as entidades familiares mais do que seus integrantes".

"Outra característica presente nos direitos de família, quando examinados sob o prisma individual e subjetivo, é sua natureza personalíssima, ressaltando-se que, em sua maioria, são esses direitos intransferíveis, intransmissíveis por herança e irrenunciáveis". (VENOSA, 2009, p. 14).

2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios constitucionais tornaram-se alicerces para o assentamento do ordenamento jurídico, deixaram de serem meros orientadores para darem forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

às leis, provocando assim mudanças na forma de interpretação das mesmas. Destarte se faz necessário uma breve apresentação dos princípios do Direito de Família.

Com o surgimento de diversos problemas inerentes ao Direito de família, surge a esperança de solucionar através de princípios norteadores, que os mesmos se adequassem aos conflitos marcados por grandes mudanças e inovações, inversão de valores e a liberdade sexual.

Leciona Maria Berenice Dias (2015 p. 40) que "o ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância".

Segundo Maria Helena Diniz:

> O moderno direito de família rege-se pelos seguintes princípios: a) Princípio da "ratio" do matrimonio e da união estável; b) Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiro; c) Princípio da igualdade jurídica entre os filhos; d) Princípio do pluralismo familiar; e) Princípio da consagração do poder familiar; f) Princípio da liberdade; g) Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana; h) Princípio do superior interesse da criança e do adolescente; i) Princípio da afetividade". (DINIZ 2010, p. 18)

Conforme a classificação acima proporcionada por Maria Helena Diniz (2010) faz-se uma breve explanação sobre cada princípio. Como sabemos, não podemos aplicar a norma seca sem olharmos para as vontades da sociedade. O princípio da dignidade humana trouxe a valorização da própria pessoa dentro

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da família, protegendo-a por si só; preza o indivíduo pelo *ser pessoa,* ou seja, deve sempre proteger a vida e a integridade dos membros de uma família, levando em conta o respeito à pessoa e assegurando os seus direitos de personalidade.

2.3.1 Princípio da "*ratio*" ou da afetividade do matrimônio e da união estável

O princípio em examine tem como fundamento basilar da vida conjugal a afeição entre os cônjuges ou companheiros, sendo que a ruptura da união estável e/ou o divórcio põe termo à afeição que é de suma importância para a manutenção da relação conjugal.

O afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliada ao dever de ser leal e solidário. (DINIZ 2010, p. 19)

Com a nova organização familiar, onde cai por terra a autoridade parental sendo substituída pela estatal, existe uma preocupação por parte do Estado na proteção da família, pois sem um núcleo familiar forte e resistente aos intempéries das relações conjugais, ele perde sua força.

2.3.2 Princípio da igualdade entre os cônjuges

A partir deste princípio não há mais que se falar em patriarcalismo, com ele desaparece o poder marital, tornando-se assim um sistema de relação conjugal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

onde as decisões são tomadas por ambos os cônjuges ou companheiros. Existe entre o casal uma equivalência e responsabilidade pela família que é dividida de maneira igualitária.

O patriarcalismo não atende mais os anseios da sociedade, uma vez que no mundo atual é preciso que nenhum dos conviventes tenham restrições quanto às decisões tomas em âmbito familiar, assim não se justifica mais a submissão da mulher.

Para Lobo (1999, p.102) "O princípio da igualdade, formal e material, relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Não há cogitar de igualdade entre pais e filhos, porque cuida de igualar os iguais.

A consequência mais evidente é o desaparecimento de hierarquia entre os que o direito passou a considerar pares, tornando perempta a concepção patriarcal de chefia. A igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não pode ser ignorada pelo direito. Ultrapassada a fase da conquista da igualdade formal, no plano do direito, as demais ciências demonstraram que as diferenças não poderiam ser afastadas.

A mulher é diferente do homem, mas enquanto pessoa humana deve exercer os mesmos direitos. A história ensina que a diferença serviu de justificativa a preconceitos de supremacia masculina, vedando à mulher o exercício pleno de sua cidadania ou a realização como sujeito de direito."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Grande inovação trazida nas leis é a que garante a igualdade entre os cônjuges ou companheiros, tanto nas relações sociais quanto nas patrimoniais, consagrando assim o princípio da igualdade entre os cônjuges.

2.3.3 Princípio da igualdade de todos os filhos

Garantido pela CRFB/88 em seu artigo 227, §6º, onde diz que nenhum filho havido dentro ou fora do casamento sofreram proibições ou quaisquer distinções discriminatórias. (BRASIL, 2007, p. 62).

Deste modo, a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento. Logo, só poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial, reconhecido e não reconhecido. (DINIZ 2010. p. 22)

Por fim, os rótulos negativos, como de um filho ser ilegítimo ou adotivo, são mecanismos de controle social, disputa por poder e diminuição do próximo; por sucessivo trata-se de indicador de que os rotuladores são na verdade inseguros, com baixa auto estima, desinformados e carentes de humanismo. Sendo assim, não existe filho adotivo ou ilegítimo, pois ser filho já é a verdadeira qualificação de quem foi gerado ou aceito como tal nos termos do ordenamento jurídico.

2.3.4 Princípio da liberdade

Estabelece o artigo 1.513 do Código Civil que "é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família". Com intuito de garantir a dignidade da pessoa humana, os princípios da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

liberdade e da igualdade foram os primeiros a serem reconhecidos como fundamentais à existência humana e suas relações afetivas. (ROCHA, 2018)

O princípio da liberdade foi consagrado em sede constitucional, assegurando a todos a liberdade de escolher seu par, seja do sexo que for, para poder constituir uma comunhão de vida familiar, seja pelo casamento ou por união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, intervindo o Estado somente em sua competência de propiciar recursos para a garantia dos direitos das famílias. (DINIZ 2007. p. 18)

2.3.5 Princípio da pluralismo familiar

Há muito tempo as famílias vêm se modificando e adquirindo novas características. Antes da CRFB/88, apenas as famílias advindas do casamento mereciam reconhecimento e respeito, as demais formas familiares que diferenciavam-se da dita "protegida" família, eram ignoradas ao ponto de não terem sequer visibilidade, era como se não existissem.

Francisco José Ferreira Muniz leciona que:

> A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela Constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova e casamento e família são para a Constituição realidades distintas, a Constituição apreende família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> inexiste conceito unitário de família. (MUNIZ Apud VENOSA, 1993, p.16)

Assim, passa a vigorar o princípio do pluralismo familiar quando o Estado reconhece a existência e importância de outras composições familiares diferentes das formadas pelo casamento e as tutelas, abrindo assim um leque maior de possíveis composições familiares.

2.4 DO RECONHECIMENTO AOS EFEITOS JURÍDICOS DO POLIAMOR

Mesmo que não seja a corrente majoritária no país, inclusive perante os Tribunais Superiores, verifica-se alguns esforços para garantir os efeitos jurídicos decorrentes do poliamor. Como exemplo, a apelação cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já registrou por duas vezes uniões poliafetivas. Neste sentindo, podemos observar:

> APELAÇÃO CÍVEL. 1)UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2)RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. Apelação parcialmente provida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

(SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005)

O referido Conselho, ao reconhecer uma união dúplice, também determinou a divisão dos bens existentes entre o *de cujus* e duas conviventes. Neste modo:

> APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO ". ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, resta demonstrado os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008)

Isto porque, se o sistema jurídico tutela diferentes relações quando ocorre a violação do dever de fidelidade em virtude da ausência de conhecimento de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

dos seus membros quanto à multiplicidade dos vínculos, com maior razão tutelará derivadas da escolha de todos os partícipes, de forma livre e consciente.

2.4.1 O Poliamor, a "família tradicional' e a atual jurisprudência no Brasil

O principal problema encontrado no caminho do respeito de outras práticas culturais pauta-se em ensinamentos de natureza discriminatórias e carentes de qualquer argumentação clara. Utilizar-se de bons hábitos como forma de justificativa para a transmissão de argumentos faz com que supramos o desvio de finalidade do direito habitual, que sempre ocupou ´papel importante nos estudos das ciências sociais.

Para Stolze (2008, p. 51-61) a aceitação popular no tocante a liberdade individual de escolha das formas de relacionamentos afetivos depende do papel dos cultores do Direito Civil, que devem enfrentar o tema de forma madura, sensata, não-discriminatória, e, acima de tudo, em consonância com o princípio da dignidade humana aplicado nas relações de afeto.

O pluralismo das entidades familiares, mesmo se sobrepondo constitucionalmente às normalizações infraconstitucionais existentes, ainda assim é bastante influenciado por ideias morais e religiosas, tendo em vista a tendência do legislador de se servir do papel de guardião dos bons costumes na busca da preservação de uma ideologia conservadora. O parlamentar, pautado em preconceitos, se transforma no grande ditador que prescreve como as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

pessoas devem agir, impondo condutas afinadas com a moralidade vigente (DIAS, 2015, p. 56).

A ideia de uma formação conceitual para o padrão de família brasileira parte de uma elite legislativa patriarcal que atrai adeptos às suas pospostas por meio da difusão de lemas como o da defesa dos valores cristãos.

Os adeptos a prática do poliamorismo possuem a mesma intenção de construção familiar comparando as famílias tradicionais, pretendida entre um homem e uma mulher que constituem uma família a partir do casamento monogâmico. Deste modo, dispõe Sá e Viecili:

> Destaca-se que essas unidades familiares possuem fins idênticos aos estabelecidos no casamento e na união estável, visando à constituição da família, à obtenção de direitos e deveres recíprocos, mútua assistência, lealdade, respeito, fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal e obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos (SÁ; VIECILI, 2014, p. 137-156).

Diante deste contexto, alguns casos concretos que visam o reconhecimento jurídico de relações paralelas foram submetidos à apreciação do sistema judiciário brasileiro, sendo certo que em consideráveis situações, juízes e tribunais não fecharam os olhos para a existência de mutações sociais experimentadas pela sociedade contemporânea. Vejamos alguns de seus posicionamentos:

> APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005).

"UNIÕES ESTÁVEIS. CONCOMITÂNCIA. Civil. Ações de Reconhecimento de Uniões Estáveis "post mortem". Reconhecimento judicial de duas uniões estáveis havidas no mesmo período. Possibilidade. Excepcionalidade. Recursos desprovidos. 1 - Os elementos caracterizadores da união estável não devem ser tomados de forma rígida, porque as relações sociais e pessoais são altamente dinâmicas no tempo. 2 - Regra geral, não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, sendo a segunda relação, constituída à margem da primeira, tida como concubinato ou, nas palavras de alguns doutrinadores, "união estável adulterina", rechaçada pelo ordenamento jurídico. Todavia, as nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípuo a realização da justiça e a proteção da entidade familiar - desiderato último do Direito de Família. 3 - Comprovado ter o "de cujus" mantido duas famílias, apresentando as respectivas companheiras como suas esposas, tendo com ambas filhos e patrimônio constituído, tudo a indicar a intenção de constituição de família, sem que uma soubesse da outra, impõe-se, excepcionalmente, o reconhecimento de ambos os relacionamentos como uniões estáveis, a fim de se preservar os direitos delas advindos. 4 - Apelações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> desprovidas." (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2006.03.1.000183-9, rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves, j. 27.02.2008).

Por fim, uma vez demonstrada a afetividade entre as partes, que se comprometem a zelar pela construção de uma lar sadio aos seus conviventes, a caracterização do instituto da família deve ser de rigor, ao passo que o desamparo legal somente fomenta o processo de exclusão social e favorece uma elite parlamentar conservadora. A maneira como foram constituídas não pode prevalecer sobre os critérios constitucionais que realmente importam para proteger as relações entre os seres humanos.

3 POSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

Como é sabido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem como finalidade aperfeiçoar o desempenho do judiciário, tornando transparente os atos administrativos e processuais.

Feito esta breve análise, no dia 26 de junho de 2018, o CNJ decidiu por 8 votos a 6 que todos os cartórios brasileiros estão impedidos de lavrarem qualquer espécie de documento declarando a união estável de mais de 2 indivíduos.

O Poliamor, mais precisamente a discussão sobre essa matéria, chegou ao CNJ através da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) que requereu providências junto à Corregedoria vinculada ao CNJ. Para a ADFAS tal reconhecimento é ilegal. Eles defendem que o Poliamorismo é ilegal, pois para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

eles segundo a CRFB/88 e outras normas infraconstitucionais a monogamia é a condição primordial para que seja reconhecida a união estável.

Cabe obtemperar que já houveram casos onde foram reconhecidas a união entre três indivíduos. No ano de 2012 na cidade de Tapuã e, em 2016 na cidade de São Vicente, ambas situadas no estado de São Paulo. Ademais, no ano de 2015 no Rio de Janeiro também ocorreu um caso envolvendo o reconhecimento de três pessoas. Todavia, diante da decisão do CNJ tais escrituras perderam sua eficácia.

O relator João Otávio de Noronha argumentou dizendo que "é a cultura de um povo predominantemente cristão". Noronha disse, ainda, que:

> Não é falso moralismo, não é nada. Se as pessoas querem viver uma relação de poliamor, que vivam, é outra coisa. Mas a escritura pública está aqui para declarar a vontade jurídica das partes. Se a vontade é jurídica, [a união estável poliafetiva] reputa a vontade ilícita, a vontade não permitida pela lei.

Este tema tem gerado muita discussão/polêmica, sendo necessário a realização de três sessões até que fosse possível alcançar um resultado. Ademais, cabe obtemperar que votaram com o relator Fernando Mattos, Maria Iracema Martins do Vale, André Luiz Godinho, Márcio Schiefler, Valtércio Ronaldo de Oliveira, Maria Tereza Uille Gomes e Valdetário Monteiro.

4 CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O presente artigo científico visou elucidar pontos de suma relevância quanto ao poliamor, uma vez que este tem gerado inúmeros questionamentos no ordenamento jurídico pátrio brasileiro.

Para tanto, a fim de melhor entender a matéria em questão fora feito uma breve conceituação. Ademais, abordou-se a evolução histórica acerca das formas de vínculos afetivos, abordando a monogamia e o patriarquismo. Todavia, o poliamor ganhou força com o passar do tempo, tanto que como dito acima, existiram casos no Brasil de reconhecimento de união estável, sendo relevante ressaltar mesmo que tais reconhecimentos tenham perdido a eficácia após a decisão tomada pelo CNJ.

Abordou-se, ainda, o Poliamorismo face ao ordenamento jurídico, ou seja, diante do Código Civil, além explanar sobre os princípios que norteiam o direito familiar brasileiro. Ademais, fora abordado a jurisprudência no Brasil acerca da matéria e por fim o posicionamento do CNJ que decidiu por impedir o reconhecimento dos cartórios quanto a união estável entre três ou mais indivíduos.

Deste modo, pode-se concluir que o tema em examine é fruto de inúmeros questionamentos e apesar do CNJ se posicionar a respeito, deve-se ressaltar que o direito é mutativo, ou seja, ele se modifica com base nas transformações vivenciadas pela sociedade. Apesar do Brasil ser um país fortemente influenciado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

pelo Cristianismo, a ideia de que a monogamia deve ser perseguida como modelo ideal de vínculo afetivo pode sofrer mutação. Logo, o CNJ baseou sua decisão com base na doutrina cristã e nos costumes morais, deixando de analisar questões de suma importância como a mutação que a sociedade vem enfrentando. Assim, provavelmente, a tendência é que cedo ou tarde o poliamor possa ser reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio, podendo ser registrado a união estável de três ou mais indivíduos pelos cartórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17 de março de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 28 de março de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 04 de abril de 2019.

BUCHE, Giancarlos. **Famílias Simultâneas: O Poliamor no Sistema Jurídico Brasileiro**. Fonte: Revista Eletrônica OAB Joinville. Disponível em: <http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/78/familias-simultaneas-o-poliamor-no-sistema-juridico-brasileiro/>. Acesso em 09 de abril de 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma doutrina da efetividade dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, n. 01, p. 181-200, jan./jun. 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em http://www.lfg.com.br 15 julho. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano. Acesso em 10 de abril de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus". **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n.12, jan./mar.2002.

LOBO, Luis Paulo Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Brasília: Universidade de Brasília, 1999. Disponível em: https://www.ebah.com.br/content/ABAAAfAZ0AF/constitucionalizacao-direito-civil-paulo-luiz-netto-lobo. Acesso em 03 de março de 2019.

MORAES, Noely Montes. O Fim da Monogamia? **Revista Galileu**, publicação da Editora Globo em outubro de 2007.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZADO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Fabiana Dias. (coord). **Vade Mecum Saraiva.** 26. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza**.** As Novas Famílias: Relações Poliafetivas. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da

UNIVALI. v. 5, n.1, p. 137-156. Disponível em: https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/985/Arquivo%207.pdf. Acesso em 07 de abril de 2019.

SOUZA, Giselle. **Tabeliã diz que registro de união poliafetiva é evolução do Direito de Família**. Fonte: https://www.conjur.com.br/2016-abr-14/tabelia-registro-uniao-poliafetiva-evolucao-direito. Acesso em 03 de abril de 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOTA:

[1] Vinícius Pinheiro Marques. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Doutor em Direito pela Pontifícia universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SALÁRIO: ADICIONAIS E OS REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA

MIRELA CALDEIRA DE SOUZA: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis - SP.

JANAÍNA GUIMARÃES MANSÍLIA

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo científico é o resultado de um estudo sobre o salário e seus adicionais após as modificações da Lei 13.467/2017 que acresceram no texto legal do decreto-lei 5.452/1943 as alterações da reforma trabalhista garantindo condições mais benéficas para o empregado, possibilitando uma relação menos formal entre o empregado e o empregador no que diz respeito as disposições do complexo salarial contidas no contrato de trabalho. O objetivo do trabalho é analisar os reflexos da reforma trabalhista nos adicionais. A metodologia aplicada foi a análise bibliográfica com pesquisa nas doutrinas, legislações e artigos científicos relacionados ao tema. Com a pesquisa percebeu-se que as novas alterações na Consolidações das Leis do Trabalho foram pontuais. Nessa conformidade, os dispositivos legais vigentes não ultrapassaram dos limites a fim de não prejudicar o empregador nem o empregado. Sendo assim, a reforma trabalhista trouxe inovações legais precisas acerca do direito individual e coletivo do trabalho, e ainda modernizou alguns campos do direito processual do trabalho para a realização de audiências trabalhistas menos formais e céleres.

Palavras-chave: salário, adicionais, reforma trabalhista, empregado, empregador.

ABSTRACT: This scientific paper is the result of a study of the salary andadditional modifications after the law 13.467/2017 that added in the legal text of theDecree-Law 5.452/1943 the changes of the labor reform , which ensured more beneficial conditions for the employee and made possible a less formal relationship between the employee and the employer in respect of the provisions of the wage complex contained in the contract of employment. The work is analyzing the reflexes of the labor reform in the additional. The applied methodology was a bibliographical analysis with the help of guidelines, legislation and scientific articles related to the theme. With this published we realized that the

new changes in the Consolidations of Labor Laws were punctual. Accordingly, the legal provisions in force do not exceed the limits in order to avoid harming the employer neither the employee. Therefore, a labor reform was introduced into good practice on the right to individual and collective labor at work, and modernized some fields of labor law for less formal and speedy labor audiences.

Keywords: wages, additionals, labor reform, employee, employer.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. SALÁRIO. 1.1 História. 1.2 Conceito. 2. ADICIONAIS: definição e conceito. 2.1 Espécies. 2.1.1 Hora extra. 2.1.2 Noturno. 2.1.3 Transferência. 2.1.4 Insalubridade. 2.1.5 Periculosidade. 2.1.6 Penosidade. 3. REFORMA TRABALHISTA. 3.1 Breve relato. 3.2 Os adicionais e a reforma trabalhista. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico trata do salário e seus adicionais, mais especificamente abordará os reflexos da remuneração com base nas alterações da reforma trabalhista da Lei 13.467/2017.

O objetivo deste trabalho é evidenciar as modificações nos dispositivos legais e verificar no modo em que elas influenciarão na relação de trabalho entre empregado e empregador no que tange a obrigação deste último efetuar o pagamento do salário na forma da lei.

Compõe-se em três capítulos que irão expor no que consiste o salário, os adcionais e a reforma trabalhista, comprometendo-se a elucidar o conceito de cada instituto em seus subcapítulos e explanar os prós e contras da Reforma Trabalhista.

O salário é quantia recebida pelo empregado sobre a contraprestação de serviço feita ao empregador adicionado as gorjetas.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, norma legal e artigos científicos na área do Direito do Trabalho.

Após a pesquisa percebeu-se que as novas alterações na Consolidações das Leis do Trabalho foram pontuais. Nessa conformidade, os dispositivos legais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vigentes não ultrapassaram dos limites a fim de não prejudicar o empregador nem o empregado.

Assim, a reforma trabalhista trouxe inovações legais precisas acerca do direito individual e coletivo do trabalho, e ainda modernizou alguns campos do direito processual do trabalho para a realização de audiências trabalhistas menos formais e céleres.

1. SALÁRIO

1.1 História do salário

Nos primórdios da humanidade ainda não havia moeda, sendo assim a remuneração pela mão de obra era feita sob troca de mercadorias ou animais, como por exemplo, carneiro, porco, peles e principalmente sal. O sal era um item raro e valioso, não eram todos que o possuíam.

A palavra salário surgiu na Roma Antiga através de uma quantia de sal entregue aos soldados que integravam o Império Romano como forma de pagamento pelos seus serviços. Além disso, consideravam o tempero algo divino, pois sua descoberta auxiliava na cicatrização dos ferimentos dos soldados e proporcionava sabor aos alimentos.

As relações humanas se baseavam na troca, pois não havia a percepção de que o trabalho deveria ser remunerado. Por esse motivo, na Idade Média os servos cultivavam e podiam prover seu sustento das terras dos nobres para ter proteção. Do mesmo modo, os trabalhadores de ofício (ferreiro, carpinteiro) vendiam no mercado aquilo que produziam.

O salário como remuneração pelo tempo e esforço físico que o trabalhador dispõe para produção de bens e serviços surgiu no século XIV, período evidenciado pelo declínio do poder feudal e pelo desenvolvimento de nações-estado.

O capitalismo contribuiu para o desenvolvimento da forma de pagamento do serviço executado pelo trabalhador como conhecemos, uma vez que seu desempenho é insubstituível para sociedade não podendo desmerecê-lo.

1.2 Conceito

O salário é a espécie da contraprestação pecuniária presente no Direito do Trabalho estabelecida entre empregador e empregado, na qual este último é pago

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

pela prestação de serviços em decorrência da relação de trabalho. Nessa relação estão incluídos os períodos da prestação de serviços, o tempo à disposição do empregador e os períodos de interrupção do contrato de trabalho.

A remuneração compreende a tudo que o empregado recebe diretamente do empregador mais as gorjetas. Também chamada de complexo salarial é a espécie da contraprestação pecuniária, incluindo as verbas remuneratórias pagas pelo empregador (salário) ou por terceiros (gorjetas) conforme o dispositivo legal do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho: "Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber."

Segundo Sérgio Pinto Martins (2010):

> Remuneração é o conjunto de retribuições recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidade, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família.

As gorjetas são importâncias sujeitas a divisão e destinadas aos empregados dadas espontaneamente pelos clientes ou cobradas pela empresa como serviço adicional na nota de serviços. Essas importâncias não são consideradas para a base de cálculo dos seguintes direitos: horas extras, aviso prévio, repouso semanal remunerado e aviso prévio.

"Art.457, § 3º: Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados."

O salário-base é o mínimo estipulado entre as partes e divide-se em duas partes: a) salário base: é aquele que o empregado e o empregador acordam entre si, não podendo ser reduzido nem menor que o salário mínimo e, b) complemento salarial: depende de um fato novo e um fato extra, também chamados de adcionais, na ausência de um destes o empregado não recebe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O salário possui forma e prazo para pagamento podendo ser efetuado a cada semana ou a cada 15 dias sem ultrapassar prazo maior de 30 dias, salvo disposições expressas em comissões coletivas de trabalho que devem ser pagas em até 90 dias. O pagamento deve ser realizado em moeda corrente nacional até o 5º dia útil do mês subsequente, devendo ser obrigatório o recibo deste, salvo convenção ou acordo coletivo, a abertura da conta salário no banco não tem custo.

Existem proteções legais para impedir a irredutibilidade, ou seja, a redução do salário do empregado, além de ser dotado de inalteridade que impede a alteração na forma de pagamento, exceto em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho.

Conforme a Súmula nº 91 do Tribunal Superior do Trabalho: Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador, ou seja, não é admitido o salário complessivo, no qual o empregador paga todas as verbas juntas sem descrevê-las completamente.

2. ADICIONAIS

2.1 Conceito

Os adicionais são importâncias incluídas na remuneração em razão de um fato novo ou fato extra mais gravoso as condições de trabalho que o empregado se encontra. São parcelas de valores complementares ao salário base que decorrem da exposição e execução do trabalho do empregado estipulado no contrato.

Conforme o doutrinador Mauricio Godinho Delgado (p.857): os adicionais consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas.

Os adicionais de remuneração dividem-se em legais e convencionais. Os legais são aqueles que possuem previsão legal. Uma vez aplicados a qualquer empregado são chamados de adicionais legais abrangentes e, ainda, há os adicionais legais restritos que são de categorias específicas e delimitadas de empregados, como por exemplo, o adicional por acúmulo de função, destinado aos radialistas por força da Lei 6.615/78 ou aos vendedores conforme Lei 207/57. Os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

adicionais convencionais estão previstos em normas coletivas e são destinados a empregados integrantes da categoria profissional respectiva.

2.2 Espécies

Os principais adicionais são entre outros: hora extra, noturno, insalubridade, periculosidade, transferência, penosidade.

2.2.1 Hora extra:

A hora extra está prevista no art. 7º, XVI, da Constituição Federal e no art. 59, § 1º, da CLT e, acrescenta a importância mínima de 50% quando o empregado urbano ou rural estende seu período de trabalho, não podendo aumentá-lo mais que duas horas por acordo individual, convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho. Se for hora extra realizada no domingo ou feriado aumenta-se 100%, salvo trabalhador de turnos de 12X36.

De acordo com Carla Tereza Martins Romar (2018, p. 494): As horas extras habitualmente recebidas pelo trabalhador integram seu salário para todos os efeitos legais, refletindo em parcelas trabalhistas (13º salário, férias, FGTS, DSR, aviso prévio) e em parcelas previdenciárias (salário de contribuição).

Para calcular corretamente a hora extra divide-se o valor de todo o salário (complexo salarial) pelo número de horas extras efetuadas. O resultado dessa divisão é a o valor de uma hora trabalhada na qual acrescenta-se 50% sobre ela.

Este cálculo está pacificado pela Súmula nº 264 do Tribunal Superior do Trabalho:

> A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. HORA SUPLEMENTAR. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Tendo em vista que esse entendimento já está pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho o cálculo da hora extra se faz sobre a hora normal ou de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

acordo com a previsão em outros instrumentos previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa.

2.2.2 Noturno

A Constituição Federal expõe em seu art. 7º, IX e na Consolidação das Leis do Trabalho no art. 73 o adicional noturno (52 minutos e 30 segundos) de 20% sobre o salário-base para empregados urbanos que estendem seu trabalho no período noturno das 22 horas às 5 horas.

Para empregados rurais prevê art. 7º da Lei 5.889/73 o adicional noturno (60 minutos) de 25% sobre o salário-base, sendo considerado horário noturno das 20 horas às 4 horas para aqueles que trabalham na pecuária e das 21 horas às 5 horas para aqueles que executam o labor na pecuária, sem a resolução da hora (60 minutos).

De acordo com Ricardo Resende (2016, p. 651): O próprio adicional noturno é devido somente em relação às horas noturnas trabalhadas, consequentemente a sua integração em outras parcelas também deverá respeitar esta regra.

Este entendimento encontra-se na Súmula nº 60 do Tribunal Superior do Trabalho:

> I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (ex-Súmula nº 60 - RA 105/1974, DJ 24.10.1974)
>
> II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ nº 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996). ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Considerando a pacificação do entendimento da Súmula nº 60 do Tribunal Superior do Trabalho o cálculo do adicional noturno integra o salário se este for pago com habitualidade e, ainda é devido o adicional noturno nos casos em que forem cumpridas ou prorrogadas as horas noturnas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Ademais, prevê a Súmula nº 265 do Tribunal Superior do Trabalho que a troca de turno noturno para o turno diurno extingue a obrigação de realizar o pagamento do adicional noturno.

2.2.3 Transferência

O adicional de transferência está previsto no art. 469 da Consolidação das Leis do Trabalho. O §3º deste artigo prevê a possibilidade de transferência provisória na qual é devida ao empregado que se muda do local do contrato de trabalho e presta serviços temporariamente em outra localidade, sendo devido a este o adicional de 25% sobre o salário-base.

Para Carla Tereza Martins Romar (2018, p. 495):

> A transferência provisória dá direito ao empregado de receber um adicional de remuneração equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) da sua remuneração mensal e que será pago enquanto durar a transferência. Retornando o empregado à localidade originária de prestação de serviços, cessa o pagamento do respectivo adicional, mas enquanto estiver sendo pago integrará a sua remuneração para todos os efeitos legais.

Este adicional é pago até mesmo para cargo de confiança como esclarece a Orientação Jurisprudencial da SDI-1 nº 113:

> O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.
>
> ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA (inserida em 20.11.1997).

Na ocasião em que a transferência tornar-se definitiva é devida a ajuda de custo para a mudança do empregado.

2.2.4 Insalubridade

São adicionais previstos no art. 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho devidos aos empregados que ficam expostos a agentes nocivos que prejudicam a saúde diariamente que estão inseridos na Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego. A diminuição ou eliminação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

insalubridade pode ocorrer quando houver fornecimentos de equipamentos de proteção individual ou ajuste no ambiente.

Mauricio Godinho Delgado compreende (20117, p. 170), que:

> As atividades ou operações consideradas perigosas, na lei brasileira, deverão ser especificadas em portaria do Ministério do Trabalho (art. 193, CLT); igualmente será portaria ministerial que indicará os níveis de tolerância para exercício de trabalho em circunstâncias insalubres (art. 192, CLT). Em tais casos, o tipo jurídico inserido na respectiva portaria ganhará o estatuto de regra geral, abstrata, impessoal, regendo *ad futurum* situações fatico-juridicas, com qualidade de lei em sentido material.

O adicional de insalubridade é pago em 10%, 20%, 40% sobre o salário mínimo e existem alguns requisitos para recebê-lo: a) a perícia deve ser feita por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho para verificar a porcentagem devida do adicional e, b) o agente nocivo deve estar elencado na relação oficial da Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Salienta-se a Organização Jurisprudencial nº 173 da SDI-1 que trabalho em céu aberto não gera o pagamento de insalubridade, salvo se este trabalhador estiver exposto a calor e frio em céu aberto. Além disto, a Súmula nº 47 do Tribunal Superior do Trabalho diz que aquele que está em contrato intermitente tem direito a receber o adicional de insalubridade se a perícia verificar a existência de agentes nocivos e, a Súmula nº 448 deste mesmo Tribunal aponta que o adicional de insalubridade é devido a quem trabalha em banheiro público ou de grande circulação, bem como quem trabalha em coleta de lixo.

A inexistência do agente nocivo apontado na reclamação trabalhista não extingue o direito de receber o adicional por insalubridade caso seja verificado outro agente nocivo na perícia como demonstra a Súmula nº 293 do Tribunal Superior do Trabalho:

> A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Tendo em vista a pacificação desse entendimento da Súmula nº 293 pelo Tribunal Superior do Trabalho a perícia pode determinar os locais que são considerados insalubres.

2.2.5 Periculosidade

A periculosidade se caracteriza pela exposição próxima a agentes perigosos que causam danos, como por exemplo, explosivos, inflamáveis, perigosos, sujeito a roubo e relacionados à energia elétrica e está exposto no art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho. Do mesmo modo, quem trabalha com motocicleta tem direito ao adicional de periculosidade. Prevê também a Súmula 39, Tribunal Superior do Trabalho, o pagamento de periculosidade a empregados que operam bomba de gasolina.

Para Ricardo Resende (2016, p. 650):

> Durante as horas de sobreaviso, o ferroviário permanece em sua casa aguardando ser chamado para o serviço (art. 244, § 2º, CLT), razão pela qual não se sujeita, *neste período*, à condição mais gravosa que enseja o pagamento do adicional de periculosidade. Logo, o adicional em questão não é devido sobre tais horas.

O empregado que faz jus ao adicional de periculosidade tem direito ao acréscimo de 30% sobre o salário-base. No caso em que verificar a existência de adicional de insalubridade e adicional de periculosidade, o empregado terá que decidir qual deles ele quer receber não podendo cumulá-los.

Exige-se perícia, salvo se: a) o adicional de periculosidade já é pago espontaneamente (Súmula 453, TST); b) se fechou a empresa (OJ nº 278 SDI-1) e; c) se existe previsão legal, como por exemplo, a lei do bombeiro civil.

2.2.6 Penosidade

Decorre de trabalho em condições penosas, previsto no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, depende de regulamentação por norma infraconstitucional que venha a definir a hipótese concreta que originará o pagamento, bem como seu valor. São circunstâncias não muito favoráveis à vida e a saúde do empregado.

Sendo assim, compreendem a parte especial do Direito do Trabalho, no que tange ao contrato empregatício e situações justrabalhistas especiais, de modo que para Mauricio Godinho Delgado as distingue como (2017, p. 62):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> Nessas situações justrabalhistas especiais encontram-se o trabalho da mulher, o trabalho do adolescente (a CLT vale-se da expressão "trabalho do menor"), o trabalho em circunstâncias insalubres, perigosas e penosas, e, finalmente, o trabalho pactuado mediante contratos empregatícios especiais.

Em razão da omissão da norma, o adicional de penosidade não tem uma norma reguladora que o faz ser exigido, sendo necessário que uma norma infraconstitucional determine a circunstância que irá resultar o seu pagamento.

3 REFORMA TRABALHISTA

3.1 Breve relato

A reforma trabalhista consiste no advento da lei 13.467/17 e, trouxe importantes mudanças do legislador que influenciaram a forma de aplicação das normas legais contidas da Consolidação das Leis do Trabalho já que a lei anterior era obsoleta.

Algumas alterações foram bem recepcionadas por algumas categorias e doutrinadores, mas muitas delas não obtiveram bom acolhimento em razão de interpretação equivocada ou por prejudicarem os empregados.

Dentre elas, as alterações que mais se destacam são aquelas relacionadas as férias, a gestante exercendo atividades exposta a condição insalubre e aos intervalos intrajornadas.

As férias podem ser fracionadas em até três períodos desde que um dos períodos seja de pelo menos 14 dias corridos e os demais não inferiores a 5 dias, enquanto a lei anterior permitia o fracionamento de férias em apenas dois períodos, sendo que um deles não podia ser inferior a 9 dias.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado (2017, p.142):

> O novo critério de parcelamento das férias individuais tem de ser consensual entre empregado e empregador (art. 134, § 1º, ab initio, CLT) -podendo, corno visto, atingir até três

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> períodos, segundo a nova redação do preceito legal. Porém, em se tratando de férias coletivas, o parcelamento é regido por preceito distinto (art. 139, CLT - dispositivo que não sofreu mudanças). Pelo art. 139, a divisão do prazo das férias apenas pode alcançar dois períodos, "desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias" (§ 1º do art. 139 da CLT). A decisão pelo parcelamento, no caso de férias coletivas, é exclusiva do empregador, salvo se for pactuada por negociação coletiva trabalhista.

A norma pretérita vedava atividades para gestantes e lactantes em qualquer hipótese e em qualquer grau de insalubridade, uma vez que a nova lei veda essa possibilidade apenas em grau máximo de insalubridade durante o período gestacional. Nos casos de grau médio e mínimino as atividades serão cessadas pela gestante mediante apresentação em laudo médico que recomende o afastamento.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 149):

> Curiosamente, esse preceito normativo (art. 394-A) havia sido incorporado à Consolidação apenas cerca de um ano antes, em 1 1 de maio de 2016, pela Lei n. 13.287, com o seguinte sentido: "Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre". A nova redação do art. 394-A da CLT, com a mudança promovida pela Lei da Reforma Trabalhista, passa a apontar em sentido diferente. Eis o novo texto legal:
>
> "Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:
>
> I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
>
> lI - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

§ 1º . . .

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento."

Quanto aos intervalos intrajornadas que consistem no período de repouso e de alimentação dos empregados urbanos e rurais, a não concessão ou concessão parcial destes poderão implicar no pagamento indenizatório do período suprimido com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Dessa forma, Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 133) se posiciona sobre este preceito:

A Lei da Reforma Trabalhista buscou modificar a regência normativa dos intervalos para repouso ou alimentação, regulados pelo art. 71 da CLT. Nessa modificação, alterou a redação do § 4º do art. 71 da Consolidação no sentido abaixo exposto: "Art. 71, § 4º A não concessão ou a concessão parcial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho." A regência normativa dos intervalos intrajornadas estabelecida pela Lei n. 13.467/2017 é, sem dúvida, bastante extremada, parecendo enfocar, essencialmente, um único aspecto do assunto: o custo trabalhista para o empregador relativamente ao desrespeito ao :intervalo intrajornada legalmente estipulado. Pela leitura gramatical e literalista da nova redação do § 4º do art. 71 da CLT, fica entendido o seguinte: a) havendo desrespeito ao intervalo intrajornada (ilustrativamente, urna hora de :intervalo legal), cabe o pagamento apenas do período suprimido (por exemplo, 20 minutos de descumprimento); b) esse pagamento computará o acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, considerado o período efetivamente suprimido; c) esse pagamento é tido corno parcela indenizatória.

3.2 Os adicionais e a reforma trabalhista

Os adicionais de transferência, periculosidade, noturno e penosidade não apresentaram mudanças significativas com a vigência da nova lei.

Um dos adicionais que mais houve controversas em decorrência de sua mudança é o de insalubridade relacionado a gestante, nesta ocasião a nova regra revela que a gestante deverá ser afastada de atividades insalubres de grau máximo até o término da fase gestacional. A novidade é que quanto as atividades insalubres de grau mínimo e médio a gestante deverá ficar afastada desde que apresente laudo médico que comprove risco para a gestação.

Em consonância com esse entendimento, Mauricio Godinho Delgado diz (2017, p.150):

> A nova lei faz a escolha pelo afastamento automático da mulher do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, apenas no caso de insalubridade em grau máximo (novo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> inciso I do art. 394-A). Nos casos de insalubridade em grau médio ou em grau mínimo, esse afastamento ocorrerá quando a mulher apresentar "atestado de saúde", emitido por médico de sua confiança, "que recomende o afastamento durante a gestação" (inciso II do art. 394-A). Acrescenta ainda o inciso ill do art. 394-A da CLT que o afastamento também poderá ocorrer durante o período de amamentação. Determina o preceito esse afastamento de atividades insalubres em qualquer grau, quando a empregada "apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação".

O assunto foi tão controverso que o ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal concedeu liminar no dia 30 de abril de 2019 que suspende a norma legal que permite grávidas exercendo atividades insalubres em grau médio e baixo. A decisão do ministro é uma resposta à ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5939, movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos e será submetida a análise dos demais ministros, mas não previsão de julgamento.

Com a reforma trabalhista a remuneração das horas extraordinárias deverá ser de pelo menos 50% superior à da hora normal, uma vez que elas não poderão exceder o limite de duas horas da duração diária do trabalho, sendo estas horas extraordinárias convencionadas por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo cietífico abordamos o direito do trabalho, mais precisamente sobre o salário e seus adicionais e os efeitos provocados nesses conceitos legais após as mudanças oriundas da reforma trabalhista e concluimos que as inovações foram necessárias para regular o campo das relações bilaterais e multilaterais do mundo empregatício, fixando normas legais imperativas que se encaixam no contexto contemporâneo para o contrato de trabalho e as relações de trabalho.

As considerações relacionadas aos adicionais cumpriram nossa metal inicial que era de evidenciar as regras que foram mantidas e as novidades a respeito dos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

adicionais no texto legal da Consolidação das leis do trabalho, como por exemplo, a nova regra quanto as horas extraordinárias que deverão ser pagas em até 50% e possuem caráter indenizatório além das horas extraordinárias não poderem ultrapassar duas horas da duração diária do trabalho.

Outras regras ainda são controversas e estão sob julgamento no Supremo Tribunal Federal, como aquela que prevê expressamente que grávidas não poderão serem submetidas a atividades de grau máximo de insalubridade, mas são permitidas a executarem atividades de grau médio e mínimo de insalubridade desde que o laudo médico as permitam de fazê-lo.

Contudo, princípios constitucionais que regulam a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, são diretamente afrontados por diversas regras jurídicas expostas pela reforma trabalhista, uma vez que essa negligência legal garante que a ordem econômica social beneficie os empregadores na relação de emprego, uma vez que dá respaldo para uma negociação informal entre o empregador e o empregado, deixando-o vulnerável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Prática Trabalhista***.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 – *em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm* - 28/01/2019.

DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho – em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm*- 08/02/2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves Delgado. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 16 ed. São Paulo: Ltr, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTERESSANTE, SUPER. *Salário – em https://super.abril.com.br/comportamento/salario/-* 08/02/2019.

NOÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO. *Salário e remuneração. Conceito e distinções – em* https://www.tecnolegis.com/estudo-dirigido/tecnico-judiciario-trt9-2010/direito-do-judiciario-salario-e-remuneracao-conceito-distincoes.html-04/05/2019.

PINTO, Sergio Martins. *Direito do trabalho.* 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado***.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

ROMAR, Carla Tereza Martins. *Direito do trabalho.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO NO BRASIL

BIANCA DE CARVALHO SCORCIO: Bacharelanda no Curso de Direito Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

MÁRCIA KAZUME PEREIRA SATO

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o procedimento de adoção e os seus requisitos imprescindíveis; veremos que família não é constituída somente por laços consanguíneos, mas também através da afetividade. A evolução do processo de adoção no Brasil ocorreu durante o longo dos anos, e ainda evolui a cada dia. Com o surgimento de novas atualizações na legislação, criou-se uma sistematização para facilitar o controle de crianças e adolescentes que vivem em abrigos aguardando uma família substituta, e de pessoas que tem interesse em adotar, surgindo assim o Cadastro Nacional de Adoção. Existem diversas modalidades de adoção em nosso país, ou seja, várias formas para que ela aconteça, contudo é necessário que a pessoa que deseja adotar tenha legitimidade, preencha todos os requisitos (idade mínima de 18 anos, estabilidade no âmbito familiar, diferença de idade de 16 anos entre adotante e adotado, entre outros) e passe pelo estágio de convivência entre adotando e adotado.

Palavras-Chave: Adoção; Procedimento; Família Substituta; Cadastro Nacional de Adoção; Requisitos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the adoption procedure and its essential requirements; We will see that family is not constituted only by consanguineous bonds, but also through affectivity. The evolution of the adoption process in Brazil has occurred over the years, and still evolves every day. With the emergence of new updates in the legislation, a systematization was created to facilitate the control of children and adolescents living in shelters Awaiting a substitute family, and people who are interested in adopting, thus appearing the National Register of adoption. There are several modalities of adoption in our country, that is, several ways for it to happen, however it is necessary that the person who wants to adopt has legitimacy, complete all the requirements (minimum age of 18 years, stability in the family scope, Age difference of 16 years between Adopant and adopted, among others) and pass through the stage of coexistence between adopting and adopted.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Keywords: Adoption Procedure Substitute family; National Adoption Register; Requirements.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE FAMÍLIA. 3. A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO BRASIL. 4. PERFIL DOS ADOTANTES E ADOTADOS. 5. MODALIDADES DE ADOÇÃO NO BRASIL. 5.1. Adoção internacional. 5.2. Adoção intuitu personae. 5.3. Adoção por tutor ou curador. 5.4. Adoção unilateral. 5.5. Adoção homoafetiva. 6. PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO. 6.1. Legitimidade para adotar. 6.2. Cadastro e habilitação para adoção. 6.3. Idade mínima e estabilidade da família. 6.4. Diferença de 16 anos. 6.5. Consentimento. 6.6. Dispensa do consentimento. 6.7. Concordância do adotando. 6.8. Estágio de convivência. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Antigamente a adoção tinha como principal objetivo, dar filhos para as pessoas que não podiam tê-los. Contudo, atualmente essa não é sua única função, ou seja, adotar é assumir a responsabilidade de proporcionar educação, moradia, carinho, afeto e principalmente dar uma família a quem não a tenha por algum motivo, seja pela falta dos pais, por abandono, entre outros. Dessa forma, o âmbito familiar não precisa ser constituído somente por laços consanguíneos, mas também por laços afetivos e jurídicos.

A sistematização do procedimento de adoção no Brasil ocorreu com o surgimento do Código Civil de 1916, o qual exigia requisitos necessários para que as pessoas pudessem adotar. Ela passou por diversas modificações no decorrer dos anos, e com a atualização do Código Civil em 2002, trouxe um novo regime jurídico único para adoção, ou seja, o judicial.

Como previsto pela Constituição Federal de 1988, a adoção é vista como uma forma de medida protetiva à criança e adolescente, devendo dar prioridade às suas necessidades.

Mesmo com toda a sistematização no processo de adoção, o número de crianças e adolescentes que vivem em abrigos à espera de uma família é muito alto,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

passando dos 8,7 mil, de acordo com o índice do CNJ em 2018. A quantidade de pessoas que querem adotar também é grande, porém muitos não atendem os requisitos necessários, ou desistem de esperar pelo processo.

Ainda que a legislação vigente não consiga solucionar toda a problematização em relação às crianças e adolescentes à espera de um família substituta, a adoção permitiu que muitas pessoas pudessem da um lar a eles.

Dentre os institutos legislativos previstos, o presente artigo tratará da adoção e seu procedimento, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras legislações competentes em relação ao assunto.

Para o desenvolvimento do estudo, foram realizadas pesquisas em meios bibliográficos e documentais, livros e legislações relacionadas ao tema.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família é amplo, e ela pode ser formada por um conjunto de pessoas unidas por laços de parentesco ou afinidade. Maria Helena Diniz a conceitua da seguinte forma:

> São todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. Em um sentido mais estrito, é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole. (DINIZ, Maria Helena. 2007; p. 9).

Seu conceito tradicional é composto pela união de pessoas e filhos, sejam eles naturais ou adotados.

Não muito diferente deste conceito, Silvio Rodrigues traz o seguinte:

> É a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. (RODRIGUES, Silvio. 2004; p. 4).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Uma família não precisa necessariamente ser formada por membros de sangue. Atualmente, existem diversas formas de se construir uma família, e uma delas é por meio da adoção, a qual permite dar filhos a pais que não podem ter filhos próprios, e a pais que já possuem filhos biológicos e querem proporcionar uma vida digna a crianças e adolescentes sem família. Bem como, dar uma família as crianças e adolescentes que vivem em abrigos devido ao abandono, ou pela perda dos pais biológicos, e também aos jovens que vivem nas ruas.

Em seu artigo 28, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) conceitua a adoção como uma família substituta:

> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

Contudo, não há dúvidas de que a adoção é uma forma de constituir família, por meio de vínculos afetivos, sendo tratada como uma modalidade de família substituta.

3. A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção existe desde as civilizações mais remotas, e foi instituída com o intuito de dar filhos a quem não podia ter. Tem origem do latim *adoptio,* que significa *tomar alguém como filho*. Ela pode ser conceituada como um ato jurídico pelo qual cria-se um vinculo de filiação entre duas pessoas, com desligamento por completo do adotando e sua família biológica.

Este instituto se instaurou no Brasil com a promulgação da Lei de 22 de setembro de 1828, a primeira a tratar do instituto da adoção de forma não ordenada.

A sistematização somente ocorreu em 1 de janeiro de 1916, com o surgimento do Código Civil Brasileiro (artigos 368 a 378, localizados no Título V) tendo como objetivo facilitar a adoção, uma vez que os requisitos eram muito restritivos, pois podiam adotar somente as pessoas maiores de 50 anos de idade; sem filiação legítima ou legitimada; a diferença de idade entre o adotante e adotado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

deveria ser no mínimo 18 anos; não poderia haver adoção sem o consentimento da pessoa; os adotantes deveriam ser casados para poder adotar, entre outros. A adoção era efetivada por meio de uma escritura pública.

Os direitos e deveres advindos com a adoção eram limitados ao adotante e adotado, com exceção do pátrio poder, que era transferido aos pais adotivos. Pode-se dizer também, que o parentesco derivado da adoção era restringido ao adotante e adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais. Devido a isso e ao tratamento distinto entre os filhos legítimos e adotivos, a adoção era pouco utilizada.

O requisito de que os adotantes não possuíssem filhos legítimos ou legitimados, conclui que o objetivo principal da adoção naquela época, era suprir a vontade daqueles que não podiam ter filhos, ou seja, os que eram inférteis.

Em 8 de maio de 1957, a Lei nº 3.133, modificou os requisitos indispensáveis para que a adoção fosse realizada: a idade mínima do adotante foi diminuída para trinta anos e a diferença de idade entre adotante e adotado deveria ser de 16 anos. Foi revogada a necessidade do casal adotante não ter filhos, exigindo que os adotantes fossem casados no mínimo há cinco anos. Foi estabelecido também que, a adoção poderia ser rescindida pela vontade do adotado, no ano seguinte em que completasse sua maioridade. O parentesco advindo da adoção tinha implicações apenas para o adotante e adotado.

Em 1965, a Lei nº 4.655 entrou em vigor, criando a legitimação adotiva, trazendo uma nova feição à adoção, passando a ter duas formas de adoção: a prevista pelo Código Civil (modificada pela Lei 3.133/57), e a disciplinada por esta nova lei. Por meio dela, era possível a legitimação da adoção de menor de sete anos e que estivesse sob a guarda dos requerentes há três anos; e a legitimação adotiva, para o menor com mais de sete anos, desde que à época em que completou essa idade, já estivesse sob a guarda dos adotantes.

O adotado tinha os mesmos direitos dos filhos legítimos, exceto em hipótese de sucessão, se concorresse com filhos biológicos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova visão para o Direito de Família, e consequentemente para a Adoção. Dessa forma, surgiu a lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que trouxe um novo sistema de adoção,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tanto de crianças, como de adolescentes, e também a adoção de maiores de 18 anos, regulada pelo Código Civil de 1916, sendo realizada por escritura pública.

Com a atualização do Código Civil em 2002, passou-se a um novo regime jurídico, de forma única para adoção: o judicial. Porém, todo o capítulo do Código Civil que tratava sobre a adoção, foi revogado pela lei nº 12.010/2009, restando apenas os artigos 1.618 (fala sobre a adoção de crianças e adolescentes regidas pelas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente) e o 1.619 (traz sobre a adoção de maiores de 18 anos, em que é determinada por meios judiciais, pelas normas do Estatuto mencionado acima).

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, a adoção no Brasil passou a ser considerada como medida protetiva à criança e adolescente, ou seja, é um processo que tem como prioridade o bem-estar dos menores que estão na situação de adoção. O que será julgado pelo juiz no processo de adoção, é se este trará para o adotado oportunidades em seu desenvolvimento.

Em 2008 foi criado o Cadastro Nacional de Adoção, uma ferramenta que facilitou o processo de adoção, devido a grande quantidade de crianças e adolescentes disponíveis. O número de pessoas interessadas em adotar que possuem cadastro no sistema também é alto, ultrapassando 43,6 mil famílias, de acordo com dados do CNJ, em 2018.

Para uma melhor visualização da situação, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015, no Brasil, haviam 5,6 mil crianças aguardando adoção. Já em maio de 2018, o número subiu para 8,7 mil. O número de pessoas que querem adotar uma criança atualmente é gigantesco, porém o processo de adoção pode ser demorado, e muitas dessas pessoas acabam desistindo.

4. PERFIL DOS ADOTANTES E ADOTADOS

Além dos requisitos exigidos judicialmente para a realização da adoção, há também as exigências feitas pelas pessoas que querem adotar. A grande maioria das pessoas que esperam pela oportunidade de adotar, buscam crianças de até um ano de idade. Contudo, uma porcentagem muito pequena dessas crianças encaixam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

neste perfil. Já as crianças com cinco anos ou mais, são a grande maioria que esperam por uma família.

O candidato à adoção deve ter disposição para aguardar o processo de adoção, ter capacidade financeira e estrutura familiar para acolher a criança que será adotada.

Os requisitos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, para efetivar a adoção estão presentes em seu artigo 42, eles são:

> Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (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. (BRASIL, 1990.)

Sendo assim, para a efetivação do processo de adoção, deve-se juntar documentos, comprovar a capacidade para adotar, estabilidade tanto financeira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como psicológica e aguardar por um tempo indeterminado na fila de espera. Porém, para aqueles que realmente querem adotar, esses obstáculos valem a pena, pelo fato de poder dar um lar e afeto para uma criança ou adolescente que necessite.

5. MODALIDADES DE ADOÇÃO NO BRASIL

Existem diversas modalidades de adoção em nosso país, tanto de criança como de adolescente, contudo, as mais conhecidas são:

5.1. Adoção internacional:

É uma das maneiras mais discutidas de adoção, pois apresenta opiniões diferentes, mas assim como as outras modalidades de adoção, desde que cumpridos os requisitos legais exigidos, versa em dispor ao adotado uma família substituta, contudo, o adotante e o adotado apresentam nacionalidades distintas.

Art. 50, § 10, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Consultados os cadastros e verificada a ausência de pretendentes habilitados residentes no País com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, será realizado o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional. (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.)

O casal estrangeiro que tem interesse em adotar uma criança ou adolescente de nacionalidade brasileira, deverá fazer o pedido de habilitação para adoção diante da Autoridade Central. Se esta os considerar aptos para adotar, será emitido um relatório que contenha informações e dados pessoais, como situação familiar, capacidade jurídica e se a adequação dos adotantes.

5.2 Adoção intuitu personae:

Nesta modalidade, são os pais biológicos quem escolhem os adotantes; contudo não está prevista em lei. Com isso, o STJ, trouxe em seu informativo nº 385:

> **ADOÇÃO. VÍNCULO. CRIANÇA. ADOTANTE.** Cuida-se, na espécie, da adoção de menor na qual a mãe e o casal, ora agravado, assinaram termo de declaração no qual há expressa manifestação de vontade do primeiro em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> consentir a doação de uma filha aos agravados, tendo o juiz a quo autorizado a permanência da menor com o casal pelo prazo de trinta dias. Posteriormente, passados oito meses, o Tribunal a quo determinou a guarda da menor aos agravantes por constarem do cadastro geral, sob o fundamento de que uma criança com menos de um ano não poderia criar vínculo com o casal e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada do casal agravado. A Turma entendeu que o critério a ser observado é a existência de vínculo de afetividade da criança com o casal adotante. Dever-se-ia, preponderantemente, verificar o estabelecimento do vínculo afetivo da criança com os agravados, que, se presente, torna legítima, indubitavelmente, a adoção intuitu personae. Assim, negou provimento ao agravo. AgRg na MC 15.097-MG. (STJ, 2009 , Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 5/3/2009).

Como dito acima, não há previsão no ordenamento jurídico do nosso país para essa prática de adoção, contudo, de acordo com certas doutrinas, a sua realização seria possível desde que houvesse um vínculo afetivo da criança ou adolescente, com os interessados em adotar.

5.3 Adoção por tutor ou curador:

Para que esta seja realizada, é necessário seguir alguns requisitos, ou seja, artigo 1.734, do Código Civil, de acordo com o artigo 4º da nova Lei de adoção, traz o seguinte:

> As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil Brasileiro).

Não é permitido este tipo de adoção em casos que há duvidas em relação à idoneidade do tutor que não faz prestação de contas, pois se prioriza os interesses do adotando. Não é permitido ao tutor tirar vantagens da adoção, sendo assim, a tutela só será passada mediante testamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5.4 Adoção unilateral:

É quando a adoção é feita por apenas uma das partes, sendo que o outro mantém sua relação parental com o adotado. Por exemplo: uma mãe viúva se casa novamente e, seu companheiro adota a criança.

Como dispõe o artigo 41, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "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".

5.5.Adoção homoafetiva:

Este tipo de adoção tornou-se completamente legal em nosso país a partir de 2010, por uma decisão judicial do STJ (Supremo Tribunal Federal).

Com a evolução da Justiça Brasileira, foi possível legalizar a adoção pelas famílias homoafetivas. Dessa forma, esses tipos de decisões de baseiam nos princípios da Dignidade e da Igualdade, e devem determinar também a competência dos tribunais para a realização do Processo de Adoção.

Para concretizar tais fatos, observemos a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma das diversas decisões favoráveis para a adoção homoafetiva:

> **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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luis Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Nos pedidos de adoções feitos por casais homossexuais, é analisado se existe uma relação estável com a pessoa do mesmo sexo, em que o adotado também irá conviver.

6.PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO

O primeiro requisito para aqueles que querem adotar, é ter idade igual ou superior a 18 anos; sendo assim, deve-se dirigir a uma Vara da Infância e Juventude, onde deverá preencher um cadastro contendo documentos pessoais e informações, como também antecedentes criminais e judiciais.

Após analisar essas informações dos pretendes para adoção, o juiz verifica o pedido e se preenche os requisitos legais necessários. Se sim, os candidatos são chamados para uma entrevista, caso sejam aprovados, começam a integrar o Cadastro Nacional de Adoção. Dessa forma, é possível adotar uma criança ou adolescente em qualquer parte do país, através da dessa inscrição. Quando a criança ou adolescente estiverem aptos à adoção, o casal interessado é convocado.

O prazo de duração de um processo de adoção quando há o consentimento dos pais biológicos, é de aproximadamente um ano. Em casos onde o processo é contencioso, pode perdurar por anos.

6.1. Legitimidade para adotar

Trata-se das pessoas que podem adotar, daquelas que podem ser adotadas e das que não podem adotar devido ao impedimento. As exigências para que se possa adotar são estabelecidas pelo ECA. Conseguindo o interessado à adoção preencher todas essas exigências, terá legitimidade para proceder à adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente institui que para que a pessoa possa adotar, é necessário que tenha atingido a maioridade, pois somente dessa forma, tem plena capacidade para praticar os atos da vida civil. (Art. 42, caput, do ECA).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em relação aos requisitos, não há nenhuma restrição referente à idade, cor, religião sexo, situação econômica, entre outros. Contudo, algumas pessoas estão impedidas de adotar. Estes impedimentos poderão ser: parcial e total.

O impedimento parcial é colocado ao tutor e ao curador devido ao contato de forma direta que possuem com o tutelado ou curatelado, tendo entre si um vínculo de afetividade que poderá ser convertido em amor paterno-filial. Não há objeção em relação a este tipo de adoção, contudo, o tutor ou curador deverá comprovar que exerce convivência com o tutelado ou curatelado de forma adequada, devendo também prestar contas. Conforme expresso no art. 44, do ECA: "Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado". (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Já o impedimento total, é aquele colocado pelo próprio legislador aos ascendentes e irmãos do adotado, de acordo com o art. 42, § 1º do ECA: "Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando". Isso ocorre para evitar a confusão nas relações de parentesco. (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Quando a criança ou adolescente perde os pais biológicos, deverão ser acolhidos pelos demais membros familiares, independente do grau de parentesco, o que se dá o nome de família extensa ou ampliada, prevista no parágrafo único do artigo 25, do ECA:

> Art. 25, Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em relação a quem poderá ser adotado, é imprescindível que não haja qualquer possibilidade de reintegração ao núcleo familiar da criança ou adolescente.

6.2 Cadastro e habilitação para adoção:

A existência dos cadastros são de grande utilidade, uma vez que contribuem para a apuração dos requisitos necessários para adoção, e facilita a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

compatibilidade entre os adotantes e adotados, acelerando assim o processo de adoção.

O artigo 50 do ECA dispõe sobre a necessidade de haver em cada Comarca, um cadastro das crianças e adolescentes aptas para serem adotados e das pessoas que desejam adotar.

> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente).

A relação desse cadastro de crianças e adolescentes será feita pelos profissionais da Vara da Infância e Juventude, baseando em informações existentes nos processos em andamento no juízo, e nas informações fornecidas por abrigos sobre o estado das crianças e adolescentes que abrigam.

Para que a criança ou adolescente estejam aptos à adoção, é necessário alguns critérios, e o mais frequente é o abandono por parte dos genitores e da família. Quando a criança ou adolescente foram abandonados, e existem dados sobre sua origem, há a tentativa de reintegração familiar. Caso não tenha essa possibilidade, insere-se a criança ou adolescente no cadastro, para que se possa colocá-la em uma família substituta o mais rápido possível.

Os responsáveis pela atualização dos dados dos cadastros será a autoridade central estadual, ou seja, o Poder Judiciário, transmitindo todas essas informações para o cadastro nacional, como prevê o artigo 50, § 9º, do ECA:

> Art. 50, § 9º. Compete à Autoridade Central Estadual zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira. (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Se a pessoa inscrita no cadastro estiver habilitada, terá uma ordem sequencial, onde fica aguardando aparecer uma criança ou adolescente que se encaixe em suas opções de idade e sexo. Sendo assim, um certificado será entregue à pessoa, onde constará que está habilitada para adotar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6.3.Idade mínima e estabilidade da família:

O caput do artigo 42, e o seu § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz que é indispensável que o requerente tenha idade mínima (18 anos) para que seja possível adotar e, se for casado ou conviva em união estável, é preciso que a família tenha estabilidade.

> Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
>
> § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Aos 18 anos, a pessoa pode praticar todos os atos da vida civil. Sendo assim, terá capacidade para adotar. Já em relação a estabilidade familiar, é necessário a avaliação de um profissional.

6.4 Diferença de 16 anos:

Constante do artigo 42, § 3º, do ECA, exige-se que a diferença de idade entre o adotante e o adotado seja de 16 anos, assim evita-se reflexos prejudiciais à família que irá se formar, ou seja, não poderá haver atração física entre o adotante e adotado, somente a relação filial e paterna.

6.5 Consentimento:

Com a adoção, o vínculo de parentesco que existia anteriormente com a família biológica, é rompido, e se cria um novo vínculo com a família adotiva. É por esse motivo que é exigido pela legislação, que haja o consentimento dos pais biológicos na adoção (art. 45, caput, do ECA). Para que o consentimento seja válido, deverá ser ratificado perante o juiz e o Ministério Público.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

6.6. Dispensa do consentimento:

Para evitar a demora desnecessária no processo de adoção, devido a impossibilidade de conseguir a autorização dos pais biológicos que sejam desconhecidos, o § 1º, do artigo 45 do ECA (Estatuto da criança e do adolescente), nos traz a seguinte regra:

> Art. 45, § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. (BRASIL, LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente).

Neste sentido, salienta o legislador, que a dispensa do consentimento evita a paralisação do processo, atendendo de forma mais rápida, os interesses do adotando.

6.7.Concordância do adotando:

Deve-se realizar sempre a oitiva da criança ou do adolescente, considerando sua opinião em relação à decisão, determinação legal, que o juiz deve cumprir. A criança ou adolescente serão ouvidos por profissionais, que elaborarão um estudo de caso, e após um parecer, devendo este ser considerado pelo magistrado e Ministério Público no momento da decisão.

6.8.Estágio de convivência:

Esse estágio de convivência é regulamentado pelo artigo 46 do ECA, e trata-se do período onde avalia-se a nova família, devendo ser acompanhado pela equipe técnica do juízo, com a finalidade de analisar a adaptação entre o adotante e adotado.

A duração desse estágio de convivência não é estipulada pela legislação, sendo assim cabe ao juiz fixar um prazo de duração, podendo dispensá-lo nos casos em que o adotando e adotado tenha a comprovação da construção de um vínculo afetivo.

Esse acompanhamento deve ser realizado de forma minuciosa, pois não basta o adotante se mostrar adequado para criar e proporcionar educação ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

adotado, deve haver uma adaptação recíproca no âmbito da família substituta, e verificar se há aptidão total para a paternidade e maternidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na finalização do presente artigo, que tem como intuito analisar o procedimento de adoção em nosso país, podemos ver o que a adoção existe há muito tempo, e que antes tinha como objetivo, dar filhos somente às famílias que não podiam tê-los. Contudo, no decorrer dos anos, este instituto foi crescendo, dando novas oportunidades às famílias que querem adotar, e também às crianças e adolescentes que foram abandonados ou simplesmente não tem família biológica.

Dessa forma, temos a certeza de um âmbito familiar, não precisa somente de laços consanguíneos para ser titulado como família, como também pode ser formado por laços afetivos. Sendo assim, existem diversas modalidades de adoção no Brasil, que permitem adotar crianças e adolescentes, como a Adoção Homoafetiva, realizada por casais homoafetivos, Adoção Unilateral, entre outras.

Devido ao grande número de crianças e adolescentes à espera de um lar, e a quantidade de pessoas que querem adotar, o procedimento de adoção passou por diversas modificações ao longo dos anos, passando por diversas modificações no patamar legal, e atualmente, criou-se uma sistematização, ou seja, o Cadastro Nacional de Adoção. Dessa forma, têm-se um controle dos candidatos para adoção, e das crianças e adolescentes que vivem em abrigos aguardando adoção.

Os requisitos indispensáveis no procedimento de adoção são trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo necessário ter idade mínima de 18 anos e estabilidade familiar, ter diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotado, ter o consentimento da família biológica (caso o adotado a tenha), ter a concordância do adotado e, para isso, realiza-se a oitiva do mesmo por profissionais. E por fim, temos o estágio de convivência, não tendo prazo estipulado em lei, onde se verifica a adaptação entre o adotante e adotado, sendo acompanhados por profissionais técnicos do juízo.

Ante o exposto, sabemos que muitas crianças não sabem o que é ter uma família, e com o procedimento de adoção, temos uma forma de dar a essas crianças

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

um lar afetivo, da mesma forma que pais que não tem filhos ou querem ter filhos adotivos, possam dar novas oportunidades à vida dessas crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 de março de 2019.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil Brasileiro.**Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 de março de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 de março de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família.** 22 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007; p. 9.

GOMES, Luiz Flávio. **STJ admite a adoção "intuitu personae" (Informativo 385).** 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/942214/stj-admite-a-adocao-intuitu-personae-informativo-385>. Acesso em: 10 de março de 2019.

LABOISSIÈRE, Paula – Repórter da Agência Brasil. **Brasil tem 8,7 mil crianças à espera de uma família, diz CNJ**. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-05/brasil-tem-87-mil-criancas-espera-de-uma-familia-diz-cnj>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2019.

MENEZES, Marina de Barros. **A evolução da família e suas implicações.**Minas Gerais, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46819/a-evolução-da-familia-e-suas-implicacoes>. Acesso em: 01 de março de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. **Adoção no Brasil.** Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/sociologia/adocao-no-brasil.htm>. Acesso em: 01 de março de 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Vol. 6 - Direito de Família.** 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004; p. 4.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DO ABUSO NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

KAMYRES FERREIRA QUEIROZ GONÇALVES:
Aluna do curso de Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis.

ANDRE DE PAULA VIANA[1]

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar as consequências do abuso sexual em crianças. O abuso sexual pode afetar o desenvolvimento da criança tanto cognitivo, afetivo e social com diversas formas e de diversas intensidades, deixando marcas no seu desenvolvimento, com danos que podem persistir por toda vida. Assim, esses fatores favorecem para consequências graves na criança podendo levar até a fase adulta. A detecção precoce favorece tratamento adequado com vista a redução das sequelas. No entanto, o envolvimento familiar deve ser considerado. Nesse contexto, foram abordados inicialmente os direitos fundamentais, direitos estes necessários para a garantia de uma vida humana digna. Após discorreu sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, um direito fundamental. Depois conceituou violência doméstica e abordou o direito à convivência familiar. Ademais, adentrou no tema principal sobre o abuso sexual e as consequências do abuso sexual. Ao fim foi possível concluir que a violência sexual contra crianças e adolescentes mostram causas e grandes consequências sejam físicas, psicológicas, que variam de indivíduo para indivíduo. Para tanto, foi realizado pesquisa bibliográfica com consulta em livros, doutrinas, artigos científicos.

Palavras-chave: Abuso Sexual. Crianças. Família. Violência Sexual. Adolescentes.

ABSTRACT: This study has to analyze the consequences of sexual abuse in children. Sexual abuse can affect cognitive, emotional and social development with diverse forms and intensities, leaving marks in their development, with damages that can persist throughout life. Grave graves should be loaded into adulthood. Early detection is a suitable treatment to reduce sequelae. However, my role should be considered. This context is at the moment the fundamental, rights as important to the guarantee of a dignified human life. After disagreeing on the principle of the dignity of the human person, a fundamental right. Later he conceived the household

and approached the right to family life. In addition, it entered in the sexual subject on sexual abuse and as consequences of the sexual abuse. In order for violence against children and adolescents to appear powerful and greater than physical, psychological, which vary from individual to individual. For that, the bibliographical research was carried out with consultation in books, doctrines, scientific articles.

Keywords: Sexual Abuse. Children. Family. Sexual Violence. Adolescents.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPITULO 1 – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 1.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CAPÍTULO 2 – CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 2.1 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA. 2.2 O ABUSO SEXUAL. CAPÍTULO 3 – CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL. CAPÍTULO 4 –CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Maus tratos em crianças ocorrem diariamente em suas várias formas, trazendo danos físicos e psicológicos.

Desde a antiguidade, verifica-se que os abusos sexuais já ocorriam. Segundo Aded et al., (2006), o imperador romano Tibério tinha preferências sexuais por crianças, obrigando-as a satisfazer seus desejos por meio de várias formas de atos sexuais.

Ao longo da história, crianças e adolescentes vem sendo expostos a situações de violência. A violência sexual em crianças e adolescentes é um fenômeno complexo que pode ocorrer tanto dentro como fora do contexto familiar.

Observa-se que o abuso sexual provoca consequências diferentes nas vítimas, variando de pessoa para pessoa, ao qual depende de vários fatores relacionados entre si, tais como idade do abuso, o elo que existia entre a vítima e o abusador, a natureza do ato imposto e o ambiente familiar.

Os conflitos nas relações familiares, atualmente, têm se tornado visíveis, principalmente os que têm origem nas camadas populares. Esses conflitos familiares têm inúmeros fatores, entre eles, os sociais, econômicos e os advindos das relações intimas que ocorrem no ambiente doméstico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

São protegidas as crianças e os adolescentes no artigo 227 da Constituição Federal, no Código Civil e no ECA, aos quais garante proteção integral, inclusive de estar em um ambiente familiar adequado.

O abuso sexual pode afetar o desenvolvimento da criança tanto cognitivo, afetivo e social com diversas formas e de diversas intensidades, deixando marcas no seu desenvolvimento, com danos que podem persistir por toda vida. Assim, esses fatores favorecem para consequências graves na criança podendo levar até a fase adulta.

Sua detecção precoce favorece tratamento adequado com vista a redução das sequelas. No entanto, o envolvimento familiar deve ser considerado.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na Constituição Federal em seu título II são garantidos direitos e garantias fundamentais. Houve inovação em vários aspectos fixando os direitos fundamentais antes da organização do próprio Estado, realçando a importância deles na nova ordem democrática. Ademais tutelou os interesses coletivos e difusos, impôs deveres e direitos individuais e coletivos.

Segundo Silva (2006), direitos fundamentais pode ser entendido como a expressão mais adequada que além de referir a princípios que resumem a concepção do mundo, informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, reservada para designar prerrogativas e instituições que concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Para Pinho (2003), direitos fundamentais são aqueles indispensáveis a pessoa humana, necessário para garantir existência digna, livre e igual.

Os direitos fundamentais são interesses previstos na CF que o Estado deve respeitar e proporcionar a todos, sendo o mínimo necessário para a existência da vida humana (BREGA FILHO, 2002).

Dessa forma, dentro do conteúdo dos direitos fundamentais deve-se incluir os direitos necessários para a garantia de uma vida humana digna, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está inserido dentro dos direitos fundamentais previstos no artigo 1º da CF.

Para Bastos e Martins (1988), a referência à dignidade congloba todos os direitos fundamentais sejam eles indivíduos clássicos ou de fundo econômico. Silva (2006) afirma que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo ao qual envolve todos os direitos fundamentais do homem.

Nesse mesmo sentido Piovesan (1998, p.34) destaca que:

> O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1°, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critérios e parâmetros de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Assim, o princípio da dignidade humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados e serve para orientar na interpretação da CF e de leis.

4. CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência é um problema que vem sendo discutido, estudado por diversas áreas do conhecimento. No século XIX, com a constitucionalização dos direitos humanos passou o tema a ser estudado e analisado com maior profundidade. Com isso, tornou-se um grande desafio da sociedade contemporânea.

No século XX houve muita violência decorrente das duas grandes guerras que vitimaram milhões de pessoas.

No início do século XXI, tinha expectativa que a sociedade havia se evoluído, e com isso conviveria em harmonia e paz, contudo, havia notícias de aumento de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

diversas formas de violência, como prática de crimes, assassinatos, sequestros, roubos, estupros, vitimando várias pessoas pelo mundo.

Sobre esse crescimento da violência no Brasil, Cavalcanti (2008) destaca que:

> [...] o crescimento da violência no Brasil não é composto de uma única explicação. Certamente se encontra associado à lógica da pobreza e da desigualdade socioeconômica. Contudo, pobreza e desigualdade não justificam, isoladamente, o acréscimo da violência. Exemplo desse fenômeno é a sociedade hindu, que é pobre e profundamente hierarquizada, mas não produz as mesmas manifestações de violência existente no Brasil. (CAVALCANTI, 2008, p.33)

Há que se considerar que o aumento da violência está associado à desorganização das instituições de segurança pública, e a violência praticada pelas instituições como violência policial. Ademais, há o crescimento da violência urbana devido a impunidade no país.

A violência doméstica ou intrafamiliar é aquela praticada dentro do lar, geralmente por um membro da família que convive com a vítima, podendo ser homem, mulher, criança, adolescente ou adulto.

Assim, a violência doméstica pode ser definida como:

> Aquela que acontece dentro da família, ou seja, nas relações entre os membros da comunidade familiar, formada por vínculos de parentesco natural (pai, mãe, filha etc.) ou civil (marido, sogra, padrasto ou outros), por afinidade (por exemplo, o primo ou tio do marido) ou afetividade (amigo ou amiga que more na mesma casa). (CAVALCANTI, 2008, p. 50).

A violência doméstica é um problema que ocorre com ambos os sexos e não obedecendo nenhum nível social, econômico, religioso ou cultural específico.

Ainda a autora Cavalcanti menciona que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A violência doméstica fundamenta-se em relações interpessoais de desigualdade e de poder entre mulheres e homens ligados por vínculos consanguíneos, parentais, de afetividade ou de amizade. O agressor se vale da condição privilegiada de uma relação de casamento, convívio, confiança, amizade, namoro, intimidade, privacidade que tenha ou tenha tido com a vítima, bem como da relação de hierarquia ou poder detenha sobre a vítima para praticar a violência. (CAVALCANTI, 2008, p. 51).

A vítima de violência doméstica, normalmente possui baixa auto-estima e se encontra ligada ao agressor, tendo dependência emocional ou material. O agressor geralmente acusa a vítima de ser responsável pela agressão, a qual acaba sofrendo os efeitos da discriminação, culpa e vergonha. A vítima também se sente violada e traída, já que o agressor promete que nunca mais vai repetir este tipo de comportamento e termina não cumprindo a promessa.

Dessa forma, a violência doméstica é um tipo de violação dos direitos humanos fundamentais à vida, à dignidade, segurança e integridade física e psíquica.

5. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A família é o primeiro agente socializado de ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro.

Os pais são os responsáveis pela formação e proteção dos filhos, não só pela detenção do pátrio do poder, mas pelo dever de garantir-lhes os direitos fundamentais assegurados pela constituição, tais como a vida, a saúde, a alimentação e a educação (art. 227).

A Constituição Federal no seu art. 227, § 6º, põe termo à distinção que se fazia entre filiação ilegítima e adotiva, *in verbis*:

> **Art. 227** - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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.
>
> **§ 6º -** 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.

Winnicott (2005) afirma que, se a convivência familiar for saudável, a família sempre será o lugar mais indicado para desenvolver crianças e adolescentes. Contudo é necessário recordar que a família é um lugar de proteção e cuidado, mas também é um lugar de conflito, brigas, e pode até mesmo violar direitos da criança e do adolescente.

Nesses casos, há necessidade de serem tomadas medidas de apoio à família, para assegurar o direito da criança e do adolescente de desenvolver-se no seio da família.

Além de enfatizar o que a que diz o art. 227 da CF/88 sobre o direito à convivência familiar e comunitária, o ECA, no seu art. 4º, vem referendar o enunciado. Veja o que diz o referido artigo:

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

No artigo 19 do ECA é determinado que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado dentro do âmbito familiar, assegurada convivência familiar e comunitária num ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Os artigos 101 e 129 do ECA dispõem das medidas específicas de proteção, referindo-se juntamente com os pais ou responsáveis legais, aconselhando ações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de inclusão da família em programas de auxílio e proteção, com objetivo de superar dificuldades e conquistar seus direitos perdidos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi muito importante, ao qual deu apoio, tratando o direito à convivência familiar e comunitária, refletindo sobre a responsabilidade das políticas sociais, especialmente naquilo que irá contemplar o atendimento às famílias em situação de maior vulnerabilidade social e pessoal (NERY, 2010).

A promoção, a proteção e a efetivação do direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária englobam o esforço de toda uma sociedade e o compromisso com uma mudança cultural podendo assim, modificar as relações familiares, as relações comunitárias e as relações do Estado com a sociedade.

Com a Lei n. 12.010, de agosto de 2009, alterou diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e evidenciando, o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, que modificou 54 artigos.

Assim, o direito à convivência familiar e comunitária deve ser observado sob a ótica da proteção onde crianças e adolescentes possam estar tendo vínculos ameaçados ou rompidos, reconhecendo a condições dos sujeitos de direitos em desenvolvimento exigindo ações que garantam direito de viver em família.

Pode-se concluir que o direito à convivência familiar engloba um esforço total da família, sociedade e do Estado, sem prejuízo da necessidade de um compromisso de todos com a mudança cultural que atinge as relações familiares, reconhecendo, compreendendo e respeitando as diferenças.

6. O ABUSO SEXUAL

O abuso sexual em crianças e adolescentes não é um fato novo. Definir desde quando ocorreu é difícil. Todas as culturas possuem mitos e lendas que buscam abolir o incesto.

Definir abuso sexual é muito difícil pois é necessário haver compreensão do problema atual em grandes dimensões. O abuso sexual é uma forma de violência sexual contra criança e/ou adolescente. São vários os fatores determinantes do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

abuso sexual tendo muitas implicações que envolvem questões culturais, de relacionamento, à questões de sexualidade. Nesse sentido,

> Envolvem questões culturais como o caso do incesto e de relacionamento (dependência social e afetiva entre membros da família), que dificultam a notificação e perpetua o silencia onde as crianças se veem enredadas. [...] às questões da sexualidade, seja da criança, do adolescente ou dos pais e de toda a dinâmica familiar. (MAXWELL, p.2).

Refletir sobre o tema é uma forma de prevenção desse problema, visto que o abuso sexual infantil é muito ignorado e fica no silêncio escondido. Contudo, vem ocupando cada vez mais espaço dentro dos profissionais de justiça e de saúde.

Na prática abusiva há um aspecto intrafamiliar e extrafamiliar. Os fatores essenciais estão presentes nesta questão referem-se ao abuso do poder do adulto contra a criança. Alguns abusadores reproduzem a violência que sofreram enquanto crianças. No entanto, esse fato não pode ser suficiente para justificar essa prática.

O agressor pode atuar de várias formas com as vítimas, indo de violência física, coação e abusando da confiança da criança. Muitas das vezes o agressor faz parte da família ou é responsável pela criança e com certeza, é uma pessoa conhecida que possui relação afetiva com a criança não despertando desconfiança dos outros membros da família.

Assim, abuso sexual segundo Azevedo e Guerra (1989, p.42) é:

> [...] todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma criança menor de 18 anos, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança menor ou utilizá-la para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou de outra pessoa.

De acordo com Azevedo e Guerra (1989), os abusos podem ser de três tipos, onde o primeiro deles é caracterizado pelo não contato físico (voyeurismo, exibicionismo, abuso sexual), já o segundo envolve contato físico onde há carícias, coito ou tentativa de coito, manipulação de genitais, contato oral-genital, uso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sexual do ânus e uso, prostituição ou pornografia. Já o terceiro tipo envolve força física, estupro ou até assassinato.

Segundo Furniss (1993, p.180) abuso sexual infantil pode ser definido como:

> A exploração sexual das crianças refere-se ao envolvimento sexual de crianças e adolescentes dependentes, imaturos (...) em atividades sexuais que eles não compreendem totalmente, às quais são incapazes de dar um consentimento informado e que violam os tabus sociais dos papéis familiares.
>
> Nem mesmo o mais sexualizado ou sedutor comportamento jamais poderia tornar a criança responsável pela resposta adulta de abuso sexual, em que a pessoa que comete o abuso satisfaz o seu próprio desejo sexual em resposta á necessidade da criança de cuidado emocional.

Nesse contexto, a vitimização está ligada à violência que caracteriza as crianças menos favorecidas. O incesto é a forma de abuso sexual mais polêmica e socialmente repugnante. É qualquer relação de caráter sexual entre adulto e criança ou adolescente, entre adolescente e criança ou ainda entre adolescentes, quando há um laço familiar, direto ou não.

A vitimização se dá quando a pessoa está no papel da vítima no sentido de ter sofrido danos podendo ser por lesão física ou psicológica.

De acordo com Sá (2008), a vitimização é um processo de caráter histórico onde as pessoas envolvidas desenvolvem entre si relações de cumplicidade e de alternância de papéis. Sua recaída e frequente e as formas de manifestação são mais variadas do que se imagina. Para o sedutor, quando mais cumplicidade tiver por parte da vítima, maior será sua moral no emprego de prevenção e conscientização dessa vitimização. A vítima é definida como uma pessoa que sofreu danos, lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional.

Quando é denunciado o incesto, a vítima normalmente é institucionalizada enquanto o abusador fica livre, aguardando o processo. Isso faz com que aumente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

o sentimento de culpa e a própria vitimização da vítima, ainda mais quando ocorre violência sexual intrafamiliar, pois a mãe é responsável de apartar a vítima da família, quando não é acusada de ter estimulado o abuso. Ademais, a vítima quando é ouvida, revive todos os momentos de violência que sofreu, sendo revitimizada pela lembrança (BORBA, 2002).

O abuso sexual pode trazer para a criança ou adolescente consequências orgânicas e psicológicas. As consequências orgânicas há lesão diversa na genitália ou ânus, gestação e doenças sexualmente transmissíveis.

Se a criança vítima de abuso não receber ajuda adequada e imediata, esta passa a concordar com o abuso adaptando-se a vitimização sexual, transformando numa situação normal.

A vitimização ocorre em três fases, sendo a primária que é provocada pela ocorrência do crime que pode causar danos variados segundo a natureza da infração, a personalidade da vítima, a relação com agente violador, extensão do dano e outros. A fase secundária ou a sobrevitimização é causada no decorrer do processo pelas instâncias formais de controle social e a terceira que é a exposição pública da vítima na sociedade, na família e na escola e outros (BARROS, 2008).

7. CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL

O abuso sexual pode trazer para a criança ou adolescente consequências orgânicas e psicológicas. As consequências orgânicas há lesão diversa na genitália ou ânus, gestação e doenças sexualmente transmissíveis.

Se a criança vítima de abuso não receber ajuda adequada e imediata, esta passa a concordar com o abuso adaptando-se a vitimização sexual, transformando numa situação normal.

Cada criança reage de uma forma individual no caso de violência sexual. O dano causado à vítima depende da sua estrutura emocional é individual, mudança em cada pessoa, dependendo também de apoio familiar, e de ajuda profissional (BITTENCOURT, 2007).

De acordo com Furniss (2002), os danos sofridos é mantido pelo segredo da vítima e pela família por diversos motivos. Esse silêncio evita conflitos e não expõe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a vítima, mantendo o grupo familiar integrado. A criança que sofre abuso é obrigada a guardar o segredo por ameaças. Com isso, a criança aceita a situação acreditando que não há o que fazer.

Observa-se que a vítima de abuso pode acabar acostumando com a vitimização, deixando-a sem reação para expor o fato.

O motivo mais comum que leva a vítima a aceitar e ficar em silencia são elencadas por Dobke (2001, p.104):

> -Ausência de evidências médicas: a falta de evidências médicas em determinados casos, leva a família a guardar segredo por falta de elementos para comprová-lo;
>
> -Ameaças contra a vítima abusada: a vítima ameaçada não revela o abuso, pois teme por si, por sua família e pelo próprio abusador;
>
> -Falta de credibilidade da criança: as crenças dos adultos de que as crianças mentem as leva a não relatar o abuso com medo de serem castigadas;
>
> -Consequências da revelação: as crianças temem as consequências da revelação, pois sentem-se ameaçadas e com sentimento de culpa e de responsabilidade pelo abuso.

Nesse sentido, a vítima de abuso que não receber auxílio urgente e imediato, pode passar a concordar com o abuso, transformando numa situação normal, e consequentemente adaptando-se à vitimização sexual.

Assim, são múltiplas as consequências da violência sexual cometida contra crianças e adolescentes, podendo comprometer o desenvolvimento físico, psíquico e social. Além da síndrome do medo pode sofrer sentimento de culpa, vergonha, dor, medo da violência sexual sofrida, podendo arrastar por toda a vida.

Segundo Furniss (2002), as consequências mais comuns são vergonha excessiva, comportamento agressivo, hiperatividade, fuga de contato físico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

tentativa de suicídio, comportamento antissocial, falta de confiança nos adultos, depressão e medo.

A marca genética do trauma é outro fator que pode surgir pois segundo Azambuja (2004) as experiências ficam marcadas na genética da vítima e são repassadas aos porvindouros.

Assim, a violência sexual contra crianças e adolescentes compromete o desenvolvimento físico-psíquico e social das vítimas. Salienta-se que entre as consequências pode haver perda da autoestima e se sente desmotivada de tudo, contraindo uma representação anormal da sexualidade (BALLONE, 2003).

As vítimas de abuso podem demonstrar de formas diferentes que estão sendo vítimas de violência, bem como apresentam sinais de baixa estima, timidez excessiva. É necessário que os adultos em torno das vítimas de abuso estejam sempre em alerta observando e analisando, podendo dessa forma detectar reações, sinais de problemas emocionais.

Nesse sentido, é fundamental não ignorar os sinais, indícios de que algo possa estar errado. O combate à violência sexual entre crianças e adolescentes se dá em sempre estar atento, principalmente nos momentos de brincadeiras comuns onde elas comunicam seu mundo interno e social através de desenho e pintura.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao finalizar o estudo verifica que o abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes prejudica emocionalmente a vida destes indivíduos, refletindo na vida adulta.

O abuso sexual provoca consequências extensas, podendo ser de origem orgânica, psicológica, e social. Dado a brutalidade do abuso sexual que por diversas vezes se dá por emprego de violência física e psicológica, e as vítimas na sua maioria são pessoas despreparadas emocionalmente e fisicamente, estando em condição peculiar de desenvolvimento pode ocasionar várias manifestações de consequências o que varia de indivíduo para indivíduo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Assim, não há como delimitar os efeitos do abuso sexual generalizando, visto que sua gravidade depende de particularidade da experiência vivenciada por cada um.

Nesse contexto cada criança ou adolescente, vítima de abuso, é uma vítima potencial de uma ou mais consequências abordadas no estudo.

Diante do exposto conclui-se que o abuso e um problema sério, ainda mais quando é ocorrido no âmbito intra-familiar, podendo causar traumas e machucar as vítimas por toda sua vida, afetando de forma negativa sua personalidade e as relações futuras.

REFERÊNCIAS

ADED, Naura Liane de Oliveira(et. al.). Abuso sexual em crianças e adolescentes. Revisão em 100 anos de literatura. **Rev. Psiq.** Clín. 33 (4);2006,p. 204-213

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar**: É possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Maria Amélia et al. **Organização da Infância e Violência Doméstica**: fronteiras do conhecimento. São Paulo, Cortez, 1997.

BALLONE, G.J. Abuso sexual infantil. **PSIQWEB,** 2003. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=339>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 5º a 17**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BORBA, Maria Rosi de Meira. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: Pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso.**JusNavigandi**, Teresina, 2002. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3246-54k>. Acesso em: 18 fev.2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil** – Análise da Lei "Maria da Penha", nº 11.340/06. 2.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

DOBKE, Veleda. Abuso sexual: A inquirição das crianças – uma abordagem interdisciplinar. Porto alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

NERY, Maria Aparecida. **A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola**. Revista Cad. Cedes, Campinas, vol. 30, n.81, p.189-207, mai-ago. 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SÁ, Albino Augusto. **Algumas considerações psicológicas sobre a vítima e a vitimização**. Lélio Braga Cabral, 2008. Disponível em: <http://www.leliobragacalhau.com.br/algumas-consideracoes-psicologicas-sobre-a-vitima-e-a-vitimizacao>. Acesso em: 26 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27.ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

NOTA:

[1] Advogado e Professor do curso de Direito da Universidade Brasil de Fernandópolis. E-mail: andreviana@universidadebrasil.edu.br. Currículo Lattes em: http://lattes.cnpq.br/4428702481856069

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A NEGATIVA DO RECOLHIMENTO DO CRIMINOSO DOENTE MENTAL AO HOSPITAL DE CUSTÓDIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

MARIANA CARVALHO OLIVEIRA: Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)

MARIA DE FÁTIMA FALCÃO

(Orientadora)

RESUMO: A negativa do recolhimento do doente mental ao hospital de custódia e suas consequências aborda a forma como os doentes mentais são tratados após cometerem crimes no momento em que se encontrava em um estado de incapacidade para entender que aquela conduta cometida era ilícita. Para esses infratores devem ser aplicadas medidas de segurança, sendo eles encaminhados à hospitais de custódia, para que lá recebam um tratamento adequado, cessando a periculosidade e tornando-os aptos à retornarem a convivência social. Acontece que na prática, esse procedimento não produz eficácia, pois as exigências do Código Penal, Código de Processo Penal e da Lei de Execuções penais nem sempre são cumpridas como deveriam. Muitos doentes mentais criminosos, por negligência, por falta de perícia, pela superlotação nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e nos presídios acabam sendo destinados à penitenciárias, se relacionando com presos de alta periculosidade, sem receber tratamento adequado e, em consequência disso, causando uma série de problemas para o sistema carcerário de modo geral e, também, para a sociedade. Aprofundando um pouco mais do assunto, foi abordado a princípio o que é a doença mental e a distinção da pena e da medida de segurança e, posteriormente, foi abordada a maneira como elas são aplicadas aos doentes mentais criminosos, buscando um entendimento acerca do procedimento a que o doente mental é submetido quando condenado à uma penitenciária, e não à um Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que é, na verdade, o local adequado para o seu destino. O método utilizado nessa pesquisa foi o de estudo proveniente de fonte primária, como legislação, e fontes secundárias, como livros e internet.

Palavras-chave: Doente Mental; Hospitais de Custódia; Penitenciárias.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ABSTRACT: The present work the gathering refuse of mentally ill to the custody hospital and yours consequences approach the way of how the mentally ill are treated after being arrested for a crime that they committed while they were incapable to understand that their action it was illegal, for them should be applied safety measures such as, be forwarded to a custody hospital where they will receive the right treatment, eliminating the dangerousness and get them ready to return to social conviviality. What happens in reality is that this procedure do not produce any effects because the Penal Codex, Penal Process Codex and Penal Executions Law not always perform as they should. Several mentally ills criminals because of negligence, lack of expertise or because the over crowded population in the Custody Hospitals, Psychiatric treatments and in the prisons, end up in the penitentiaries getting contact with highly dangerous criminals without receive the proper treatment. For that reason it is created several problems in the prison system and also creates a lot of problems to the society. Getting a little deeper inside the subject, this paper also approach what is the mental ill and the difference between the penalty and the safety measure and after it was approach the way of how they are applied to the mentally ill criminal, searching an understanding about the procedure that a mentally ill is subordinated when convicted to a penitentiary and not to a Custody Hospital and a proper Psychiatric treatment where they should go. The method used in this research was the study from primary source, such as legislation, and secondary sources such as books and internet.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CAPÍTULO 1 - DA DOENÇA MENTAL. 1.1 CONCEITO. 1.2 TIPOS. 1.3 INIMPUTABILIDADE E IMPUTABILIDADE. 1.3.1 Conceito. 1.3.2 Distinção. 2. CAPÍTULO 2 - DA PENA E DA MEDIDA DE SEGURANÇA. 2.1 CONCEITO. 2.2 DISTINÇÕES. 2.3 REQUISITOS PARA O DESTINO DO INFRATOR. 2.4 DO TRATAMENTO DO DOENTE MENTAL INFRATOR. 2.4.1 Tempo. 2.4.2 Ausência de perícia para definir a sanidade mental do infrator. 2.4.3 Liberdade de doentes mentais não aptos à vida social. 3. CAPÍTULO 3 - PENITENCIARIAS E HOSPITAIS DE CUSTÓDIA. 3.1 CONCEITO. 3.2 DISTINÇÕES. 3.3 PRECARIEDADES E FALTA DE TRATAMENTO. 3.4 O DOENTE MENTAL INFRATOR E AS PENITENCIÁRIAS. 3.4.1 Da necessidade de perícia. 3.4.2 O papel da família e a relação com o doente mental criminoso. 3.4.3 A Questão Dos Direitos Humanos. 3.4.4 A negativa do recolhimento do criminoso doente mental ao hospital de custódia e suas consequências. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A falha na aplicação de medidas de segurança é uma problemática que enfrentamos até hoje, o que deveria ter uma importância significativa para o estado, passa, infelizmente, a ser um mero detalhe. É um assunto de grande importância social, vez que envolve as questões coletivas e a vida em sociedade, mas que vem sendo aplicado de maneira incoerente e em desacordo com os princípios fundamentais da dignidade humana.

A falta da aplicação da pena ou medida de segurança adequada pode gerar um dano até mesmo irreparável, por se tratar da privação de liberdade de um indivíduo, seja ele com problemas mentais ou não. É evidente que as leis são bem elaboradas, mas o sistema é falho, logo, é mais do que comum encontrarmos criminosos em locais inapropriados para o cumprimento de sua pena ou medida segurança. Diante dessa problemática, a sociedade não pode fechar os olhos para tamanha desregularidade, pois as consequências do cumprimento indevido das penas e medidas de segurança podem atingir a sociedade como um todo.

Os criminosos doentes mentais são aqueles que têm a autodeterminação comprometida, ou seja, agem por impulso, e por serem indivíduos sem capacidade de entender o caráter ilícito de uma conduta, o próprio legislativo reconheceu a necessidade de criar a medida de segurança para os doentes mentais que cometem delitos, como uma alternativa à pena que, em muitos, casos é privativa de liberdade. Desta forma, surgiu como uma maneira de evitar que o criminoso doente mental volte a cometer crimes, bem como assegurá-lo de uma pena ao qual não caberia, vez que seus crimes são cometidos quando não estão em sã consciência.

Acontece que, na prática esse sistema possui diversas falhas. Devido a falta de perícia e a superlotação, muitos criminosos que possuem doença mental acabam indo parar nas penitenciárias sem receber o devido tratamento ou até mesmo ficam migrando entre hospitais de custódia e penitenciárias. Além dos danos causados aos próprios criminosos doentes mentais, a prática indevida de encarceramento envolve a família que não vê melhora nos seus parentes e muitas vezes os abandona, o perigo que os outros presos correm ao estar dividindo um ambiente, que já possui suas necessidades precárias, com um ser humano muitas vezes sem discernimento, capaz de cometer outro ato ilícito, o que de certa forma acaba pondo em risco outras vidas, e, por fim, a liberdade e a adaptação para voltar à vida social acabam sendo prejudicada, vez que um doente mental com índole

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

criminosa, que já possui um histórico de delitos e que não recebe tratamento adequado passa a ser uma ameaça para a sociedade.

Por tal motivo o presente trabalho busca evidenciar as consequências e os danos causados aos doentes mentais criminosos pela ausência do tratamento e pela ilegalidade do confinamento nas unidades penitenciárias, ou seja, os danos provocados pela insuficiência da reabilitação e o quanto isso pode influenciar na vida social do doente mental, que em muitos casos em vez de se reabilitarem, pioram o seu estado. Salientando que os danos não atingem restritamente os doentes mentais que cometem crimes, mas a sociedade como um todo, sejam seus familiares e demais presos, como também aqueles que vivem em sociedade e estão sujeitos a convier com essas pessoas.

1. CAPÍTULO 1 - DA DOENÇA MENTAL

1.1 CONCEITO

Apesar de não existir um conceito definitivo, é possível caracterizar o doente mental como aquele indivíduo que não possui um bem estar mental, físico e social completo, ou seja, seus pensamentos, atitudes e comportamentos não condizem com aquilo que é considerado comum para a sociedade. O direito penal foi um pouco mais amplo ao conceituar o doente mental, incluindo também o aspecto cultural para definir a sua sanidade e estudar o seu comportamento.

"Nunca a psicologia poderá dizer a verdade sobre a loucura, já que esta detém a verdade da psicologia" (FOUCAULT , 1988, p.85)

Desta forma, por mais que se crie uma ciência para entender a loucura, esta nunca será compreendida por completo.

Diante da dificuldade de estabelecer uma definição concreta de doença mental, foi necessário criar um meio termo entre a lucidez e o comportamento diferenciado dos demais para se chegar a um parâmetro entre indivíduos com sanidade mental completa, e os que não possuem sanidade total, a fim de definir uma maneira para que seja possível a convivência entre os mesmos.

É importante mencionar que existe uma grande diferença entre aquele indivíduo que comete um ato ilícito sabendo que aquela conduta é ilegal, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aquele que no momento em que comete o ilícito não tinha a consciência de que a sua conduta era ilegal. Se não houvesse essa distinção, qualquer indivíduo que cometesse um ato socialmente repulsivo e ilegal estaria não só ferindo uma conduta jurídica como também não estaria agindo sob plena consciência, tornando-se isento de pena. Ou seja, tanto o criminoso lúcido como o criminoso doente mental comete um ato que fere a ordem jurídica, mas apenas o segundo comete quando não está em sã consciência e, na maioria desses casos, deverá ser aplicada uma medida de segurança.

No direito penal o doente mental é inseto de pena quando no momento do crime o mesmo se encontrava inteiramente incapaz de entender a conduta ilícita do fato. Para que um indivíduo seja punido por um ato cometido de forma ilegal, deve existir a presença de um atributo chamado culpabilidade.

Para ser considerado culpado por um crime, são necessários alguns requisitos, sendo eles a imputabilidade, onde o agente possui a capacidade de entender aquilo que está fazendo; o potencial, que significa o conhecimento da ilicitude, ou seja, a consciência de que, no momento da ação ou omissão, o ato que comete é ilícito; e, por fim, a exigibilidade da conduta diversa, que é quando o autor do crime age de uma forma que não condiz com o que é esperado pela sociedade, portanto, o criminoso opta por agir de forma ilegal, quando deveria tomar atitudes na forma da lei.

No caso do doente mental é diferente. Se o doente mental não estava em sã consciência no momento em que cometeu o delito, ou seja, não possuía capacidade de entender que a sua ação ou omissão era ilegal, ele não deverá ser considerado culpado. Entretanto, para que isso ocorra deve ser comprovada a sua inimputabilidade, que será conceituada mais adiante, e, desta forma, deverá o agente ficar isento de qualquer pena, restando, em muitos casos, a aplicação de uma medida de segurança no lugar da punição.

1.2 TIPOS

O artigo 26 do Código Penal dispõe que:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2015, 541 p.)

Como se pode observar, o próprio Código não definiu os tipos de doenças mentais em seu artigo 26. Para tanto, os doutrinadores Mirabete e Fabbrini entendem que "embora vaga e sem maior rigor científico, a expressão abrange todas as moléstias que causam alterações mórbidas à saúde mental." (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p 208)

Mirabete, Fabbrini e Bitencourt também mencionam em suas ilustres obras algumas subdivisões dos tipos de doenças mentais, onde afirmam que:

> As doenças mentais podem ser *orgânicas* (paralisia progressiva, sífilis cerebral, tumores cerebrais, arteriosclerose etc.), *tóxicas* (psicose alcoólica ou por medicamentos) e *funcionais* (psicose senil etc.). De acordo com a duração da moléstia, pode ser *crônica* ou *transitória.* (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p 209)

Cezar Roberto Bitencourt acredita que se devem reunir dois aspectos nos casos de anormalidades psíquicas, sendo eles o aspecto biológico o qual caracteriza a doença mental em si como uma anormalidade, e o aspecto psicológico, que se refere à capacidade de entender ou de se autodeterminar, ou seja, nos casos dos doentes mentais ocorre à ausência da capacidade do indivíduo avaliar os seus próprios atos ou valorar a sua conduta, e, consequentemente, não tem como se autodeterminar, afinal, seu autocontrole depende da sua capacidade de entendimento. (Cf. BITENCOURT, 2003, p 307)

Quando se fala em doenças mentais, não há como deixar de falar na psicose e em mencionar os tipos de psicoses mais comuns. A psicose é dividida em vários tipos e todas possuem algumas características em comum, sendo a principal delas a perda do contato do indivíduo com o mundo real e, em consequência disso, gerar um comportamento diferente dos padrões sociais. As psicoses podem ocorrer em diversos casos, tendo cada uma delas uma causa específica. Geralmente, ocorre devido ao envolvimento com uso de drogas, como consequência do dia a dia nas grandes cidades ou devido ao isolamento social, então quando esses fatores sociais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se relacionam com os aspectos biológicos e psicológicos, acabam causando o desenvolvimento de alguma psicose. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

A psicose é dividida em dois grupos, a funcional onde se enquadra a esquizofrenia e as doenças afetivas, e a orgânica que resulta da demência ou de algumas intoxicações. Os tipos mais comuns e mais mencionados em livros de direito penal são aquelas que englobam as patologias graves, dentre elas temos: a esquizofrenia, a psicose maníaco-depressiva, a demência senil, a psicose alcoólica e outras.

A *esquizofrenia* é um distúrbio mental grave, que faz com que o doente mental perca o contato com a realidade, seguindo falsas crenças e, consequentemente, tendo um comportamento diferenciado do considerado normal para a sociedade. Para os leigos, os pacientes de esquizofrenia são aqueles considerados "loucos".

A causa da esquizofrenia ainda é desconhecida, mas especialistas acreditam que o distúrbio pode ser causado pelo aspecto biológico, e que, provavelmente, os indivíduos que adquirem essa doença são vulneráveis biologicamente a ela. Ainda não se sabe ao certo o que essa vulnerabilidade acomete, mas acredita-se que há uma predisposição genética do paciente. A esquizofrenia também pode ser causada por problemas que ocorrem antes, durante ou depois do nascimento do doente, ou até mesmo devido à uma destruição orgânica do cérebro.

As pessoas que possuem esquizofrenia pode ter um comportamento social diferenciado dos demais. Há também outros fatores que caracterizam a doença, como a dificuldade de processar informações, a falta de concentração, a incapacidade para lidar com os problemas no modo geral, bem como, nos casos mais graves, os pacientes podem escutar ou ver coisas inexistentes.

Os sintomas podem variar de paciente para paciente. Eles são divididos em três grupos, sendo eles o das alucinações e delírios, dos distúrbios do pensamento e comportamentos estranhos e, por fim, os sintomas negativos ou de déficit. As alucinações e delírios são percebidos nos casos em que os doentes acreditam estarem sendo atormentados e seguidos por algo ou alguém, e que determinadas falas e gestos dos indivíduos são voltadas contra eles. Nos casos dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

distúrbios do pensamento e comportamentos estranhos, seus pensamentos ficam desorganizados e sua fala fica desconexa pois, devido à confusão mental os temas de sua fala muda a todo instante, seus comportamentos são infantis, agitados e inadequados. Por fim, os sintomas negativos e *déficits* incluem a falta de afetividade, a carência da linguagem e outros. (Cf GALENO ALVARENGA,2016, *online*)

A paranoia é o caso mais simples de esquizofrenia, onde o paciente possui a mania de perseguição do "*persécuteur persécuté*". Para entender melhor essa doença, o Dr. Carl Gustav Jung diz que:

> Trata-se de uma duplicação simples da personalidade que, nos caos menos graves, ainda consegue manter uma estreita ponte entre a identidade dos dois eus. Esse tipo de doente se apresenta com uma personalidade inteiramente normal: pode ter um bom emprego, uma posição destacada sem que suspeitemos de nada. Mas se, por exemplo, numa simples conversa, pronunciarmos uma palavra como "maçonaria", sua face jovial se transforma, e um olhar de dureza insondável aparece diante de nós cheio de desconfiança e obstinação desumana. A pessoa se transforma, de repente, num animal perseguido, perigoso, ameaçado por inimigos invisíveis: o outro eu sobe à tona. (JUNG, 1990, p. 214.)

No caso citado, o autor diz que em algum momento da sua vida o indivíduo se sentiu como vítima, e ao ouvir essa palavra ocorreu um retrocesso em sua mente e o caráter vítima veio à tona. Ao clamar por autonomia e predomínio o seu outro eu passou a substituir o eu normal, e, assim, a pessoa simplesmente se transforma.

Exemplos como esses mencionados acima são muito comuns entre pessoas que possuem essa doença. Ao aprofundar o assunto esquizofrenia é possível se deparar com depoimentos de parentes, vítimas e até mesmo pacientes mencionando episódios semelhantes.

O tratamento para a esquizofrenia pode durar a vida toda. Dentre os tipos de tratamento, estão as terapias psicológicas e sociais e o acompanhamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

por médicos especialistas na área, que deverá tentar manter um controle sobre a doença para que os pacientes tentem levar uma vida normal. Porém, quanto à cura, Carl Gustav Jung afirma que:

> Os casos de cura são muito raros, pois a própria natureza da doença, ou seja, a cisão da personalidade impede o agente essencial da terapia que é a influência psíquica. Essa mesma dificuldade se revela nas neuroses obsessivas, seus afins mais próximos no campo da neurose. (JUNG, 1990, p. 216)

O transtorno bipolar ou a psicose maníaco-depressiva também é outro tipo de psicose comum e é conceituado como uma desordem no cérebro que causa uma alteração de humor, podendo gerar danos na vida do paciente, tanto nas relações afetivas, como no trabalho e até mesmo causando o suicídio. No entanto, há tratamento para esse tipo de doença, que possibilitará ao doente uma vida normal. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

Pode ocorrer por dias ou semanas, e varia entre uma vez ou até várias vezes por ano. Existem duas fases na doença, a fase maníaca em que o paciente fica eufórico e com a carga de sono reduzida, e a fase depressiva, onde o paciente se isola e fica visivelmente triste, para baixo e desmotivado a exercer suas atividades.

Não há cura para a psicose maníaco-depressiva, porém, o tratamento, mesmo nos momentos em que a pessoa está bem, pode ajudar a manter um controle da doença e, assim, evitar episódios mais graves.

Outra doença mental grave é a demência senil, que é caracterizada pela perda da função intelectual, onde afeta a memória, o raciocínio, a perda de movimentos e outras., e ocorre com maior frequência em idosos. Os pacientes podem sofrer de esquecimento, pouca habilidade, ter uma rotina comprometida pela falta de raciocínio completo. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

A demência senil pode ser causada pela doença de *Alzheimer*, demência com origem Vascular, o uso contínuo de remédios, dentre outras doenças. Quanto ao tratamento, ele pode ser feito com remédios e terapias, que irão tentar controlar os sintomas e, em alguns casos, até mesmo reverter o quadro clínico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A psicose alcoólica também é considerada uma doença mental, e se enquadra no grupo das psicoses orgânicas gerada pela intoxicação. Essa doença atinge cerca de 3% das pessoas dependentes do álcool, e o seu principal sintoma são as alucinações, onde as pessoas podem ver cores, formas, pessoas, animais ou ouvir sons que não existem. Durante o momento da psicose o doente pode se sentir ameaçado ou se sentir como uma autoridade e agir como tal. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

Existe tratamento para esse tipo de doença e, na maioria dos casos a interrupção do uso de álcool é suficiente. Se a psicose ocorreu por intoxicação alcoólica, o tratamento médico posterior também é indispensável. Por fim, insta mencionar que a psicose relacionada com o álcool ainda é estudada pelos médicos, para que seja compreendido um tipo de tratamento eficaz.

Há também outros tipos de doenças mentais além das psicoses, algumas delas são a epilepsia e a histeria. A epilepsia pode ser causada por uma lesão no cérebro decorrente de uma infecção, pancada na cabeça dentre outros meios. O doente pode sofrer com as crises, que podem ser por convulsões, por desligamento com o "mundo exterior" ou quando a pessoa fica em "alerta" perdendo o controle dos seus atos e fazendo movimento de maneira automática. O seu tratamento ocorre pelo uso de medicamentos. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

Por fim, outra doença mental dentre as mais comuns é a histeria. A histeria é causada por alterações transitórias da consciência. Causa repentinamente perda de memória, perda de sensibilidade da pele, cegueira e convulsões. A psicologia acredita que a histeria possa ser causada por algum conflito vivido na infância do paciente, e que são reativados após anos do trauma. Quanto ao tratamento, o analítico ainda é o melhor método para a sua cura.

1.3 IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE

1.3.1 Conceito

Os doutrinadores Mirabete e Fabbrini em suas obras mencionam que:

> De acordo com a teoria da imputabilidade moral (livre-arbítrio), o homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, e por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> isso a ele se pode atribuir a responsabilidade pelos atos ilícitos que praticou. Essa atribuição é chamada imputação, de onde provém o termo imputabilidade, elemento (ou pressuposto) da culpabilidade. Imputabilidade é, assim, a aptidão para ser culpável. (MIRABETE; FABBRINI, 2008, p. 207)

Se o grau psíquico do sujeito tem capacidade de entender que a sua conduta é antijurídica e, mesmo assim, comete um ato ilegal, ele será considerado imputável, devendo ser responsabilizado pela sua má conduta. Porém, foi entendido pelo direito penal que alguns indivíduos não têm a capacidade de entendimento completa, prejudicando o seu discernimento durante a prática de um ato ilegal que, muitas vezes, eles não entendem como "incorreto" ou ilícito. Para esses tipos de casos, os indivíduos são considerados inimputáveis.

Os inimputáveis estarão isentos do cumprimento de pena por não terem consciência da antijuricidade da sua ação ou omissão, tendo, consequentemente, a sua culpabilidade excluída.

Muños Conde conceitua a inimputabilidade como:

> quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado e, por conseguinte, não pode ser responsável plenamente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos (MUÑOS, 1988, p. 137)

O próprio Código Penal não conceituou a inimputabilidade. No seu artigo 26 apenas excluiu a pena daqueles que, no momento que cometeram ou omitiram um crime estavam incapaz de entender a ilicitude do fato em decorrência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Ou seja, se esses sujeitos estão isentos de pena por não serem considerados imputáveis, que é um elemento integrante e essencial da culpabilidade, logo, esses indivíduos serão considerados inimputáveis.

Há três critérios para a aferição da inimputabilidade: sistema biológico, sistema psicológico e sistema biopsicológico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O doutrinador Damásio os caracterizam como:

> De acordo com o sistema biológico, leva-se em conta a causa e não o efeito. Condiciona a imputabilidade à inexistência de doença mental, de desenvolvimento mental deficiente e de transtorno psíquicos momentâneos. Assim, se um sujeito é portador de doença mental e pratica um fato típico e antijurídico, pela circunstancia de ser doente é considerado inimputável, não importando que a causa tenha excluído ou diminuído a capacidade de compreensão ou de determinação de conduto delituosa.
>
> Para o sistema psicológico, o que importa é o efeito e não a causa. Leva em conta se o sujeito, no momento da prática do fato, tinha condição de compreender o seu caráter ilícito e de determinar-se de acordo com essa compreensão ou não. Se o agente não tinha capacidade de compreensão ou determinação, é considerado inimputável, sem que seja necessário precisar sua causa.
>
> O sistema biopsicológico é constituído dos dois primeiros. Toma em consideração a causa e o efeito. Só é inimputável o sujeito que, em consequência da anomalia mental não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou se determinar-se de acordo com essa compreensão. A doença mental, p. ex., por si só não é causa de inimputabilidade. É preciso que, em decorrência dela, o sujeito não possua capacidade de entendimento ou de autodeterminação. (DAMÁSIO, 1999, p. 500)

1.3.2 Distinção

Para o direito penal, a doença mental é um dos pressupostos que caracteriza a inimputabilidade, porém, o fato do indivíduo ser portador de alguma doença mental não é suficiente para caracterizá-la, afirma Damásio E. De Jesus:

> Para que seja considerado inimputável não basta que o agente seja portador de 'doença mental, ou desenvolvimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> mental incompleto ou retardado'. É necessário que, em consequência desses estados, seja 'inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento' (no momento da conduta). (DAMÁSIO, 1999, p. 500)

Ou seja, para que um agente seja considerado inimputável, não basta, por exemplo, que ele seja portador de doença mental. É necessário que, durante a prática da ação ou da omissão, ele esteja incapaz de compreender a ilicitude do fato, e essa é a principal distinção entra a imputabilidade e a inimputabilidade.

Enquanto que na primeira o criminoso não estava em sã consciência durante o momento que comete o ilícito, o imputável age com aquela mesma conduta tendo consciência da ilicitude do fato.

O meio de provar a inimputabilidade do agente se dá através de prova pericial. O artigo 149 do Código de Processo Penal determina que:

> Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.
>
> § 1o O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.
>
> § 2o O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento. (BRASIL, 2015,p.636)

Outra grande diferença se dá em relação à sentença homologada pelo juiz. Não sendo comprovada a inimputabilidade do autor do crime, o mesmo será submetido a algum tipo de pena. Se for comprovada a inimputabilidade do autor,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

ele deverá ser absolvido e deverá ser-lhe aplicada uma medida de segurança de internação em hospitais de custódia para que receba tratamento psiquiátrico.

Há ainda casos de crimes apenados, onde o agente deverá ser submetido a tratamento ambulatorial, como prevê o *caput* do artigo 97 do Código Penal: **"**Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial." (BRASIL, 2015,p.549)

Por fim, se não existir fato atípico ou antijurídico, mesmo que o réu seja considerado inimputável, deverá o mesmo ser absolvido não estando sujeito nem à pena nem a medida de segurança.

2. CAPÍTULO 2 - DA PENA E DA MEDIDA DE SEGURANÇA

2.1 CONCEITO

A pena e a medida de segurança existem como uma forma de sanção para evitar que as pessoas cometam qualquer tipo de conduta delituosa, servindo como um tipo de prevenção para manter a ordem social, onde devem ser respeitadas as normas jurídicas para se viver em sociedade.

Nesse entendimento, Fragoso explica que:

> O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, a defesa social, na forma que essa defesa é entendida pelos que têm o poder de fazer as leis. Esse sistema opera através da mais grave sanção jurídica, que é a pena, juntamente com a medida de segurança, em casos especiais (FRAGOSO, 1987, p. 28)

Desta forma, ao cometer um ato delituoso, o criminoso terá uma retribuição a essa conduta como forma de punição, que será através da perda de um bem jurídico, seja ele a perda da liberdade que se dá através da pena privativa de liberdade, ou a perda de patrimônio que ocorre através da pena de multa. (Cf. FRAGOSO, 1987, p. 292)

Especificando cada tipo, o doutrinador Gonçalves entende que pena:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> é a retribuição imposta pelo estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões (GONÇALVES, 2013, p. 124)

Para o direito as penas podem ser divididas em penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas de multa. A primeira delas foi definida no Brasil adotando o sistema inglês, que determina que a pena deva ser cumprida em estágios diferentes, de modo que o preso vai progredindo de regime, que se divide em regime fechado, semiaberto e aberto, desde que se comporte de maneira adequada, obedecendo aos méritos exigidos por lei. (Cf. GONÇALVES, 2013, p.125)

Gonçalves explica que as penas privativas de liberdade podem ser divididas em:

> a) Reclusão: cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. b)Detenção: cumprida em regime semiaberto ou aberto, salvo a hipótese de transferência excepcional para regime fechado. c)Prisão simples: prevista apenas para as contravenções penais e pode ser cumprida nos regimes semiaberto ou aberto. (GONÇALVES, 2013, p. 125)

No caso das medidas de segurança, Gonçalves conceitua como:

> providências de caráter preventivo, fundadas na periculosidade do agente, aplicadas pelo juiz da sentença, por prazo indeterminado (até a cessação da periculosidade), e que têm por destinatários os inimputáveis e os semi-imputáveis. (GONÇALVES, 2013, p. 200)

Desta forma, portanto, a medida de segurança deve ser aplicada para aquele sujeito que ao cometer o delito era considerado inimputável ou semi-imputável, não devendo nunca ser aplicada a um absolutamente capaz.

As medidas de segurança também possuem espécies diversificadas, sendo elas a detentiva e a restritiva. Esta consiste na sujeição do criminoso a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

tratamento ambulatorial, já aquela, consiste na internação do criminoso em hospitais de custódia ou tratamentos psiquiátricos.

2.2 DISTINÇÕES

As penas e as medidas de segurança possuem duas formas distintas de sancionar uma conduta ilícita cometida por um criminoso.

Damásio de Jesus afirma que:

> Enquanto a pena é retributiva-preventiva, tendendo hoje a readaptar a sociedade o delinquente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais. (JESUS, 2002, p. 545)

Existem pontos que determinam essa diferença e que são essenciais para a aplicação dessas sanções penais.

Da mesma forma entende o doutrinador Heleno Cláudio Fragoso:

> Segundo a teoria tradicional a pena se funda e se mede pela culpabilidade do agente, é expressão da reprovabilidade ético-jurídica sobre o fato e seu autor, tendo caráter retributivo e aflitivo. A medida de segurança, como o próprio nome indica, é medida preventiva, sem caráter aflitivo, fundando-se na periculosidade do agente e por ela se medindo (FRAGOSO, 1987, p. 293)

Insta salientar que o termo periculosidade do agente neste caso refere-se à possibilidade do infrator vir a cometer novo crime.

As penas possuem natureza retributiva-preventiva, são aplicadas quando resta comprovada a culpabilidade do agente imputável e, de acordo com a gravidade do crime, as penas são fixadas por tempo determinado. Por outro lado, as medidas de segurança têm natureza apenas preventiva, são impostas aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

inimputáveis e semi-imputáveis e, perante o grau de periculosidade do agente, possui tempo indeterminado.

Desta forma, foi possível percebermos que existem cinco diferenças importantíssimas para determinar qual o tipo de sanção adequada para a aplicação no caso concreto, sendo elas referentes à natureza, à proporcionalidade, ao tipo de sujeito que ela atinge, ao tempo de duração e à capacidade do agente. (Cf. JESUS, 2002, p. 545)

2.3 REQUISITOS PARA O DESTINO DO INFRATOR

Após verificarmos o que distingue as penas das medidas de segurança, vamos agora entender quais são os requisitos exigidos para que o infrator tenha seu destino definido, seja para o cumprimento de pena ou para o cumprimento de uma medida de segurança.

É impossível definir os requisitos sem que seja feita uma mescla com as distinções entre penas e medidas de segurança, afinal, essas distinções quando são realizadas definem o caráter da conduta atípica, o modo como ocorreu, o tipo do agente e a natureza do crime.

Uma das principais distinções para a aplicação de uma ou de outra é em relação ao juízo de culpabilidade ou de periculosidade do infrator.

Bitencourt caracteriza a periculosidade como:

> um estado absurdamente subjetivo, mais ou menos duradouro, de anti-sociabilidade, tendo por base a anomalia psíquica do agente e sendo sugerida atenção especial médico-psicológica e psicopedagógica. (BITENCOURT, 2003, p. 682)

Para Fragoso, a periculosidade pode ser dividida em real ou presumida. Ele distingue afirmando que:

> A periculosidade real é verificada pelo juiz; a presumida decorre da lei. Perante o CP vigente a periculosidade é sempre

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> presumida, só desaparecendo com a averiguação, mediante perícia médica, de que ela cessou. (FRAGOSO, 1987, p. 409)

Quanto ao pressuposto para a aplicação da medida de segurança, ele menciona que:

> Deve o agente necessariamente realizar uma conduta que corresponde à definição de um crime. Se se tratar de um inimputável, é de mister que a ação ou omissão seja atípica e antijurídica, não sendo, porém, culpável. O inimputável pode agir em situação que exclua a ilicitude, como, por exemplo, em legítima defesa. Neste caso não tem lugar a aplicação da medida de segurança. (FRAGOSO, 1987, p. 409)

Sendo assim, entende-se que se um cidadão é considerado inimputável ou semi-imputável, logo será excluída a sua culpabilidade. Tendo a sua culpabilidade excluída, não há que se falar em aplicação de pena, e sim em aplicação de medida de segurança. A menos que o crime tenha sido cometido em legítima defesa, quando nesse caso não será aplicada nem uma, nem outra.

Sobre o entendimento da aplicação das medidas de segurança à inimputáveis e semi-imputáveis, Fragoso menciona que:

> Impõe-se aos inimputáveis a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, e, aos semi-imputáveis, o tratamento ambulatorial, para proteger a sociedade e as próprias pessoas que, sofrendo de anomalias mentais, praticaram falo que a lei define como crime. Impondo essas medidas, o legislados entende que são perigosos à sociedade e a si próprios os que a elas são submetidas. As medidas de segurança pressupõem a periculosidade do agente, que a lei presume, pois torna obrigatória a imposição da medida. (FRAGOSO, 1987, p. 408)

Com relação à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico essa espécie de medida de segurança será aplicada aos inimputáveis quando praticam crimes em que seria determinada a pena de reclusão como punição, porém são absolvidos das penas em razão do artigo 26 do Código Penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que determina que doente mental ou com desenvolvimento mental incompleto, que durante a ação ou omissão era incapaz ficará isento de pena e, desta forma, será submetido ao tratamento através da medida de segurança. (Cf. FRAGOSO, 1987, p. 410)

No caso do tratamento ambulatorial, que é outra espécie de medida de segurança, essa será determinada nos casos em que os inimputáveis praticam crimes cuja pena seria de detenção. Com relação aos semi-imputáveis, aplica-se o tratamento ambulatorial quando eles necessitam desse tipo de tratamento, tendo, então, a pena substituída pela medida de segurança e recebendo tratamento como se fosse um agente inimputável.

2.4 DO TRATAMENTO DO DOENTE MENTAL INFRATOR

2.4.1 tempo

Não há prazo determinado quando um indivíduo está sujeito à internação ou tratamento ambulatorial. Este perdurará até que seja provada, perante perícia médica, a cessação da periculosidade do infrator. Entretanto, de acordo com o artigo 97, § 1º do Código Penal, o juiz deverá fixar um prazo mínimo de um a três anos.

Ainda referente ao tempo, Gonçalves faz uma ressalva em relação ao tempo máximo da medida de segurança, e afirma que:

> O STF fixou entendimento de que o prazo máximo da medida de segurança é o de 30 anos referido no art. 75 do Código Penal, ainda que a pena máxima prevista para o delito infringindo seja menor. Após os 30 anos deverá ser declarada extinta a medida de segurança, mas, se persistir a periculosidade, o Ministérios Público poderá ingressar com ação civil de interdição, a fim de que seja determinada a internação compulsória da pessoa considerada perigosa (arts. 1.769 do Código Civil e 9º da lei n. 10.216/2001) (GONÇALVES, 2013, p. 202)

2.4.2 Ausência de perícia para definir a sanidade mental do infrator

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A perícia criminal é essencial para definir a sanidade mental do infrator no momento e, posteriormente, ao crime. Ela verifica a capacidade de imputação do infrator, seja em relação à sanidade mental, aos dependentes químicos ou alcoólicos, à cessação da periculosidade e outros. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

Como já foi dito anteriormente, é necessário à realização de perícia para definir a sanidade mental do infrator que comete o delito. Acontece que, devido à falta de estrutura, de fiscalização e de peritos, muitas vezes esse exame é negligenciado, causando muitas consequências para a sociedade e para o próprio indivíduo.

Infelizmente esse é um problema que não atinge somente à esfera penal, como também à esfera cível, quando se trata de pedidos de interdição por familiares de doentes mentais que não possuem condições de administrar seus bens ou que não recebem o benefício previdenciário do doente. Todo esse atraso decorre da falta de laudos periciais, tanto pela falta de peritos, como pela desorganização e grande demanda do judiciário, e, sendo assim, quem sofre, mais uma vez, com o caos é a família, o indivíduo e a sociedade como um todo. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

Para o Direito Penal, nos casos de infratores submetidos às medidas de segurança, quando encerrado o prazo mínimo fixado, deverá repetir a perícia de ano em ano, ou a qualquer tempo se o juiz julgar necessário, até que seja diagnosticada a cessação da periculosidade do agente. O problema é que, na prática, isso não vem ocorrendo, seja no momento em que o juiz julga o caso determinando se o réu é ou não doente mental ou, posteriormente, quando deveria ocorrer a revisão anual da perícia.

A consequência que essa ausência de perícia pode trazer é drástica, vez que, vemos casos de doentes mentais condenados ao cumprimento de penas junto com pessoas de sã consciência, o que pode causar um dano aos presos, afinal, um agente de alta periculosidade que sofre de algum tipo de distúrbio mental que divide uma cela com outros presos, com certeza está pondo em risco a vida dos seus colegas de cela, bem como a dele mesmo por não estar recebendo tratamento adequado ou por poder sofrer algum tipo de lesão grave por parte dos presos como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma forma de vingança por algo cometido por ele mesmo enquanto estava em momento de surto.

Outros casos, tais como os infratores que já recuperaram sua sanidade mental e por falta de perícia permanecem sob a medida de segurança imposta, ocupando lugar de outro criminoso ou superlotando os hospitais de custodia, ou até mesmo casos de diagnósticos errados, os quais muitos infratores acabam sendo submetidos à tratamentos inadequados, nunca recuperando sua sanidade mental também é muito comum no nosso sistema.

2.4.3 liberdade de doentes mentais não aptos à vida social

Da mesma forma que ocorrem falhas quanto à realização de perícias criminais, há outro ponto que também negligencia o ordenamento jurídico, que é em relação à liberdade de agente criminoso com doenças mentais não aptos á vida em sociedade.

O que podemos entender dessa aptidão é a recuperação da sanidade e a cessação da periculosidade do agente, onde o mesmo se torna uma pessoa com capacidade de viver em sociedade, sem que forneça qualquer perigo para a mesma.

Ocorre que, assim como a ausência de perícia, muitas vezes por falta delas os indivíduos sujeitos às medidas de segurança são liberados, seja porque demonstram estar recuperados, seja porque não há mais espaço para ocupá-los.

As consequências que isso pode trazer é que uma pessoa considerada perigosa á sociedade não tem aptidão para conviver na mesma, além do que, em muitos casos, os doentes foram abandonados pela família e saem dos hospitais de custódia sem nenhuma perspectiva de vida, podendo voltar mais uma vez para o mundo do crime, gerando uma consequência ainda maior e mais danosa.

3. CAPÍTULO 3 - PENITENCIÁRIAS E HOSPITAIS DE CUSTÓDIA

3.1 CONCEITO

A penitenciária é destinada àqueles presos que foram condenados a um cumprimento de pena em regime fechado. Esses locais possuem segurança máxima, pois é para lá que os presos mais perigosos são destinados e, sendo assim,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

precisam ter uma estrutura com o maior número de segurança possível, sendo construídas com muros altos, de estrutura forte e sólida.

Jason Albergária entende que:

> A penitenciária destina-se ao cumprimento do regime fechado (art. 87 da LEP). O legislador entendeu ao critério de tratamento reeducativo. Entretanto, o próprio regime fechado dá especial atenção à segurança. O nº 6.1 das Regras Básicas de uma Programação Penitenciária relaciona a segurança com arquitetura e com as precauções físicas contra a fuga, em favor da ordem interna e disciplina. (ALBERGÁRIA, 1993, p.103)

E complementa:

> O art. 88 da LEP dispõe sobre a cela individual e os seus requisitos básicos. O parágrafo único do artigo prevê a área mínima de 6 metros quadrados para a cela individual. O art. 88 atende ao que prescrevem os n.ºs 9 a 14 das Regras Mínimas, que objetivam a humanização da prisão. (ALBERGÁRIA, 1993, p.104)

Diferentemente dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, as penitenciárias não possuem estrutura para acomodar todos os tipos de condenados a pena privativa de liberdade, muito menos aqueles que precisam de tratamento especial para se readaptar a vida social.

Jason Albergária diz que:

> Dispõem sobre o hospital psiquiátrico e o tratamento ambulatorial os art. 99 a 107 da LEP. O parágrafo único do art. 99 prevê a cela individual para o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, nos termos do art. 88, parágrafo único, isto é, explicita os requisitos básicos da unidade celular. O art. 101 situa o tratamento ambulatorial junto ao hospital psiquiátrico ou outro local com dependência médica adequada.As "Orientações" do Ministério da Justiça (1)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> definem o hospital psiquiátrico como estabelecimento fechado e recomenda que seja disposto em módulos: guarda externa, administração, curta permanência, convivência, serviços, oficinas, internação, terapia intensiva e tratamento ambulatorial. Há ainda o módulo para tratamento de toxicômano. (ALBERGÁRIA, 1993, p.125)

Mais adiante, ele conclui que:

> Segundo determina o art. 4º da Declaração, os direitos do internado se cumprem naturalmente junto à família e à sociedade, isto é, no tratamento ambulatorial, e em internação quando necessário, mas seu ambiente e condição devem assemelhar-se aos da vida normal. (ALBERGÁRIA, 1993, p.129)

Desta forma, podemos notar que tanto as penitenciárias, quanto os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico possuem conceitos bem distintos e finalidades própria em cada departamento, onde ambos buscam a readaptação do preso ou custodiado para viver em sociedade, deixando de ser uma ameaça à todos.

3.2 DISTINÇÕES

Como foi possível analisar, existe uma grande diferença no sistema penitenciário e no sistema dos hospitais de custodia, mas a maior distinção entre eles é a condição física e mental do condenado, onde não se pode comprar um doente mental com um preso comum que deve ser submetido à uma prisão em regime fechado.

Albergária diferencia afirmando que:

> O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico terá que eliminar sua feição de estabelecimento carcerário, de clausula rigorosa, com grades e trancas por todos os lados, como fora estigmatizado o manicômio judiciário por NELSON HUNGRIA. Como observou R. A. ANDREUCCI (4), o internado não é um criminoso, mas um doente mental. (ALBERGÁRIA, 1993, p.127)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

É sujeito a um tratamento em hospitais de custodia aqueles que estão submetidos a uma medida de segurança, pois a mesma é curativa e reeducativa, objetivando o tratamento dos doentes mentais que cometem crimes. No caso dos presos submetidos a penitenciárias, os mesmos estão cumprindo pena decorrente de uma sentença que concluiu a existência da culpabilidade do agente por ter cometido algum tipo de delito que exige a prisão em regime inicialmente fechado.

Outra diferença é em relação ao tempo de pena e tratamento. A pena é fixada em sentença, devendo o condenado se submeter à prisão pelo tempo imposto a ele, podendo progredir de regime fechado para o aberto, já no caso da medida de segurança, Albergária diz que:

> Tanto o começo como o término da medida de segurança dependem de verificação da periculosidade. A periculosidade está em crise, como recentemente observou MARC ANCEL (4). A perícia psiquiátrica teria colaborado no desprestígio do conceito do estado perigoso, mormente na prática forense. Todavia, o conceito de periculosidade foi além do enfoque positivista, em razão da eticização da medida de segurança e respeito pelos direitos humanos internado. (ALBERGÁRIA, 1993, p.195)

E conclui que:

> A avaliação para a cessação da medida de segurança não dependerá apenas do exame criminológico (art 174 da LEP), mas também da avaliação periódica do funcionário especializado da CTC, durante o período de prova da desinternação ou liberação (art. 97, §3.º, do CP) (ALBERGÁRIA, 1993, p.195).

Ou seja, diferentemente do cumprimento de pena, a medida de segurança não possui um tempo fixo para tratamento, sendo esse tempo prolongado pelo tempo que perdurar a necessidade de tratamento, entretanto, hoje se entende que não deve ultrapassar o prazo de 30 anos, vez que a própria pena não ultrapassa esse limite.

3.3 PRECARIEDADE E FALTA DE TRATAMENTO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A própria Lei de Execuções Penais prevê os mínimos requisitos essenciais para se viver dentro de uma penitenciária, entretanto, na prática algumas dessas exigências não são devidamente cumpridas, fazendo com que os presos se submetam a um sistema falho, o que impossibilita concluir o que a lei exige e conceitua como cumprimento de pena.

A superlotação, por exemplo, é um problema que ocorre desde muitos anos atrás, mas que até hoje nenhuma providência foi tomada. Adeildo Nunes escreveu uma obra sobre o sistema prisional que relata, através de dados, esse problema alarmante e que desestrutura todo o sistema carcerário.

> Em dezembro de 2003, no Brasil, 308 mil presos estavam custodiados nos seus 1.431 estabelecimentos carcerários, aqui compreendidos cadeias públicas e presídios, casas de albergado, centros de observação, colônias agrícolas e industriais, hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos, penitenciárias e em delegacias de polícia. (NUNES, 2004, p. 142)

Sendo mais preciso acerca das penitenciárias e Hospitais de Custódia, ele concluiu que:

> 297 penitenciárias existem custodiando réus já condenados em definitivo, exclusivamente no regime fechado, em geral estabelecimentos prisionais de segurança máxima. Por fim, 43 são os hospitais de custódia e tratamento psiquiátricos, ora recebendo réus para realização de exames mentais, ora já acolhendo pacientes que tiveram aplicadas medidas de segurança. (NUNES, 2004, p. 142)

É evidente que uma condenação de um doente mental a um sistema prisional em penitenciárias pode causar um dano ainda maior ao condenado. Afinal, como se não bastasse um local totalmente diferente daquele em que ele deveria se confinar possuindo características que poderia, inclusive, piorar o seu estado mental, por serem lugares fechados e tumultuados, os locais de penitência estão todos superlotados, comprometendo o doente que precisa dividir celas e, também os próprios presos, pois um doente mental que não recebe o devido tratamento

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pode por em risco a vida daqueles que estão dividindo um local com cerca de 6 metros quadrado com ele, pois o indício de cometer crime os mesmos já possuem, e não estando sob vigilâncias as chances são ainda maiores de vir a cometer novos delitos.

Outra preocupação alarmante é a questão da violência nos estabelecimentos prisionais, que acaba gerando uma violência ainda maior fora dele. A criminalidade no Brasil muitas vezes não tem uma solução imediata e, desta forma a impunidade prevalece.

Após a vinda de uma observadora da Organização das Nações Unidas em 2003 para o Brasil, Adeildo Nunes concluiu através de dados que:

> Depois da vinda ao Brasil da observadora da ONU Asma Jahandir, em agosto de 2003, que aliás muito em breve publicará relatório sobre o quadro de violência no Brasil, relativamente a outro tipo de crimes, principalmente aqueles realizados por organizações criminosas. No relatório, sabe-se, a observadora mencionará a impunidade crescente no País, principalmente quando tem-se que somente 1% dos homicídios são esclarecidos pela polícia, enquanto nos Estados Unidos o percentual chega a 70%. (NUNES, 2004, p. 131)

Também completou que:

> O Brasil assume uma posição preocupante perante os organismos internacionais de direitos humanos. Em número de homicídios, é o País mais violento do mundo. Uma pessoa é morta a cada 12 minutos e 45 mil brasileiros são assassinados por ano, dados colhidos pela Organização Mundial de Saúde, divulgados em 2003. (NUNES, 2004, p. 131)

Como se pode observar, o Brasil é um país onde a violência é gigante, e em muitos casos não há solução para os crimes. Com se não bastasse, o próprio sistema prisional é falho e violento. Somando a questão da superlotação com a grande violência, não é possível obter sucesso quando o assunto é a preservação da saúde do doente mental, muito menos o seu tratamento, pois é inevitável o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

regresso dessas pessoas dentro desses sistemas carcerários quando, na verdade, uma medida de educação, tratamento e proteção deveria ser tomada.

Por fim, outro problema comum em relação ao preso e doente mental é o desrespeito dentro do sistema carcerário. A própria Constituição de 1988 assegura direitos e deveres aos presos e, quanto a isso, Adeildo Nunes menciona que:

> De acordo com a Constituição Brasileira de 1998, ao preso são asseguradas a integridade física e moral, individualização e cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. A realidade prisional brasileira, porém, é completamente diferente. Começa pela sua superlotação carcerária, a primeira afronta aos direitos e garantias individuais do detento. Depois os presos não são tratados como pessoas humanas, uma vez que a desumanização das prisões é um fato notório e indiscutível. (NUNES, 2004, p. 150)

Mais adiante, indaga que:

> Em absoluto desrespeito à Constituição Federal de 1988, que assegura o cumprimento da pena de acordo com o sexo das pessoas, a Casa de Custódia de Taubaté, em janeiro de 2003, estava abrigando cerca de 43 mulheres, todas para lá transferidas como forma de punição administrativa, segundo as autoridades prisionais, porque as detentas praticaram uma série de indisciplinas em outros presídios femininos do Estado. As detentas ocuparam um dos quatro pavilhões destinados a quem está em Regime Disciplinas Diferenciado, local que abriga presos de alta periculosidade em, muitos ligada a organizações criminosas como PCC e CV. A manutenção de mulheres em presídios masculinos, é atentatório à Lei de Execução Penal e à própria Carta Magna de 1988, além de contrariar o próprio decreto estadual que regulamentou o funcionamento da prisão. Para o Diretor da Unidade Prisional, a Casa de Custódia é o único lugar seguro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> para abrigar presas indisciplinadas, até porque, segundo o mesmo direito, 'elas foram levadas para lá para refletirem sobre os atos cometidos dentro do sistema', ponderou. (NUNES, 2004, p. 150)

Ou seja, ficou evidente que existem regras e requisitos para o destino e manutenção dos condenados, mas que, na prática, isso não se aplica, causando uma verdadeira confusão quanto á função de cada unidade carcerária. Enquanto um local é destinado a doentes mentais criminosos, o mesmo é ocupado por presas que cometeram indisciplinas. Em relação às penitenciárias, muitos doentes mentais são mantidos junto com presos perigosos que dominam facções e quadrilha de dentro do próprio presídio.

Outra problemática que envolve o sistema falho carcerário é a insegurança interna naqueles locais. Adeildo Nunes diz que:

> Os presídios de segurança máxima no Brasil, não conseguem impedir que criminosos continuem chefiado e administrando suas quadrilhas. Das celas, muitos presos gerenciam negócios espúrios, mormente envolvendo drogas, armas, contrabando e cargas. Determinam assaltos, mandam espancar pessoas, matar e para tanto conseguem a 'ajuda' de funcionários do presídio e até de advogados, através dos quais são obtidos aparelhos celulares já habilitados, drogas para consumo interno e até para comercialização e, principalmente, armas. (NUNES, 2004, p. 242)

Mais adiante, ele cita alguns dados chocantes acerca da violência dentro dos presídios e hospitais psiquiátricos.

> De janeiro de 2000 a outubro de 2003, 423 presos morreram no sistema penitenciário do Rio de janeiro, dos quais pelo menos 93, ou 22% deles, foram assassinados. Somente no ano de 2003 foram registrados 83 óbitos dentro dos presídios do Estado, sedo 19 de natureza violenta. Esses dados constam de relatório elaborado pela Secretaria de Administração Penitenciária do Rio, em resposta à solicitação feita pela relatora da ONU Asma Jahangir, que esteve no Rio de Janeiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> entre agosto e setembro de 2003, fiscalizando presídios e unidades prisionais. O levantamento enviado à ONU, não informa quantas das mortes foram provocadas por agentes do Estado, mas segundo o secretário Astério Pereira dos Santos, a maior parte foi acusada por outros presos. Ele citou apenas dois casos em que guardas penitenciários mataram detentos: o de Edson Roque Leite Bezerra, que levou um tiro de borracha na cabeça dentro do Hospital Psiquiátrico Roberto Medeiros, em Bangu, em 2002, e o do chinês naturalizado brasileiro Chan Kim Chang, espancado no presídio Ari Franco, em setembro de 2003. (NUNES, 2004, p. 245)

A violência dentro dos sistemas penitenciários ocorre de forma absurda e cruel e, somando com todos os fatores já mencionados, é evidente a forma prejudicial que esse ambiente proporciona a um doente mental cumprindo medida de segurança, pois, dentro de uma penitenciária, além dele não ter os recursos necessários, a convivência com presos de alta periculosidade que não respeitam as regras da prisão podem gerar danos a eles, influenciar em certas condutas e, também, usá-los como meio de se beneficiarem ali dentro.

Somando todos esses problemas que o Brasil e muitos outros países enfrentam, ficamos cientes da desigualdade de tratamento, da insegurança e, principalmente, da falta de fiscalização que o sistema penitenciário enfrenta. Infelizmente os dados de assassinatos são gritantes, assim como os dados referentes à quantidade de presos em poucas unidades prisionais existentes, que também é exorbitante e choca com a própria lei que define uma quantidade certa por cela, porém sabemos que vários presos dividem um quarto com cerca de seis metros quadrado.

O mais preocupante é que em meio a toda essa desorganização encontramos presos aguardado julgamentos e presos doentes mentais, o que causa um descontrole e uma instabilidade por parte do cumprimento de pena e de medida de segurança, vez que , desrespeito à lei que prevê um tratamento especial à esses condenados acaba passando despercebido em meio a esse sistema desregular, prevalecendo a desorganização e a falta de ressocialização dos condenados.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.4 O DOENTE MENTAL INFRATOR E AS PEMITENCIÁRIAS

3.4.1 Da necessidade de Perícia

A perícia é um meio de auxiliar no diagnóstico de determinadas doenças, bem como ajudar em investigações judiciais, se tornando essencial para concluir a existência ou não de determinado fatos. O doutrinador e perito-médico Luis Carlos Cavalcante Galvão conceitua a perícia como:

> Os resultados da observação mediante conhecimento científico, artístico, industrial ou comercial que não são comuns aos integrantes da sociedade. Todos os médicos e odontólogos, de modo genérico, possuem habilitação técnica e científica para serem chamados à produzir provas periciais. No entanto, não se pode comparar o conhecimento e habilidade pericial dos médicos-legistas e odonto-legistas, com os clínicos e cirurgiões médicos ou odontológicos. Necessário se faz que esses profissionais tenham conhecimentos básicos da área médica e odontolegal, pela possibilidade real de serem chamados à Justiça, para desempenhar papel do Perito. Em síntese podemos dizer que perícia médica ou odontológica é todo procedimento de investigação científica, solicitado por autoridade Policial ou Judiciária, praticado por médico ou odontólogo visando prestar esclarecimentos à justiça. (GALVÃO, 2013, p.31)

Levando em consideração que o ponto principal do presente trabalho é a condição da saúde mental de determinados indivíduos, o enfoque será a perícia psiquiátrica, que é conceituada por Luis Carlos Cavalcante Galvão como "uma espécie de avaliação psiquiátrica com a finalidade de esclarecer ou assessorar a autoridade judiciária, policial ou administrativa sobre fatos em que está sendo colocada em questão a saúde mental de determinado indivíduo." (GALVÃO, 2013, p.327)

O doutrinador e ex-médico legista do IML-DF Hermes Rodrigues de Alcântara afirma que o exame psiquiátrico tem a finalidade de esclarecer:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> a) à justiça criminal se determinado indivíduo é penalmente inimputável ou relativa ou plenamente inimputável; se é perigoso, ou cessou a sua periculosidade;b) à justiça civil se determinado indivíduo é capaz ou relativa ou absolutamente incapaz; c)à administração pública ou privada se determinado servidor é doente mental, para fins de licença para tratamento de saúde ou de aposentadoria e; d) tanto à justiça quanto a administração se o testemunho, ou confissão de determinada pessoa, merece inteira fé ou não.(ALCÂNTARA, 2006, p213)

No que se refere à imputabilidade penal, Luís Carlos Cavalcante Galvão explica que:

> Todos os autores consideram claro que o legislador caracterizou a imputabilidade adotando o critério biopsicológico, isto é, levou em conta fatores biológicos e psicológicos. Nesse caso, os fatores biológicos seriam a doença menta, o desenvolvimento mental incompleto e o desenvolvimento mental retardado. Os fatores psicológicos seriam a incapacidade de entender o caráter ilícito e o fato de determinar-se de acordo com esse entendimento (alteração das capacidades intelectivas e volitivas). Através desse critério biopsicológico é exigida a averiguação da existência de um nexo causal entre o eventual estado mental anormal e a perda das capacidades intelectivas volitivas. À Psiquiatria Forense compete, através da realização do exame de sanidade mental, proceder: 1. A verificação da existência ou não de doença mental. Ressalta-se que a linguagem do Código Penal não usa o termo transtorno mental. No entanto, uma correspondência tem sido estabelecida entre os autores: a doença mental corresponde às psicoses e às demências: ao desenvolvimento mental retardado corresponde a oligofrenia; e perturbação da saúde mental são as neuroses e os transtornos de personalidade. 2. A avaliação do nexo ou relação de causalidade, que é a expressão entre o delito e o transtorno

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> mental. 3. A avaliação das capacidades de entendimento e de determinação. São funções complexas que resultam da convergência de faculdades intelectivas e volitivas, grupos de faculdades referentes a: ordem social e legal, valores éticos e morais; percepções e intuições; sentimentos, afetos, volições, desejos e pulsões. (GALVÃO, 2013, p.378)

Mais adiante conclui que:

> O art. 26 do Código Penal, no seu *caput,* estabelece como inimputáveis as pessoas que por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado eram, ao tempo da ação ou omissão, incapazes de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (GALVÃO, 2013, p.378)

É notória a importância do exame psiquiátrico para aqueles agentes que comentem crimes em um momento de perturbação mental. Ela se torna essencial para diagnosticar a sanidade mental de um indivíduo em um determinado momento, sendo fundamental para uma decisão judicial que irá aplicar uma medida adequada àquele indivíduo, tendo a finalidade de submetê-lo a uma pena ou a um tratamento necessário.

No que se refere a medida de segurança e a periculosidade os doentes mentais criminosos, Luís Carlos Cavalcante Galvão afirma que:

> A medida de segurança é aplicada quando o indivíduo é inimputável de acordo com o previsto no art.26 do Código Penal. Essa medida consiste em internação do indivíduo em hospital de custódia e tratamento. (GALVÃO, 2013, p.382)

Mais adiante ele concluiu afirmando que:

> Abdalla-Filho (2004), discorrendo sobre a relação entre periculosidade e risco, destacou que a Psiquiatria na avaliação da periculosidade tem apenas a condição d examinar tão somente a probabilidade de um indivíduo voltar ou não a cometer algum crime. Esse autor admitiu que uma avaliação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> do grau de risco de violência poderia ser uma abordagem mais fácil às reais possibilidades de alcanc de um exame psiquiátrico, muito embora o perito tenha de fornecer uma resposta do tipo sim ou não como ocorre no exame de verificação de cessação de periculosidade. (GALVÃO, 2013, p.383)

Logo, entende-se que o exame que verifica a cessação de periculosidade é o exame psiquiátrico, que avalia a condição mental do custodiado, para concluir se o mesmo ainda apresenta alguma periculosidade ou se foi tratada. Desta forma podemos perceber a importância do exame e o quanto a sua realização é eficiente e segura.

Acontece que, como já mencionado, a falta de perícia acarreta uma série de problemas e transtornos. Muitas vezes essas perícias são negligenciadas, e a consequência é o abandono do custodiado dentro dos hospitais de custódia por anos, sem visitas e sem nenhum outro tipo de atenção especial. E, por fim, outra consequência negativa é que a falta da perícia impede o diagnóstico de insanidade mental, sendo o doente mental destinado à prisões comuns, quando na verdade deveriam receber outro tipo de tratamento.

3.4.2 O papel da família e a relação com o doente mental criminoso

Para a autora Ana Cláudia Silva Scalquette, a família é "o conjunto de pessoas unidas pelo casamento; o conjunto de pessoas unidas em torno de uma união estável e o núcleo familiar formado por um só dos pais com sua prole, chamado de família monoparental" (SCALQUETTE, 2014, p. 3)

Para o direito, a família, segundo os autores Wander Garcia e Gabriela R. Pinheiro, pode ser conceituada como "o conjunto de normas que regulam o casamento, a união estável, a filiação, a adoção, o poder familiar (direito parental), os alimentos, a tutela e a curatela (direito assistencial protetivo)." (GARCIA; PINHEIRO, 2014, p. 737).

A família é importante para qualquer indivíduo, mas em relação aos doentes mentais ela possui uma grande importância, pois os portadores de doenças mentais possuem necessidades e precisa de cuidados especiais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um papel fundamental desempenhado pela família é a assistência que ela presta aos seus entes que possuem problemas mentais, ajudando, inclusive, na ressocialização dos doentes. É notório que, muitas vezes, a relação entre o doente e os seus familiares não é harmoniosa e, por tal motivo, é necessário uma reorganização familiar que acomode e atenda a todos de maneira satisfatória, com o devido respeito ao espaço do doente mental, que mesmo habitando uma residência com mais de um indivíduo, tem a necessidade de ter seu próprio espaço.

Sobre o tema, Oliveira e Jorge diz que:

> a doença seja ela física ou psiquiátrica afeta seriamente o grupo familiar. Quando se adoece, há uma interrupção de suas atividades normais e algumas destas atividades precisam ser desempenhadas por outras pessoas. (OLIVEIRA; JORGE 1998, p.380)

Os laços afetivos entre o doente mental e os seus parentes se formam dentro do ambiente familiar, e a busca pelo lar feliz se dá em qualquer lugar do mundo. Acontece que, muitas vezes, o preconceito invade o âmbito familiar causado insegurança e medo, tanto por aqueles que sofrem por ter a doença, quanto por aqueles que sofrem ao ter um doente mental em sua família.

O tratamento do doente mental é muito mais eficaz quando tem o apoio da família, portanto, segurar as críticas e a rigidez do doente, ou evitar o excesso de cuidados são dois aspectos fundamentais para a eficácia do tratamento. É preciso haver uma confiança entre o doente mental e a sua família, assim como é preciso haver uma relação de confiança recíproca entre paciente e médio.

Ademais, é muito importante mencionar que não deve ser somente o paciente ser assistido. A família também precisa de um acompanhamento para não acabar adoecendo junto, afinal, para cuidar e orientar um indivíduo com algum tipo de doença, é essencial que os cuidados venham de pessoas aptas à exercer aquele papel. (Cf. AUTOR ANÔNIMO, 2016, *online*)

3.4.3 A Questão Dos Direitos Humanos

O direitos humanos asseguram à todos os direitos básicos e essenciais à vida e a dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição assegura esses direitos humanos e fundamentais, vetando penas cruéis e garantindo uma integridade física, moral e social aos presos.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade humana como:

> Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p.62)

No que se refere à prisão, Adeildo Nunes diz que:

> Sempre que ocorre a privação há o perigo de violação aos Direitos Humanos. Os riscos são maiores e as violações eventuais serão tanto mais graves, se os estabelecimentos prisionais estiverem funcionando a par de qualquer mecanismo efetivo de controle público, se organizações independentes da sociedade civil não tiveram acesso aos estabelecimentos e se os presos não mantiverem contatos frequentes com seus defensores e familiares. O contato dos presos com o mundo exterior e a presença de representantes da sociedade – pesquisadores, juízes, promotores, defensores, ministros religiosos, parlamentares, militantes de direitos humanos, etc., além dos familiares dos presos, no interior dos presídios, deve ser visto não como um problema, mas como parte essencial das soluções buscadas. (NUNES, 2004, p. 359)

Quanto ao que diz a Constituição Federal, ele afirma que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> A Constituição Federal de 1988 estabelece um conjunto de direitos e garantias individuais no campo da esfera civil, político, econômico, social e cultural, mas não se esqueceu de disciplinar que o Brasil, nas suas relações internacionais, deverá obedecer ao princípio da prevalência dos Direitos Humanos (art4º, II). Com base nesse princípio, no início dos anos noventa, o governo brasileiro aderiu aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, às Convenções Americanas de Direitos Humanos contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Denegrantes, que se encontram entre os mais importantes instrumentos. Precisamente em maio de 1993, o então ministro das Relações Exteriores do Brasil – depois Presidente por oito anos – Fernando Henrique Cardoso reuniu vários segmentos sociais (governamentais e não governamentais), com a finalidade de discutir uma política de direitos humanos que pudesse ser apresentada ao mundo. (NUNES, 2004, p. 360)

Por fim, pode-se concluir que:

> O Estado brasileiro recusa-se em oferecer dignidade ao preso, embora seja um direito fundamental, previsto na Carta Magna de 1998, a todos que estejam custodiados nos vários estabelecimentos penais do País. A ausência de um sistema penitenciário justo e que efetive e recupere o delinquente, a superlotação carcerária, a falta de assistência material ao detento – principalmente saúde, educação e um trabalho remunerado – e os tormentos físicos e mentais que são praticados cotidianamente contra os detentos brasileiros, fazem, do País, um exemplo raro de insensibilidade com pessoas humanas que devem receber uma punição pelo mal social que causaram, mas que precisam ser vistos com a dignidade necessária para o seu retorno ao convício social em perfeita harmonia com a sociedade ordeira, que certamente ainda existe fora das prisões. A violência policial, infelizmente, é a causa mais acentuada de desrespeito à dignidade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> detento, mormente porque ela é realizada com requintes de covardia, perversidade e desprezo com o ser humano. A violência policial – é bom que se diga – não é só física. O tormento moral é desencadeado pelo erário público para aperfeiçoarem o criminoso, não para retardá-lo psicologicamente, como acontece na prática. (NUNES, 2004, p. 342)

O que podemos concluir é que a dignidade da pessoa humana aqui no Brasil fica em um segundo plano, deixando de serem cumpridos os mínimos requisitos de uma vida digna aos condenados. Quanto aos doentes mentais, a situação é ainda mais alarmante, pois além de muitos se submeterem à prisões em locais inapropriados, a assistência à saúde mental acaba sendo violada, quando, na verdade, isso deveria ser o mínimo assegurado pelos direitos humanos dos doentes mentais, mas que, infelizmente, na prática a situação só piora, gerando um dano ainda maior, tanto para eles, quanto para os seus familiares e para a própria sociedade.

3.4.4 A negativa do recolhimento do criminoso doente mental ao hospital de custódia e suas consequências.

Após toda a análise, ficou evidente que por diversas vezes o sistema prisional é falho.

Muitos doentes mentais, quando em um momento de insanidade começam a se alterar, comentem crimes e acabam sendo denunciados, até mesmo quando a vítima entende não ser correta aquela denúncia, e são encaminhados às delegacias e presos, junto com demais acusados, e ali mesmo acabam sendo mal tratados e condenados a prisões em regime fechado, muitas vezes sem o direito de provar a insanidade.

Aqui no Brasil é comum essa negligência. Por falta de perícia ou falta de vagas nos hospitais de custódia e tratamentos psiquiátricos, os doentes mentais criminosos são destinados à penitenciárias ficando por lá por tempo indeterminado.. O número de erro acerca da condenação cerca de 430 infratores que possuem problemas psiquiátricos convive em estabelecimentos penitenciários somente no estado de São Paulo, tendo convivência com os demais presos, sem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

receber tratamento adequado e superlotando as celas que deveriam ser destinada à presos de alta periculosidade. (Cf. AUTOR ANÔNIMO 2016, *online*)

> Em todo o país, no entanto, essas decisões judiciais não têm sido cumpridas. Felipe Neves teve a pena por agressão convertida em medida de segurança em dezembro de 2012, cinco meses após o crime, mas permaneceu na prisão. Um pedido do Ministério Público para que ele fosse solto foi indeferido pela Justiça. Na decisão, a magistrada argumenta que seria preciso aguardar a disponibilidade de vagas, pois são "insuficientes para atender a crescente demanda" e ressalta que a "lista cronológica é o único meio justo" para o controle das inclusões dos pacientes em estabelecimentos de tratamento psiquiátrico. No final de 2013, 917 pessoas estavam na fila por uma vaga em manicômios judiciários no estado de São Paulo, incluindo os 431 pacientes que estão em prisões. Os dados estão em uma lista da 5ª Vara de Execuções Criminais, obtida pela DW. A Defensoria Pública já fez mais de 400 pedidos de habeas corpus na Justiça, ganhou a maioria dos casos em primeira ou segunda instância, mas as determinações para a retirada dessas pessoas do sistema penitenciário não estão sendo respeitadas."É inadmissível que esses pacientes estejam nos presídios. Tudo por causa da falta de estrutura do sistema", diz o defensor público Patrick Cacicedo. (AUTOR ANÔNIMO 2016, *online*)

É imensa a falta de fiscalização e absurda a maneira como esses doentes são tratados. Infelizmente a situação atinge diversos estados do país. Conforme mostrado mais adiante, em São Luís também existem casos de maus tratos e falta de tratamento.

> Pelo menos 25 pessoas cumprem medida de segurança nos presídios em São Luís. Não é o caso de Cola na Cola, o detento que vive num buraco na Cadet há três anos. Condenado a 19 anos de prisão pela suposta prática de dois estupros, é a terceira vez que ele passa pelo presídio. Mesmo com um evidente quadro de loucura, nunca houve um exame de insanidade mental. A medida de segurança não garante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> tratamento psiquiátrico. Francisco Carvalhal, absolvido num processo por homicídio em razão da esquizofrenia, deveria permanecer internado "pelo tempo necessário à sua recuperação", como decidiu a Justiça em São Luís. O Hospital Nina Rodrigues deu alta a ele, mesmo com a "falta de clareza" sobre a possibilidade de convívio imediato. No mesmo mês, Francisco matou a mãe. Ela relatava desde 2001 ameaças e pedia a internação do filho. (AUTOR ANÔNIMO 2016, *online*)

Como consta na matéria acima, inúmera são os casos de doentes mentais que, mesmo após passarem pelo processo judicial, voltam a delinquir. Isso é uma consequência da ineficiência tanto do sistema prisional, como da aplicabilidade das medidas de segurança.

CONCLUSÃO

Após discorrer sobre o tema objeto dessa pesquisa, foi possível concluir que o Direito Penal Brasileiro possui dois tipos de sansão penal, sendo elas as penas e as medidas de segurança. A mais abordada no trabalho foi a medida de segurança, por se tratar de um método que visa assegurar uma sanção adequada aos doentes mentais que cometem delitos, evitando que os mesmos voltem a cometê-los.

Após conceituar o doente mental, foi feito um estudo acerca dos benefícios que a lei trouxe à eles, onde aqueles doentes mentais que cometem crimes ficarão insetos de uma pena e se submeterão a um tratamento médico em hospitais de custódia. Entretanto, vimos também que na prática a aplicação dessa medida de segurança é bastante desregular, e isso ocorre devido a falta de estrutura que decorre da superlotação dos hospitais de custódia, da ausência de perícias, do abandono da família, dentre outros problemas sociais.

A Lei é clara ao vedar a possibilidade do cumprimento da medida de segurança em presídios comuns, pois o doente mental deve receber apenas uma medida preventiva em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, onde deverá ser tratado para evitar que o mesmo venha a cometer novos crimes futuramente. Ao contrário, as prisões foram criadas como uma forma retributiva, punindo os criminosos julgados culpados pela prática de um crime, além de prevenir a prática

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de novos crimes. Entretanto, no decorrer do trabalho foi possível observar que um grande número de doentes mentais criminosos são submetidos à penas privativas de liberdade em presídios comuns, o que se torna o ponto mais problemático do estudo.

Enquanto os presos possuem um tempo fixo de pena determinado na sentença, os doentes mentais submetidos a medidas de segurança permanecem custodiados até que a periculosidade seja cessada. Desta forma, notamos a importância e a grande diferença entre um local e outro. Quando um criminoso doente mental é preso normalmente, ele também terá um tempo determinado para cumprir a pena, e mesmo não cessando a periculosidade, o mesmo será posto em liberdade, oferecendo riscos à sociedade.

Aqui também se buscou entender como deveriam funcionar os estabelecimentos penais e como eles realmente funcionam, além dos benefícios e malefícios que eles trazem para a sociedade. Toda desregularidade acaba afetando o sistema prisional e ambulatorial, pois as consequência gera uma falta de fiscalização pericial, ou mesmo a negligência em sua realização, que as vezes acaba acarretando no abandono dos doentes mentais pelas famílias, que não recebem apoio psicológico para saber lidar com o procedimento, bem como afetando à dignidade da pessoa humana e a aplicação desregular da lei penal.

Pelo exposto, resta comprovada a necessidade de mudança no sistema carcerário brasileiro, a começar pela fiscalização e regularização das perícias psiquiátricas, para que comprovem a insanidade mental dos criminosos doentes mentais, sendo aplicada a medida efetiva, objetivando a segurança e a paz jurídica e social. A estrutura dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico também necessita de mudanças, para que se tornem ambientes adequados, eficientes e dignos de receber os sentenciados submetidos a tratamentos, onde devem ocorrer melhorais na estrutura interna dos hospitais, vez que as condições de muitos deles é precária, onde falta água, alimentos, espaço e até mesmo colchões para abrigar quem ali está, deixando de ser apenas locais para abrigar sentenciados. A qualificação dos profissionais também é essencial, pois não é adequado colocar qualquer agente sem o mínimo de instrução para trabalhar com doentes mentais, é importante que esses profissionais sejam treinados para saber lidar com essas pessoas, tornado o tratamento eficaz.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Uma maior fiscalização acerca do destino e manutenção do infrator é essencial para solucionar os problemas da carceragem brasileira. Restam evidente as inúmeras consequências que uma penitenciária pode causar a um doente mental, aos seus familiares, aos presos e à sociedade. O número de violência tende e crescer e, junto com ele, a superlotação carcerária, a insegurança, a violação aos direitos humanos e, por fim, a ineficiência do tratamento, que é, na verdade, o maior objetivo da criação desses lugares. Portanto, deve-se ineditamente ser tomadas providências acerca do sistema carcerário e ambulatorial que o país possui hoje, para que um cumprimento de pena e de medida de segurança seja eficaz e proporcione a realização do seu maior objetivo, que é a readaptação social dos seus presos e custodiados.

REFERÊNCIAS

ABP. **Falta perito para provar doença mental.** Disponível em: < http://abp.org.br/

2011/medicos/clippingsis/exibClipping/?clipping=1796>. Acesso em: 01 jun. 2016.

ALBERGÁRIA, Jason. **Manual de Direito Penitenciário**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1993, 212 p.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. **Perícia Médica Judicial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, 508 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** Parte geral volume 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 748 p.

CARTA CAPITAL. **De forma irregular, cadeias abrigam centenas de "loucos infratores".** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/de-forma-irregular-cadeias-abrigam-centenas-de-loucos-infratores-4820.html> Acesso em: 12 set. 2016.

COPACABANA RUNNERS. **Transtorno bipolar ou psicose maníaco depressiva**. Disponível em: <http://www.copacabanarunners.net/bipolar.html>. Acesso em: 26 abr. 2016.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, ROCHA, Fabiana Dias da (Colaboradores). Vade Mecum. 20 ed. Atual e ampl. São Paulo; Saraiva, 2015. 2167 p.

FOUCAULT, Michel. Doença mental e psicologia. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 99 p.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: Nova parte geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 491 p.

GALENO ALVARENGA. **Esquizofrenia**. Disponível em: <//www.galenoalvarenga.

com.br/transtornos-mentais/transtornos-delirantes/esquizofrenia>. Acesso em: 26 abr. 2016.

GALVÃO, Luís Carlos C. **Medicina Legal.** 2ª ed. São Paulo: Santos, 2013, 488 p.

GARCIA, Wander; PINHEIRO, Gabriela R.. **Manual completo de direito civil**: volume único. 1 ed. São Paulo: Foco, 2014, 954 p.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: Parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 244 p.

JESUS, DAMÁSIO E DE. **Direito penal**: PARTE GERAL. 22 ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 1999, 754 p.

JESUS, Damasio E. de. **Direito Penal**: Parte geral. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 754 p.

JUNG, CARL GUSTAV. **Psicogênese das doenças mentais**. 2 ed. Petrópolis: Vozes Ltda, 1990, 279 p.

MINHA VIDA. **Epilepsia**. Disponível em: <http://www.minhavida.com.br/saude/temas/epilepsia>. Acesso em: 26 abr. 2016.

MINHA VIDA. **Psicose**. Disponível em: http://www.minhavida.com.br/saude/temas/

psicose>. Acesso em: 26 abr. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: Parte geral arts. 1º a 120 do cp. 24 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008, 492 p.

CONDE, Muñoz. **Teoria Geral do Delito.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988, 592 p.

NUNES, Adeildo. **Prisão: Problemas e Soluções:** Mestrado em Direito. Lisboa 2004, 392 p.

O GLOBO. **Brasil mantém doentes mentais presos ilegalmente.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-mantem-doentes-mentais-presos-ilegalmente-7599855>Acesso em: 12 set. 2016.

OLIVEIRA, M. B; JORGE, M.S.B. Doente mental e sua relação com a família. In: Labater R.C. (org.). Caminhando para a assistência integral. Ribeirão Preto: Scala, 1998, 379 p.

PSIQWEB. **Perícia Psiquiátrica**. Disponível em: < http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=17> Acesso em: 01 jun. 2016.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Família e sucessões**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014, 264 p.

SULLA SALUTE. **Psicose induzida por álcool, os sintomas típicos de psicose causados pelo alcoolismo, tratamento**. Disponível em: <http://sulla-salute.com/saude/saude-mental/psicose-induzida-por-alcool.php>. Acesso em: 26 abr. 2016.

TUA SAÚDE. **Demência senil**. Disponível em: <http://www.tuasaude.com/demencia-senil/>. Acesso em: 26 abr. 2016.

UNIICA. **A família como ponto chave no tratamento terapêutico de pacientes portadores de transtornos psiquiatricos e dependentes químicos**. Disponível em: <http://www.uniica.com.br/orientacoes/a-familia-como-ponto-chave-no-tratamento-terapeutico-de-pacientes-portadores-de-transtornos-psiquiatricos-e-dependentes-quimicos/>. Acesso em: 27 abr. 2016.

VIA JUS. Tratamento Penal do Criminoso Doente Mental. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3644&idAreaSel=4&seeArt=yes> Acesso em: 12 set. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA E ABUSO SEXUAL INFANTIL

TAIS ALVES RAVELI: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis - SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA[2]

(Orientador)

RESUMO: A Violência e Abuso Sexual Infantil ainda é um tema complexo de ser abordado, referente aos tabus que ainda o cercam e principalmente pelo silencio das vítimas, onde há muitos casos de denúncias, em que a pessoa que sofreu o abuso já é adulta e quando criança não pode expressar o sofrimento do abuso que sofreu. O abuso é qualquer ato de natureza sexual em que adultos submetem menores de idade a situações de estimulação ou satisfação sexual, imposto pela força física, pela ameaça ou pela sedução. Compreende-se que o abuso sexual infantil nem sempre está ligado a um ato violento e doloroso, podendo envolver carinhos inapropriados, exibição e exposição da criança na prática de masturbação ou em um ambiente que ela presencie a prática sexual. A infância e a adolescência são etapas importantes no ciclo vital, onde são desenvolvidas suas capacidades e habilidades afetivas, cognitivas e físicas, bem como as habilidades socias que são diretamente afetadas quando são vítimas de abuso sexual infantil. Na maioria dos casos o abusador é membro da família ou conhecido da criança, muitas vezes ele usa sua posição de poder sobre a vítima para intimidar ou coagir a criança, o abuso não é apenas uma violação física, é uma violação de autoridade ou confiança que o abusador cria sobre a vítima.

Palavras-chave: Violência Sexual, abuso, criança, infância, trauma.

ABSTRACT: Violence and Child Sexual Abuse is still a complex issue to be addressed, referring to the taboos that surround it and mainly by the silence of the victims, where there are many cases of denunciations, in which the person who suffered the abuse is already adult and as a child can not express the suffering of the abuse he suffered. Abuse is any act of a sexual nature in which adults submit minors to situations of sexual stimulation or satisfaction imposed by physical force, threat or seduction. It is understood that child sexual abuse is not always linked to a violent and painful act, and may involve inappropriate caring, display and

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exposure of the child in the practice of masturbation or in an environment that witnesses sexual practice. Childhood and adolescence are important stages in the life cycle, where their affective, cognitive and physical abilities and abilities are developed, as well as the social skills that are directly affected when they are victims of child sexual abuse. In most cases the abuser is a family member or acquaintance of the child, he often uses his position of power over the victim to intimidate or coerce the child, abuse is not only a physical violation, it is a violation of authority or trust that the abuser creates about the victim.

Keywords: Violence, abuse, child, childhood, trauma.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1- ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, CONTEXTUALIZAÇÃO. 2- NORMAS LEGAIS A PROTEÇÃO AS VITIMAS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL. 3- ABUSO SEXUAL INFANTIL COMO VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR. 4- SENTIMENTO DE AUTO CULPA DA VITIMA. 5- MEDO DE DENUNCIAR. 6- PAPEL DA FAMÍLIA PARA O AMPARO COM A VITIMA. 7- CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO:

O abuso sexual infantil é definido pelo departamento de saúde do Reino Unido da seguinte forma:

> *"Forçar ou incitar uma criança a tomar parte em atividades sexuais, estejam ou não cientes do que está acontecendo. As atividades podem envolver contato físico, incluindo atos penetrantes e atos não-penetrantes. Pode incluir atividades sem contato, tais como levar a criança a olhar ou a produzir material pornográfico ou a assistir a atividades sexuais ou encorajá-la a comportar-se de maneiras sexualmente inapropriadas." (2003,* apud *SANDERSON,2005, p. 05)*

A relação de atividades sexuais realizadas em crianças, é bastante ampla, onde inclui atos com contato físico (caricias, beijos, masturbação, cópulas vaginais, oral, anal) e sem contato físico (cantadas obscenas, exibicionismos, gestos sexuais obscenos), onde estas são usadas como objetos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de satisfação sexual. O mesmo que envolve a criança em atividades sexuais incompatíveis c com sua idade e seu desenvolvimento psicológico, psicossexual, no qual ela não tem nenhuma compreensão da situação inserida, sendo dentro ou fora do âmbito familiar, pratica o abuso sexual infantil.

Segundo a psicóloga clínica pela USP, Elaine Ribeiro dos Santos, nem sempre é possível identificar os sinais físicos, o que gera uma grande dificuldade para identificação do abuso. Deve-se frisar que em muitas situações os abusos são seguidos por ameaças, com que resulta em medo na vítima. Diante de toda a situação que a criança ou adolescente está vivendo, isso faz com que ela tenha alterações comportamentais e emocionais, como, agressividade, depressão, baixa autoestima, timidez, isolamento, tristeza, choro frequente, entre outros. Através desses sinais, pode servir de alerta para a descoberta do abuso.

Dependendo do tipo de violência praticada, do tempo entre o abuso e a descoberta, sem a existência de vestígios do ato sexual, confirmação nenhuma subsiste de forma a comprovação da violência, pois pelo exame pericial não existirá como prova completa e suficiente do delito praticado. Por se tratar de um ato ilícito, praticado as escondidas, raramente havendo testemunhas, resta somente a palavra da criança ou adolescente vítima, como prova.

1- ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, CONTEXTUALIZAÇÃO

Torna-se abuso sexual uma situação em que uma criança ou adolescente é usual para fins de gratificação sexual de um adulto, baseado em uma relação de poder que inclui desde caricias, pornografia, manipulação da genitália, exploração sexual, até o ato sexual com ou sem penetração, contendo ou não o ato de violência. Forçar uma criança ou adolescente a tomar parte em atividades sexuais, estando ou não em consciência do que acontece. A ação pode envolver contato físico, incluindo atos não-penetrante e penetrantes. Pode haver também atividades sem contato, como levar a criança a olhar ou a produzir material pornográfico ou assistir atividades sexuais e encoraja-la a maneiras sexualmente inapropriadas.

Presume-se como violência absoluta quando há condutas sexuais praticadas com menores de 14 (quatorze) anos, de modo que o seu consentimento nada reflete ao sistema jurídico penal, ou seja, se torna irrelevante. O crime estará configurado quando o agente mantém ato libidinoso ou conjunção carnal com menor de 14 (quatorze) anos. Considera-se como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

vulnerável todo aquele que seja desprotegido, exposto, desarmado, indefeso e derrotável pela fragilidade que possui.

De acordo com o Código Penal, Capitulo II, são Crimes Sexuais Contra Vulnerável:

> *• Art. 217-A: Estupro de vulnerável*
>
> Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14(catorze) anos:
>
> Pena – reclusão, de 8 a (oito) a 15 (quinze) anos.
>
> §1° Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
>
> § Vetado
>
> §3° Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
>
> Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
>
> §4° Se da conduta resulta morte:
>
> Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.
>
> *• Art.218: Corrupção de menores;*
>
> Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.
>
> *• Art.218-A: Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente;*
>
> Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:
>
> Pena – reclusão, de (dois) a (quatro) anos.
>
> *• Art.218-B: Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.*
>
> Submeter, induzir ou atrair a prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilita-la, impedir ou dificultar que a abandone:
>
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 10 (dez) anos.

A violência sexual em crianças e adolescentes já tem ampla descrição e traz grandes consequências em aspectos emocionais, comportamentais, interpessoais, cognitivos, sexuais e físicos. A denúncia traz fundamentalmente um corte em seus vínculos afetivos, familiares e sociais.

Mesmo com o ato do abuso não sendo consumado, o psicológico da criança ficará abalado. Todo ato de abuso sexual viola o direito da criança e compromete o seu desenvolvimento e quando cometido por muito tempo as consequências são mais devastadoras. Esse trauma vivido faz a criança reviver a lembrança inúmeras vezes.

2- NORMAS LEGAIS A PROTEÇÃO AS VITIMAS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL

A Constituição Federal de 1988, faz uma advertência, dizendo que qualquer forma de abuso ou exploração de forma sexual será punida, oferecendo proteção ao menor, como previsto a seguir:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> [...]
>
> § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Dispõe no Artigo 5° de O Estatuto da Criança e do Adolescente:

> [...] nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dispondo também nos artigos 240 e 241 de O Estatuto da Criança e do Adolescente:

> [...] o ato de produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, assim como de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança e adolescente.

Mesmo estando previstas normas jurídicas que defendem o bom desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, vemos que no dia a dia dos brasileiros a realização de seus direitos parecem um pouco distantes.

Apesar de se ter a existência de nítida previsão legal a tutela jurídica da criança e do adolescente em face do abuso sexual, temos que no conjunto social o abuso e a exploração sexual infantil atingem índices assombrosos e alarmantes.

3- ABUSO SEXUAL INFANTIL COMO VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

A família é um ambiente de proteção e segurança onde a criança aprende suas normas, valores, culturas, experiencias emocionais e tem uma base de aprendizagem que facilita no processo de desenvolvimento de sua vida.

> "A vida familiar é a nossa primeira escola de aprendizagem emocional". ***Goleman, 1995***
>
> "Muitos pais têm filhos não para os amar e criar, mas porque querem servir-se deles como cobaias ou como satisfação sexual até." ***Patrícia, 14 anos (In Pedro Strecht, 2001)***

A violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes onde seus familiares utilizam de poder de dominação ou de satisfazer os seus desejos ou necessidades pessoais, nos quais acabam descarregando suas frustrações e desequilíbrios no ser mais desprotegido.

A maior incidência de abuso sexual infantil acontece dentro da casa da criança. Normalmente, o abusador, tem algum grau de parentesco com a vítima (pai, padrasto, tio, avô, padrinho). É alguém carinhoso, com grande demonstração de atenção e afeto e que conquista a confiança de todos em volta. Eles procuram ser muito queridos, agradam, se mostram prestativos. A aproximação começa com uma brincadeira, um presente, um carinho. Depois ele observa como a criança reage e as vezes até compartilha de segredos com ela, e depois disso pode surgir com ameaças.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quando o abuso é intrafamiliar, é comum que se encontre históricos na família, porém, não é uma regra, e não quer dizer que uma pessoa que foi agredida ou abusada na sua infância também cometerá abuso na sua vida adulta. Um grande fator é o medo presente no núcleo familiar, onde muitas vezes os sintomas da violência se passam despercebidos diante dos olhos dos conviventes. A violência sexual intrafamiliar é grave e merece atenção especial, pois é demonstrado claramente de como o conceito de família esta prejudicado.

4- SENTIMENTO DE AUTO CULPA DA VITIMA

Durante o abuso é possível que a criança ache normal o que está acontecendo, pois sempre viu seus responsáveis tocando suas partes intimas na hora da troca de fralda ou durante o banho. A criança tem uma inocência muito grande e pode não ver maldade e não ter entendimento da gravidade da situação, dependendo de sua idade, vai demorar um tempo para ela perceber as intenções maliciosas que são diferentes do toque carinhoso de sua mãe de quando cuida de sua higiene. Depois de um tempo no qual o abuso já pode vir acontecendo, com informações recebidas em sua educação, ela começa a descobrir a diferença de um toque correto, do que se pode e não pode fazer. Assim, começa seu comportamento passivo e ela se considera culpada, por ser a causadora ou participante ativa do abuso.

5- MEDO DE DENUNCIAR

Pressupõe-se que a violência sexual contra crianças e adolescentes é muito mais frequente do que anunciam os dados de pesquisas estatísticas, consequente pelo silencio das vítimas, justificado pelo medo e pela vergonha que elas sentem, sem saberem como lidar com a situação, e muitas vezes por demorarem muito tempo para fazer a denúncia, o que contribui para o mascaramento da verdadeira realidade.

Muitas vitimas tem medo de se expor e confiar em alguém para relatar o abuso.

Em muitos casos, a vitima se cala, por medo e por muitas vezes o abusador a ameaçar, eles utilizam da dificuldade de entendimento, principalmente quando a criança ainda é muito pequena, a confusão que se cria dentro dela funciona como um obstáculo que a impede de procurar ajuda.

Tabajaski, Paiva e Visnievski, explicam:

> *"Essa confusão muitas vezes é reforçada pelas ameaças do abusador, que frequentemente afirma que*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> *a criança será responsável pelas consequências que possam ocorrer caso ela rompa com o silêncio, revelando a situação abusiva. Assim, os sentimentos de culpa pela ocorrência do abuso, associados ao medo de ser responsabilizada por danos potenciais decorrentes da revelação, contribuem para a manutenção da situação abusiva e perpetuação do silêncio." (Tabajaski,Paiva eVisnievski, 2010, p. 59).*

Na maioria dos casos, o abuso dura por muito tempo pois as ameaças são usadas para fortalecer o sigilo da criança, consequência da repetição das situações abusivas.

6- PAPEL DA FAMÍLIA PARA O AMPARO COM A VITIMA

O amparo e força da família com a criança ou adolescente vitima é fundamental depois da descoberta do abuso. Na maioria dos casos são as mães/avós que são as mais presentes para dar o colo e proteção para a criança, pois é ela quem precisa aprender a lidar com a situação do abuso sofrido pela vítima. Se a reação do protetor for negativa, está reação pode ser mais danosa do que a própria violência. Por se tratar de uma situação muito difícil em que ninguém sabe lidar e nem imagina como se passar, os familiares da criança vítima, precisam também de apoio e orientação para se fortalecer e conseguir ajudar a criança.

Há um grande sofrimento por parte da mãe, pois ela se sente traída por ter confiado em quem abusou de seu filho e também se sente culpada por não ter enxergado e não ter conseguido proteger a criança do abuso. A relação da mãe com a criança abusada passa por grandes transformações, nem sempre positivas, pois o tempo todo que está com a criança ela se recorda da fase do abuso, o que aumenta cada vez mais sua culpa e frustração.

Mas, infelizmente, em muitos casos também, a própria família da criança vitima não sabe lidar com a situação e acaba não lhe protegendo e até mesmo julgando a própria criança ou adolescente por ter culpa no ato, não dando suporte e proteção algum para a vítima. Nesses casos, quando já se esgotaram, todas as possibilidades de chances de apoio da própria família e os protetores diretos da criança não tem mais condições nenhumas de cuidar dela, o serviço social vai em busca de algum outro parente, e se mesmo assim não houver ninguém que possa proteger a criança e ela permanecer sendo vítima, o serviço social faz o pedido de acolhimento ao juiz da vara da infância e da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

juventude. Esse acolhimento pode acontecer por meio de abrigos ou famílias acolhedoras (provisórias). Adoções também podem ser intermediadas pelo Poder Judiciário.

7- CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, a violência e abuso sexual infantil é um fato muito frequente e real em nossa sociedade e infelizmente seus dados percentuais estão cada vez maiores. São marcas deixadas por toda a vida, de um ato cruel e doloroso, que além de afetar fisicamente a criança, destrói tudo de mais puro e digno que ela possui. É certo afirmar que o abuso sexual não escolhe classe social e consiste também em um problema social, político e familiar e independe do nível cultural dos envolvidos, bem como, na maioria das vezes, vem a acontecer de uma situação "transgeracional". A uma grande situação problema diante da violência sexual infantil intrafamiliar, devido à maior incidência de os abusadores serem os próprios familiares da criança, o que mostra grande fragilidade da instituição familiar. Quando abusada por um dos membros de sua família a criança ou adolescente vê destruir diante de si toda a concepção de família e civilização. Além de grave lesão física e psicológica, um dos principais problemas encontrados em muitas situações de abuso sexual infantil é a dificuldade em declarar que foi vitima do abuso, dentre as barreiras encontradas pela vítima se tem o medo, a dificuldade em se comprovar a denúncia, o sentimento de culpa, a falta de credibilidade no sistema jurídico, e muitas vezes, isso pode resultar na angustia e no silencio da vítima. Tirar o véu do preconceito, encarar o problema de frente e começar a compreender tal fenômeno da violência sexual contra criança e adolescente são os primeiros passos para serem tomados para a solução do problema. De um outro lado, recorrer, a esforços por parte dos poderes públicos e privados, como conselho tutelar, profissionais da saúde e da educação, ministério público e ter um elo entre os familiares da vitima e a sociedade ajudam na identificação e no processo do combate ao abuso sexual. Busca-se como grande desafio proteger a criança e o adolescente e fazer com que seus direitos sejam respeitados, de modo, que possam, ter uma infância digna, fazendo-se, necessário, uma maior atuação do Estado e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

SANDERSON, C. **Abuso sexual em crianças**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BALLONE GJ – **Abuso Sexual Infantil**. In. PsiqWeb. Disponível em: Acesso em 10 de janeiro de 2019.

MORALES, Álvaro; SCHRAMM, Fermin Schramm. **A moralidade do abuso sexual intrafamiliar em menores**, 2002. Disponível em. www.scielo.br/pdf/csc/v7n2/10246.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GABEL, M. (1997). **Crianças vítimas de abuso sexual.** Grupo editorial Summus.

NUNES, Marco Aurélio. **Depoimento sem dano: ouvindo a criança de forma a evitar mais traumas. Ministério Público do Estado do Espírito Santo,** 2008.

Lei nº 8.036/90, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br> Acesso em 11 de janeiro de 2019.

Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes; Disque Denúncia Nacional de Abuso e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes: DDN 100: Disponível em: http://www.prac.ufpb.br/copac/escolaqueroprotege/documentos/FEPETIPB_241110/FEPETIDD.pdf Acesso em: 10 de Janeiro 2019.

SANTOS, V. A. **Projeto-piloto centro de referência para violência sexual contra crianças e adolescentes**. Brasília: Vara da Infância e Juventude, 2007. No prelo.

---

2 http://lattes.cnpq.br/4428702481856069

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A UTILIZAÇÃO DA CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL NA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA

RAFAEL HENRIQUE FRATI: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA[1]
(Orientador)

RESUMO: Atualmente, o crime vem tomando proporções inestimadas, gerando forte preocupação tanto para a sociedade como para os legisladores e aplicadores do direito e da Segurança Pública. Sendo assim, necessário se tornou o estudo da criminologia. A presente pesquisa busca apresentar o estudo da criminologia de forma avançada, com medidas capazes de acautelar a sociedade, com atuação direta através de Agentes de Segurança Pública. Sendo assim, serão apresentados diversos posicionamentos quanto a aplicação da criminologia na sociedade como forma de reprimenda, estudando a mente criminosa e buscando amenizar de alguma forma a imagem policial, através de medidas não tão drásticas e coercitivas. Também o presente trabalho trará apontamentos da Secretária de Segurança Pública, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, as medidas utilizadas para reprimir o crime tendo em vista a utilização da criminologia, os treinamentos e toda a preparação para atuar ante aos desafios de entender a mente criminosa. Além disso, o tema proposto tem por objetivo atentar a sociedade, bem como as Unidades da Secretária de Segurança Pública, para a necessidade de se aprofundar nos estudos atinentes à mente humana, a fim de que possa de uma forma não invasiva, amenizar crimes e reintegrar o criminoso de forma segura na sociedade.

Palavras-Chave: Criminologia. Segurança. Crime. Criminoso. Polícia**.**

ABSTRACT: Currently, crime has been taking on inestimated proportions, generating strong concern for both society and legislators and enforcers of law and Public Security. Thus, it became necessary to study criminology. The present research seeks to present the study of criminology in an advanced way, with measures capable of protecting society, acting directly through Public Security Agents. Thus, several positions will be presented regarding the application of criminology in society as a form of reprimand, studying the criminal mind and seeking to soften in some way the police image, through measures not so drastic and coercive. The present work will also include notes from the Secretary of Public

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Security, jurisprudential and doctrinal positions, the measures used to repress crime in order to use criminology, training and all the preparation to deal with the challenges of understanding the criminal mind. In addition, the purpose of the proposed theme is to make society and the Public Security Secretary Units aware of the need for a thorough study of the human mind so that it can non-invasively, reintegrate the criminal in society.

Keywords: Criminology. Safety. Crime. Criminal. Police.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Apontamentos acerca da Criminologia e Política Criminal; 2. A Criminologia frente ao Índice de Crimes no Brasil; 3. A Criminologia e a Política Criminal em Diversas Áreas de Atuação; 3.3. A Criminologia e a Política Criminal no Direito Penal; 3.2. A Criminologia e a Política Crimina na Lei de Execução Penal; 4. A Criminologia e a Política Criminal na Área de Segurança Pública; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Tem-se que o Estado Democrático de Direito, possui o "dever de punir", sendo este o principal vilão de uma vasta irregularidade e ilegalidade de prisões. De um lado temos o Estado punindo, de outro a Política Criminal sendo desvirtuada e neste meio, o Direito Penal, o *ius puniendi*, servindo como redação e execução de penas, ensejando, assim, na maioria das vezes, prisões desnecessárias, gerando a superlotação nos presídios brasileiros.

A Política Criminal, segundo Jímenez de Asúa:

> *"É um conjunto de princípios fundados na investigação científica do direito e da eficácia da pena, por meio dos quais se luta contra o crime, valendo-se não apenas dos meios penais, mas também dos de caráter assegurativo**[2]**".*

Ainda, como constam dos ensinamentos dos Mestres Zaffaroni e Pierangeli:

> *"A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela, o que implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos**[3]**".*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na realidade, a Política Criminal se vale de um conjunto de medidas protetivas e cautelares, com a finalidade de evitar, ao máximo, o cometimento de crimes, bem como, se cometidos, reprimi-los. Ainda, temos que tal ciência, se assim pode ser considerada, possui o caráter de evitar a elaboração de mais instrumentos normativos, buscando combater o crime, com medidas administrativas, alcançadas mediante estudos e apresentações estratégicas de maneiras práticas e eficazes cedidas e aplicadas pela própria sociedade.

A prática da aplicação da Política Criminal, diverge da teoria, uma vez que, quando um crime é cometido, o Estado, com o dever de punir, atribui ao legislativo a competência de criar novas leis, mais severas para punir, castigar o sujeito, se esquecendo, na maioria das vezes, que as punições em si, não diminuem o crime.

A Política Criminal, está inserida entre o cometimento do crime, o Estado e aplicação do Direito Penal, como fonte amenizadora e diversa da atribuição do Poder Judiciário e Legislativo com a criação de novas leis, ou agravamento de instrumentos normativos já existente.

Os roubos que aconteciam nas avenidas e praças de São Paulo no ano de 2003, segundo a Secretária de Estado da Segurança Pública[4] teve um aumento significativo de 10,27% entre o primeiro e o terceiro semestre, e após o aumento da iluminação pública com a aprovação do projeto do Estado de São Paulo em parceria com a Eletropaulo, os índices de roubos diminuíram em 63%.

Isso, porque, antes mesmo de se criar uma lei, para agravar a pena de roubo, foram aplicadas medidas de política criminal, com a finalidade precípua de EVITAR o crime.

Ocorre que, poucas são as vezes em que o Estado abre espaço para a atuação de Políticas Criminais, determinando de imediato, a criação e aplicação de leis severas, gerando, assim, o encarceramento em massa e consequente superlotação do sistema prisional.

A superlotação é um tema que muito preocupa a sociedade, bem como estudiosos e defensores dos Direitos Humanos, tendo em vista que o número de prisões ilegais, desnecessárias e temporárias cada dia que passa mais cresce, violando o principio da dignidade humana, bem como a presunção de inocência,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

que se tornou banalizada no Estado onde punir, castigar, vale mais que ressocializar e ensinar.

Tanto a Política Criminal como a Criminologia em si, são de importante introdução nos anais da sociedade, uma vez que ao aplicar métodos diversos da prisão e da reprimenda normativa, tanto a sociedade como o próprio criminoso estarão protegido.

A reprimenda normativa, como dados recentes da Secretária de Segurança Pública relata os índices absurdos de prisões e o aumento significativo de crimes.

Agora uma pergunta que se pode fazer: realmente a criação e aplicação de penas mais severas está sendo eficaz e suficiente para reprimir o crime? Ou outras medidas podem ser utilizadas?

A criminologia não faz parte da grade escolar desde ensinos médios como superiores, mas de grande valia, quando estudada e aprofundada em estudos específicos, como treinamentos para sua aplicação.

Não se deve deixar de lado a criminologia, por considera-la apenas uma ciência, mas sim como um meio de conhecer a mente do criminoso, as ideologias do crime, as intenções com sua prática e principalmente ser utilizada para prevenir o crime.

Atualmente, tornou-se essencial o estudo da criminologia em diversas áreas de atuação, principalmente àqueles que se encontram envolvidos com o sistema prisional, podendo utilizá-la como forma de reintegração do egresso na sociedade após a extinção de uma pena ou progressão de um regime.

Os responsáveis por esses sistemas prisionais e de reinserção do egresso na sociedade, devem interpretar o crime e o criminoso de forma avançada, sem prejulgamentos sobre a modalidade de delito cometido e sim, com a mente voltada para a aplicação de uma política pública capaz de se adequar ao contexto criminológico em comento.

Os agentes que estudam a criminologia em si, buscam mapear as zonas em que mais crimes são cometidos e aprofundar seus estudos nos motivos norteadores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que ensejam suas práticas, sendo capazes de reconhecer os pontos principais para garantir a segurança pública.

São estudos minudentes acerca do crime e criminoso, buscando através de dados, identificar a necessidade da região em que os delitos são cometidos com maior frequência a fim de reduzir essas taxas e gerar a paz social.

Não se confunde Política Criminal com Criminologia, sendo que a primeira diz respeito a atuação direta no controle social, com a finalidade de trabalhar estratégias e meios para prevenir o crime e sugerir reformas na legislação normativa, já a segunda é considerada como a ciência que estuda o crime, o criminoso, a vítima e o comportamento social.

Considerada, ainda, como uma ciência-causal, que busca não só disciplinar o crime, mas sim aprofundar seu estudo em buscar as origens, razões e a forma como o delito se exterioriza.

Podemos dizer que a criminologia está inserida na Política Criminal, uma vez que após serem estudadas as raízes, motivações, personalidades e comportamento social daquele que praticou qualquer delito e da pessoa ao qual recaiu a conduta criminosa, busca-se através da Política Criminal, trabalhar métodos eficazes para prevenir que novos crimes dessa modalidade possa ocorrer, bem como medidas alternativas para que a lei penal em si não seja alterada.

Sendo assim, o presente estudo contará com o estudo duplo dessas duas espécies de ciência, utilizada para garantir a Segurança Pública.

1.APONTAMENTOS ACERCA DA CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

Etimologicamente, a palavra criminologia deriva do Latim, rimino ("crime") e do grego logos ("tratado" ou "estudo"), seria, portanto o "estudo do crime"[5], e significa, segundo o Wikipédia (enciclopédia livre):

> *"é o conjunto de conhecimentos a respeito do crime, da criminalidade e suas causas, da vítima, do controle social do ato criminoso, bem como da personalidade do criminoso e da maneira de ressocializá-lo**[6]**".*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Nucci a criminologia *"É a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta[7]".*

Nestor Sampaio, conhecido Delegado de Polícia, disserta que:

> *"Pode-se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada na observação e experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e o controle social das condutas criminosas. A criminologia é uma ciência do "ser", empírica, na medida em que seu objeto (crime, criminoso, vítima e controle social) é visível no mundo real e não no mundo dos valores, como ocorre com o direito, que é uma ciência do "dever-ser", portanto normativa e valorativa[8]".*

Em 1883, o antropólogo francês Paul Topinard foi o primeiro a utilizar esta terminologia para designar essa teoria. Mas a palavra só foi sustentada internacionalmente em definitivo em 1885, por Raffaele Garofalo, com a publicação da obra "Criminologia".

A criminologia surgiu para tentar explicar a origem do delito, utilizando-se de métodos naturais e etiológicos e, um dos estudiosos mais conhecidos que passou a ser considerado o "Pai da Criminologia", foi Cesare Lombroso.

Cesare, judeu nascido em 1835 em Verona, na Itália, aos dezoito anos, passou a cursar medicina pela Universidade de Pavia, formando-se cirurgião pela Universidade de Genova, em 1959.

Durante sua vida escolar, Lombroso, discordou piamente da filosofia naturalista, predominante à época liderada pela Escola Clássica do livre arbítrio. Contrario ao posicionamento da Escola Clássica, passa a sustentar o determinismo da Escola Positivista, que buscava materializar fatos determinantes e não naturalísticos das gerações anteriores.

Após formar, Cesare se voluntaria como médico do exército, sendo daí que surgem os primeiros estudos de sua teoria sobre o criminoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Durante este período, Lombroso estudou mais de três mil soldados como o intuito de apontar as principais diferenças físicas entre os habitantes da Itália, tecendo assim, suas primeiras considerações acerca da criminologia, ao estudar as tatuagens, considerando-as características típicas de criminosos.

No final do século XIX, onde havia uma exaltação das ciências naturais e o apogeu do positivismo filosófico, buscando, na realidade, trazer as ideias do método das ciências naturais às ciências humanas e sociais.

Diferente do posicionamento naturalístico, o positivismo entende que a sociedade é gerada por um conjunto de fatos determinados, cabendo à ciência a tarefa de explicar, com base na causalidade, como esse determinismo se manifesta na humanidade.

A divulgação da teoria da evolução de Charles Darwin, nesta mesma época, tornou-se fundamental para o desenvolvimento do conceito de "Atavismo" por Lombroso. Foi dentro desta teoria, que Lombroso, estudou, fundamentou, trabalhou, pesquisou e desenvolveu um corpo de teorias médicas, clínicas e psiquiátricas acerca do criminoso, estudando-o direta e indiretamente.

Cesare Lombroso passou a pensar que o problema da criminalidade, estava nos criminosos e a partir deste pensamento, escreveu um dos livros mais famosos do mundo criminológico, "L'Uomo Delinquente", ou O Homem Delinquente.

Neste livro, buscou fazer diferenciações físicas de criminosos, com homens comuns, o que os tornavam menos evoluídos que outras pessoas.

Suas teorias acerca destas diferenciações físicas, se deu através da autopsia realizada em um criminoso chamado Giuseppe Villella, encontrando algumas similaridades que o diferenciavam de diversos povos, essa condição encontrada em Giuseppe, fez com que Lombroso, considerasse os criminosos como seres atávicos, ou seja, menos evoluídos, pertencentes à civilizações anteriores.

Em estudos posteriores em diversos outros criminosos, mesmo sem encontrar uma caraterística definitiva e determinante, Cesare Lombroso considerava que todos os criminosos possuíam algo que os diferenciavam, como cérebros menores

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

ou deformados, pessoas altas e pesadas, com pele, olhos e cabelos escuros, orelhas grandes, mandíbulas exaltadas e com menor sensitividade a dor.

Seu posicionamento após o Holocausto passa a não ter fundamentação plausível, uma vez que a ideia de que existe um crime natural, para além de uma ficção jurídica, apenas serviu de estudos para as Escolas Positivistas Italiana, além de não ser consideradas características convincentes e fundamentadas, apenas estudos do período em que vivia, uma vez que havia a rotulação daqueles que eram considerados criminosos, ante ao racismo da época.

Na atualidade, podemos conceituar a criminologia como a ciência autônoma, empírica por ser criada a partir da observação, não da indução, extraindo conclusões definitivas e diretas do crime, bem como interdisciplinar, dialogando de forma direta com outras áreas/ciências, uma vez que mesmo autônoma, dá corpo/sentido à estas.

Sendo assim, pode-se concluir que este conjunto de ciências e objetos servem para estudar o crime, criminoso, vítima e o controle social, englobando as causas da conduta criminosa.

Ressalta-se, por oportuno, que a função da criminologia é coletar informações sobre a problemática do crime, empregando-as de forma a contribuir para o entendimento de sua natureza e auxiliando de modo decisivo para as formas de controle e prevenção do crime, ou seja, para a Política Criminal.

Além disso, estuda a ciência biológica e psicológica, tendo em vista o índice elevado de pessoas/criminosos com desvio de personalidade, desvios de conduta por dificuldades biológicas e mentais, bem como estudos de como a sociedade se comporta diante a conduta criminosa e o tratamento do criminoso.

Como o índice de crimes cada vez mais se eleva, não basta para se compreender o criminoso estudos científicos e sim, buscar auxílio de métodos estatísticos e geográficos, para determinar com precisão as causas da criminalidade.

A Política Criminal, por sua vez, é considerada um método, ideologia do Governo para tratar o criminoso, podendo ser tratada também como um ramo da criminologia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Muito se discute sobre a aplicabilidade da Política Criminal no Brasil, uma vez que medidas legislativas são tomadas com a finalidade de aumentar a tipificação do crime e suas penas, se esquecendo da real necessidade, prevenir sua ocorrência.

São penas e tipificações errôneas, muitas das vezes sem necessidade, gerando, por consequência, prisões desnecessárias e por sua vez, agravando o quadro do sistema prisional que assola o Brasil, com a superlotação.

Podemos concluir, que a criminologia e a Política Criminal estão intrinsecamente ligadas uma a outra, sendo de fundamental importância o estudo cumulativo de ambas para se chegar a um conceito de crime, as causas do mesmo e as medidas eficazes a serem utilizadas a fim de prevenção.

2.A CRIMINOLOGIA FRENTE AO ÍNDICE DE CRIMES NO BRASIL

Até junho de 2016, segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil possuía uma população prisional com cerca de 726.712 presos, incluindo o sistema prisional estadual, as carceragens de delegacias e sistemas prisionais federais. Possuindo, um déficit de vagas de 358.663[9].

Entre o ano de 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou cerca de 157% na Federação Brasileira.

Ainda segundo Levantamento Penitenciário realizado no ano de 2016, as modalidades que mais prendem no Brasil, sejam tentados ou consumados, condenados ou aguardando julgamento, são os crimes contra o patrimônio atingindo 278.809 pessoas encarceradas, onde o roubo qualificado (157, §2º) atinge a somatória de 102.068 detentos.

Ainda, crimes relativos à legislação especial, especificamente os relativos à Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), com um numerário de 176.691 pessoas presas e, os crimes contra a pessoa, num índice de 84.686, onde os homicídios qualificados (121, § 2º) sobressai com um total de 37.907 pessoas presas[10].

O tráfico de drogas atinge 30% dos registros de pessoas presas no sistema federal, ficando atrás apenas o roubo com 21% e homicídios com 16%[11].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Os Estados da Federação que mais possuem uma população carcerária é São Paulo, Minas Gerais e Paraná, conforme o gráfico 2, do Levantamento Penitenciário-DEPEN de 2016[12].

O Estado de São Paulo possui 240.061 pessoas encarceradas, atingindo 33,03% de toda a população carcerária, ainda, Minas Gerais conta com 68.354 pessoas, num índice de 9,40% e o Estado do Paraná possui 51.700 presos num percentual de 7,11%.

Em 28 de abril de 2019, o G1 (Site de notícias da Globo), fez um levantamento sobre o sistema prisional, ao qual detectou que o Brasil hoje possui 704.395 presos e, se forem considerados os presos em regime aberto e os encarcerados em delegacias o número atinge 754.200 presos, tal índice coloca o Brasil no ranking dos países que mais prendem no Mundo, ficando em 26ª colação em uma lista de 221 países estudados e na 3ª posição entre os maiores países, ficando atrás apenas China e Estados Unidos.

Ainda, de acordo com o Site G1, os Estados que mais se destacaram com prisões, foram Acre (897 prisões), Espirito Santo (580 prisões) e Mato Grosso do Sul (575 prisões), levando-se em consideração, presos a cada 100 mil habitantes[13].

A justificativa do Diretor-Presidente do Instituto de Administração Penitenciária do Acre, gira em torno da disputa entre facções pela fronteira, gerando um índice elevado de prisões.

Segundo o mesmo:

> *"O problema é que o crime organizado encontrou uma mão-de-obra ociosa. Cerca de 70% dos presos são jovens, de 18 a 29 anos, com baixíssima escolaridade. São pessoas que não tinham perspectiva de vida e foram tragadas pelo crime. Ou seja, há uma população em vulnerabilidade social e que sofre um assédio das facções criminosas".*

Ainda,

> *"O estado precisa focar na área social. O desafio é fomentar a construção civil, a industrialização, a geração de emprego e renda, para tentar remediar isso. A gente também*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tem trabalhado para oferecer educação aos presos e ampliar os acordos para capacitação profissional, dando uma alternativa a esses jovens."

O próprio diretor-presidente da Administração Penitenciária apontou medidas/politicas criminais diversas para a redução desse índice, através do foco na área social pelo Governo.

A maior parte dos Estados brasileiros possuem politicas criminais determinadas através de Resoluções ou Leis Estaduais a serem aplicadas, conforme supramencionado, ocorre que, o Poder Legislativo, bem como o Poder Executivo a depender do caso, ao editar tal medida, muitas das vezes juntamente ao Poder Judiciário determina a aplicação de leis mais severas com penas maiores, acreditando ser mais coerentes ao caso, se esquecendo que politicas criminais firmes e precisas podem ser, na maior parte dos casos, a solução para a redução da criminalidade.

Hoje, leis são criadas com a mentalidade de que "quanto maior for a pena de determinado crime, menos criminosos irão comete-lo", ledo engano, continuarão cometendo tais delitos e, consequentemente agravarão mais os índices prisionais. É aí que a política criminal deve entrar.

Quando um crime é cometido, a criminologia atua com a função precípua de determinar os motivos pelo qual o sujeito praticou tal delito, as circunstâncias do local, o histórico do agente criminoso e da vítima, qual mensagem o mesmo tentou passar com a prática do crime, seus antecedentes, o meio social que frequenta. Após estes estudos, a política criminal entra em ação, é através dessas determinações processadas pela criminologia que os agente atuantes da Política Criminal determinarão quais medidas devem ser tomadas, em quais circunstâncias e quais os melhores meios para se obter a repressão do crime, contendo o criminoso e prevenindo que mais crimes desta espécie e demais sejam cometidos.

A política criminal junto da criminologia se interliga com um único objetivo, estudar o criminoso, para que medidas possam ser tomadas a fim de que o índice de crimes caia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

3.A CRIMINOLOGIA E A POLÍTICA CRIMINAL EM DIVERSAS ÁREAS DE ATUAÇÃO

A interdisciplinaridade é uma das características principais da Criminologia, ainda, deve-se ater para outras ciências, sendo as jurídico-repressivas, qual seja o direito penal, estudando o comportamento da vítima e do criminoso em sociedade positivado no artigo 59 do Código Penal, o processo penal para formalização procedimental e a política criminal, recebendo todo o trabalho realizado em torno da figura do criminoso, tornando-a uma ciência com a finalidade de estudar o crime e suas circunstâncias para tentar diminuir o crime.

Além disso, a interdisciplinaridade atinge campos da sociologia, filosofia e principalmente da psicologia aprofundando os estudos sobre a mente criminosa e suas peculiaridades.

Insta ressaltar, por oportuno, a aplicação destes institutos na Execução Penal, positivado na LEP (Lei de Execuções Penais), uma vez que é nesse momento que os agentes da Segurança Pública atuam, com a finalidade precípua de reintegrar o egresso em sociedade, garantindo a inviolabilidade de seus direitos fundamentais, qual seja da dignidade da pessoa humana.

3.1. A CRIMINOLOGIA E A POLÍTICA CRIMINAL NO DIREITO PENAL

O direito penal é entendido como uma disciplina jurídico-normativa que reflete a conduta criminosa repudiada pela sociedade.

Segundo Franz von Liszt: *o direito penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência*[14]

Ainda, para Juarez Cirino: *o direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes,* comina *penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas.*[15]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O direito penal em si é considerado uma ciência de repressão social ao crime, aplicando regras/punições àqueles que cometeram determinado ato considerado delituoso.

O artigo 59 do Código Penal dispõe acerca dos requisitos para a dosimetria da pena do sentenciado, para fins de individualização, já o processo penal para formalização procedimental.

> *Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).**[16]***

Todos os requisitos mencionados no artigo supramencionado referem-se ao estudo criminológico realizado acerca do agente criminoso. É através destas pesquisas que o magistrado consegue identificar a real causa da conduta delituosa, bem como as causas que levaram a sua prática.

Com o estudo da personalidade do agente, o magistrado tem total discernimento da medida a ser aplicada, uma vez que, levando-se em consideração as reações biopsicológicas de cada delinquente, pode-se determinar se deverá ser aplicada pena ou medida de segurança.

Além disso, no momento em que a criminologia atua para estudar o comportamento da vítima e os motivos que circunscreveram a pratica do crime, considera-se o caráter biológico, social, natural das pessoas e se praticaram condutas relevantes que fizeram com que tal conduta criminosa ocorresse.

Destaca-se a importância de tal estudo criminológico acerca do crime, criminoso e vítima, para que a pena não tenha caráter apenas punitivo e sim ressocializador.

O direito penal e a criminologia devem atuar conjuntamente, para que o Estado possa aplicar uma política criminal, capaz de prevenir e reduzir a prática de crime em determinadas regiões, sendo assim, a política criminal, recebe todo o trabalho que o criminoso realizou, tornando-a uma ciência com a finalidade de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

estrategicamente estudar o crime e suas circunstâncias para tentar diminui-lo, como preceitua a parte final do artigo referido acima. Tudo gira em torno de um só resultado: a prevenção do crime.

Suponhamos: uma conduta típica, ilícita e antijurídica é cometida, a criminologia de pronto atua para estudar as circunstâncias em que foi cometido o crime, o criminoso, a vítima, por sua vez o Estado através de políticas criminais se utilizam de medidas diversas e administrativas para prevenir o crime e quando não alcançam tal objetivo, o direito penal ao positivar leis, aplicam determinadas punições, a fim de não só punir, mas ressocializar o sentenciado.

3.2.A CRIMINOLOGIA E A POLÍTICA CRIMINAL NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Nos termos do artigo 1º da Lei de Execuções Penais nº 7.210/84:

> *"A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado"* ***[17]***.

Ainda, segundo preceitua tal instituto de execução penal, nos moldes do artigo 5º, os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução da pena, possuindo diversos procedimentos para tal determinação.

Serão realizados levantamentos por fiscais do serviço social, bem como através da Comissão Técnica de Classificação que elaborará programas de individualização da pena específicos a cada condenado ou preso provisório.

Serão realizados exames criminológicos nos condenados a pena privativa de liberdade, em regime fechado para sua classificação.

Ainda, nos termos do que dispõe a Lei de Execução Penal, mais especificamente no que positiva o artigo 9º:

> *"Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

I - entrevistar pessoas;

II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

III - realizar outras diligências e exames necessários".

No ano de 2016, segundo dados do DEPEN, os profissionais aptos na área da psicologia, psiquiatras e terapeutas que exerciam atividades no sistema prisional brasileiro era de 1.544 (um mil, quinhentos e quarenta e quatro), sendo 1.265 psicólogos, 194 psiquiatras e 85 terapeutas[18].

Além disso, os atendimentos médicos realizados no primeiro semestre de 2016 no Brasil referentes às consultas psicológicas totalizaram a somatória de 245.372, sendo que no Estado de São Paulo foram realizadas 71.236 consultas, em Minas Gerais 42.548 e no Estado do Paraná 3.986[19].

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete:

*"o comportamento social do indivíduo é resultante não só deu seu patrimônio hereditário, mas também de uma soma de experiencias, hauridas principalmente na infância, de permeio com o ambiente e a educação por ele recebida**[20]**".*

De outra banda, Manoel Pedro Pimentel afirma que:

*"o crime é resultante de uma soma de fatores, sendo assim uma estrutura complexa, e não o produto de uma causa e, assim, ao lado dos fatores individuais, tais como a hereditariedade, o temperamento, o caráter, a educação e outros, existe inegável influência dos fatores sociais, que a própria sociedade enquadra e desenvolve, por meio das pressões que exerce sobre os indivíduos**[21]**".*

Ainda, a Lei de Execuções Penais, garante a assistência ao preso, com a finalidade de prevenir que novos crimes ocorram e orientá-lo ao retorno à convivência em sociedade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Evidente através de todos os tópicos acima positivados na Lei nº 7.210/84 que o preso, seja ele condenado ou provisório, possui garantias legais acerca de sua personalidade, sendo que todo o conjunto de profissionais garantidores dessas garantias, possuem conhecimento especifico acerca da psicologia, sociedade, corpo humano, personalidade e do crime.

A partir do momento que o sujeito passa a integrar o sistema prisional, todo grupo de apoio, estuda seu comportamento a fim de determinar qual grau de periculosidade do agente, bem como quais medidas deverão ser tomadas para reintegrá-lo a sociedade de maneira segura, tanto a ele como à comunidade, garantindo assim a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana.

A criminologia atua não só durante o tramite processual, mas principalmente após a sentença penal condenatória, mantendo os estudos acerca do crime e do criminoso para que a política criminal aplicada dentro das penitenciárias possa ser eficaz e, cumprir o objetivo de prevenir que o mesmo pratique novos crimes após a saída da unidade.

Além disso, a Política Criminal através de estatísticas, estratégias e planejamentos, estudam a melhor forma de reintegrar o egresso em sociedade e principalmente, proporcionar à sociedade a sensação de segurança após a saída do condenado.

A criminologia clínica, por sua vez, atua com a finalidade de minimizar ou neutralizar os efeitos negativos do cárcere no indivíduo, além de promover uma adequada saúde mental do encarcerado e prepará-lo para retornar a sociedade.

A atuação da criminologia, direito penal, lei de execução penal e política criminal é conjunta, proporcionando medidas eficazes à prevenção de crimes.

4.A CRIMINOLOGIA E A POLÍTICA CRIMINAL NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA

O Estado tem a função substancial de garantir à sociedade a prevenção de crimes através de medidas e sistemas de política criminal eficientes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No ano de 2018, houveram 12 alterações significativas no Código Penal (Decreto Lei nº 2848/40), dentre elas, a mudança do termo "pátrio poder" por "poder familiar" no artigo 92, inciso II referente à condenação, além da inclusão do parágrafo 7º, inciso II do artigo 121, **acrescentando a majorante** se o cometimento do crime ocorrer em face de vítima portadora de doenças degenerativas que acarretam condições limitantes, bem como vulnerabilidade mental ou física a mesma, além disso, houve alteração no inciso III do mesmo artigo, quando a prática criminosa ocorrer na presença de ascendente, descendente e mudança no inciso VI, **aumentando a pena** em 1/3 se houver descumprimento das medidas protetivas de urgência nos crimes previstos na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

De outra banda, houve ainda a alteração no diploma legal referente aos crimes contra o patrimônio, mais especificamente no que concerne ao crime previsto no artigo 155 do Código Penal, **incluindo o parágrafo** 4-A, com a **qualificadora** do uso de explosivo durante o furto e parágrafo 7º**, qualificando** a subtração de substâncias explosivas ou acessórios que possibilitem sua montagem.

Quanto ao crime de roubo, positivado no artigo 157, houveram revogações e inclusões de redações legais. Revogou-se a previsão legal quanto ao uso de arma de fogo no crime, previsto no parágrafo 2º, inciso I, além da inclusão do parágrafo 2º, inciso II, **qualificando** o crime de roubo de substancias explosivas, como o previsto no artigo 155.

Incluiu-se o parágrafo 2-A no artigo 157**, majorando** o crime em 2/3 se for praticado com emprego de arma de fogo e houver violência ou grave ameaça e se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante emprego de explosivo ou artefato análogo.

Ressalta-se, por oportuno, **a majorante** do crime de roubo previsto no artigo 157, parágrafo 3º, relativo à violência ou grave ameaça.

Além disso, houveram alterações significativas nos artigos 168-A, 215-A, 216-A, 217-A, 218-C, 225, 226, 234-A.

Quanto às alterações previstas nos crimes sexuais, **incluiu-se o crime** de importunação sexual com pena de 1 a 5 anos, se não constituir crime mais grave; **criação do crime referente ao registro de intimidade sexual** com pena de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

06 meses a 01 ano e multa; inclusão do parágrafo 5º, no artigo 217-A, considerando desnecessário o consentimento da vítima para a pratica da conjunção carnal ou ato libidinoso diverso; **inclusão da tipificação relativo a divulgação de cenas de estupro**, de sexo ou pornografia com pena de reclusão de 01 a 05 anos, se o fato não constituir crime mais grave; **aumento** da pena de 1/3 a 2/3 se o agente mantinha vínculo afetivo com a vítima ou por sentimento de vingança.

Segundo reportagem disponibilidade no dia 12 de maio de 2019, no Domingo Espetacular na Record TV, a cada dois segundos uma mulher é assediada no Brasil e, a cada 29 segundos um crime sexual é cometido no interior de coletivos.

Em uma década, o Brasil se colocou em um índice superior ao da Europa com índice 30 vezes maior em homicídios, apenas em 2016, houveram mais de 60 mil mortes no País, segundo Atlas de Violência de 2018[22] .

Por outro lado, no ano de 2018, segundo reportagem disponibilizada no dia 27 de fevereiro de 2019, pelo site G1, as mortes violentas no Brasil tiveram uma queda de 13% comparado ao ano de 2017, considerada a maior redução dos últimos 11 anos no País.

Segundo a diretora executiva do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Samira Bueno:

> *"A análise da série histórica dos registros de crimes violentos letais intencionais indica que a redução verificada entre 2017 e 2018 é a maior já registrada, tanto se olharmos para o número de casos como para a taxa. Essa é uma boa notícia e que merece ser comemorada, mas o desafio é compreendermos os motivos que levaram a redução destes crimes em tantos estados, alguns com quedas tão acentuadas (acima de 20%)*

Ainda,

> *O aumento expressivo da violência letal no ano de 2017 foi motivada em especial pela guerra entre facções criminosas e a crise no sistema prisional. Ainda que estes conflitos possam ter arrefecido, a redução em 24 unidades da federação mostra que outras dinâmicas devem ser verificadas.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> *É necessário produzir estudos capazes de avaliar e compreender os determinantes destas quedas em tantos locais distintos. Isso significa dizer que, se temos uma boa notícia, não podemos falar ainda de uma tendência. Vai ser necessário muito trabalho para garantir que este resultado se sustente nos próximos anos**[23]**".*

Para alguns pesquisadores, a queda significativa no índice de crimes cometidos no Brasil, ainda é uma incógnita, mas, para outros, tudo se resume a medidas de política criminal aplicadas em cada Estado da Federação.

No Acre, por exemplo, houve uma queda de 22,1% dos crimes cometidos, comparado aos anos anteriores, o que se justifica não pela criação de novas tipificações jurídicas, mas sim, de atuação da política criminal e cooperação de poderes repressores no Estado.

O Ministério Público Estadual do Acre, através de pesquisas aprofundadas e planejamento integrado à Polícia do Estado, quase que em tempo real editou medidas a serem aplicadas para ajustar a atuação policial com as necessidades do local estudado, garantindo, assim, uma ideia de maior segurança pública à sociedade acreana.

O Estado de Minas Gerais possui um Conselho de Criminologia e Política Criminal sendo aplicado, com o objetivo de valorizar o homem na sua condição de detento ou sentenciado, recolhidos em penitenciárias do Estado. Além disso, busca atingir metas de integração e ressocialização do recluso ao meio social e familiar de acordo com as normas estabelecidas na Lei de execução penal traçada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça.

No que tange a Lei de Execução Penal Estadual nº 11.404/94 as medidas a serem tomadas são de competência do CCPC (Conselho de Criminologia e Política Criminal), sendo:

> *De acordo com o art. 160 da Lei de Execução Penal Estadual n° 11.404/94, compete ao Conselho de Criminologia e Política Criminal:*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> *I - formular a política penitenciária do Estado, observadas as diretrizes da política penitenciária nacional;*
>
> *II - colaborar na elaboração de plano de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades das políticas criminal e penitenciária;*
>
> *III - promover a avaliação periódica do sistema penal para sua adequação às necessidades do Estado;*
>
> *IV - opinar sobre a repartição de créditos na área da política penitenciária;*
>
> *V - estimular e desenvolver projeto que vise à participação da comunidade na execução da política criminal;*
>
> *VI - representar à autoridade competente, para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, visando à apuração de violação da lei penitenciária e à interdição de estabelecimento penal;*
>
> *VII - fiscalizar os estabelecimentos e serviços penitenciários para verificação do fiel cumprimento desta lei e da implantação da reforma penitenciária;*
>
> *VIII - elaborar o plano de ação do Conselho e o programa penitenciário estadual**[24]**.*

Já no Estado do Paraná, a GAESP (Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública- MPPR), que teve início em 2016, foi criada pela Resolução nº 0550/2018[25], conduzido pela Equipe do CaopCrim, com o objetivo de aprimorar, reforçar e especializar a atuação do Ministério Público na tutela da segurança pública, buscando a redução da criminalidade e violência no estado do Paraná e por soluções de políticas públicas da área estadual.

> *"Com foco numa atuação pautada em diagnósticos, planejamento, monitoramento e fiscalização das políticas de segurança pública, o Grupo atua de forma prioritariamente proativa, desenvolvendo diretrizes voltadas a uma maior efetividade na prevenção e repressão à criminalidade, zelando pela probidade administrativa da atuação policial e dos*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

demais órgãos de segurança pública, bem como pela maior eficácia e resolutividade investigatória" ***[26]***.

E, no Estado de São Paulo, foi publicada a Lei Estadual nº 7.634 de 10 de dezembro de 1991, ao qual dispõe sobre a Competência e Composição do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Estado, sendo que de acordo com o artigo 3º, incumbe aos membros do Conselho o seguinte:

Artigo 3º - Ao Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária incumbe:

I - cumprir e fazer cumprir as diretrizes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;

II - assessorar o Secretário da Segurança Pública na execução da política criminal e penitenciária do Estado e na harmonização das atividades dos vários órgãos nela envolvidos;

III - propor as diretrizes da política estadual quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

IV - cooperar na elaboração dos planos estaduais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;

V - promover a avaliação periódica dos sistemas criminal e penitenciário para a sua adequação às necessidades do Estado;

VI - estimular e apoiar a pesquisa criminológica;

VII - sugerir regras sobre a arquitetura e a construção de estabelecimentos penais;

VIII - promover inspeções nos estabelecimentos penais e informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, sobre o desenvolvimento da execução penal, propondo às autoridades dela incumbidas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

a) as medidas necessárias ao aprimoramento da execução penal;

b) a instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas relativas à execução penal;

c) a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal;

IX - colaborar com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mantendo-o informado de suas atividades;

X - propor à autoridade competente a celebração de convênios para a consecução de seus objetivos.

*XI - zelar pelo respeito aos direitos e garantias individuais do preso**[27]**.*

Ainda, insta acrescentar, que em Santa Catarina, com a atuação da Polícia Militar ao investir em câmeras corporais instaladas em suas fardas, bem como a aquisição de tablets de registro de ocorrência, ainda programas de vizinhança que utilizam o aplicativo social WhatsApp para se comunicarem em tempo real quando da ocorrência de crimes, atingindo mais de 100 mil pessoas e principalmente mapeamento de rotas e zonas de risco com possível entrada de armas e drogas, o Estado atingiu uma queda de 22,1% comparado aos anos anteriores, quanto aos crimes cometidos até então.

Já, no Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul, Estados onde a segurança pública estava em crise frente aos crimes prisionais cometidos no ano de 2017, medidas de cooperação municipal e estadual fez com que os referidos estados federativos atingissem de 19 % a 18,3% de queda em relação ao ano anterior. Foram medidas do governo federal e programas de prevenção como o Programa de Oportunidades de Direito (POD), que fez com que houvesse o investimento na criação de áreas integradas entre a Polícia Civil e a Brigada Militar dos Estados, garantindo uma maior flexibilidade na redução de crimes.

Podemos citar evolução importante ocorrida na cidade de Fernandópolis, interior do Estado de São Paulo, onde a Associação de Amigos, em parceria com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Polícia Civil e Militar, bem como com a ACIF (Associação Comercial e Industrial de Fernandópolis) e Prefeitura Municipal da cidade, implantaram 16 câmeras de monitoramento e vigilância na cidade toda, nas principais zonas de fluxo de veículos, com a finalidade de identificar possíveis veículos produto de furto ou roubo reconhecidos pelas placas[28].

São essas e outras medidas adotadas em todo território nacional que possibilita à sociedade a sensação de segurança e a garantia de que meios estão sendo utilizados para prevenir o crime.

A redução de crimes entre um ano e outro no Brasil, apenas se fez presente pelas políticas e cooperações de diversas áreas envolvidas com a Segurança Pública, tendo em vista que quase todas as atuações foram direcionadas a fortalecer e estabelecer nortes de ações positivas a combater o crime. Além disso, os órgãos que fazem partes desses sistemas de reeducação política-criminal, analisam estruturas já existentes na Segurança Pública, percebendo onde há a vulnerabilidade e indícios de regiões mais ou menos propícias à criminalidade, proporcionando um trabalho contrário à positivação de lei, mas sim para um preparo e garantias socioeducativas, assegurando condições aptas ao exercício da cidadania.

Não se pode passar despercebido, a criação da Lei nº 13.675 de 11 de junho de 2018, conhecida como PNSPDS ou SUSP- Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, instituindo o Sistema Único de Segurança Pública, tornando-se o ponta pé inicial para a efetivação de políticas criminais eficientes em todo o território nacional.

Foi através de tal lei, que o País, a partir do segundo semestre de 2018, passou a ter alterações significativas nos índices de crimes, além disso, foi com a positivação de tal regramento que os órgãos que anteriormente não possuíam coordenação para a realização de práticas de combate, passaram a agir frente à repressão de crimes.

Deve-se ater que dentro da atuação dos órgãos garantidores da Segurança Pública, edições de leis e garantias de combate ao crime ficam inseridos ao estudo criminológico, que está diretamente ligado ao planejamento de medidas repressoras.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quando uma medida de política criminal é adotada, a criminologia entra em ação com a função fundamental de estudar não só o local do crime, mas o criminoso, as origens da criminalidade em determinada região e os motivos que norteiam a pratica delituosa. É nesse momento que os agentes da Segurança Pública atuam através de políticas criminais e após preparo minucioso para prevenir o crime e garantir à sociedade a segurança.

Sendo assim, tem-se que a ciência conhecida como criminologia, auxilia na atuação da Segurança Pública, uma vez que a mesma ciência que estuda o crime, possibilita a criação de programas de prevenção a ele.

A criminologia muito colabora para a atuação policial, que através de medidas adotadas e de resultados positivos, a comunidade se atenta a ter uma consciência mais crítica sobre o crime.

Para Rocha:

> *"A atuação do Estado na segurança pública pode ser direta ou indireta. Na direta principal, pode dar-se pela atuação policial, pela política criminal e pelo sistema penitenciário; na direta lateral, pela atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público. Já a atuação indireta se dá por direção, mediante a autorização e fiscalização da atividade de segurança privada; por indução, mediante as políticas públicas para a segurança, as de cunho assistencial de natureza socioeconômica ou socioeducativa; e por mobilização, por meio de uma política social participativa**[29]**".*

Já, para Paula:

> *"A prevenção pode ser primária, secundária e terciária. Na primária irá atacar desde a raiz do problema, ou seja, a educação, o emprego, a moradia, a segurança; aqui a uma luta incessante para que o Estado, de forma rápida, implemente a prevenção primária ligadas as garantias dos direitos sociais como a educação, saúde, trabalho, segurança e qualidade de vida de toda a sociedade.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *Na prevenção secundária, por sua vez, destina-se aos setores e não ao indivíduo. Opera a curto e médio prazo e se orienta a grupos concretos, ligados à ação policial, programas de apoio, controle das comunicações, entre outros. Por sua vez, na prevenção terciária, existe um destinatário determinado, o recluso, ou seja, o condenado, objetivando visando sua recuperação e evitando a reincidência; essa prevenção é realizada através de medidas socioeducativas, como a liberdade assistida, laborterapia, prestação de serviço comunitário, esses são alguns exemplos de ressocialização**[30]**".*

Além disso,

> *"Essa prevenção deve ser social e comunitária, pois o crime é um problema social e comunitário, como anteriormente exposto, o compromisso deve ser solidário da comunidade junto com o sistema legal e suas repartições oficiais, mobilizando todos os integrantes para solucionar estes conflitos. Prevenir o delito de forma positiva consiste na contribuição e esforço que neutraliza as situações de carência, conflitos, necessidades básicas, contribuindo na relação de seus membros junto com a comunidade de uma forma positiva. A prevenção cientifica e eficaz do delito requer uma estratégia que envolve o infrator e as variáveis e os fatores que contribuem a esse acontecimento do crime envolvendo o espaço físico o habitat urbano o grupo de pessoas com risco de vitimização. É possível produzir ou gerar menos criminalidade, através de uma política séria e com o esforço de alto crítica que a sociedade pratique, pois os crimes repetitivos correspondem a valores da sociedade, sendo possível a prevenção dos mesmos".*

Portanto, ao falar em Segurança Pública, a sociedade, bem como os agentes combatentes, deve se atentarem ao estudo do crime, criminoso, suas circunstâncias, mais especificamente à criminologia, como forma de garantir uma ampliação das situações e resoluções que podem ser garantidas a combater o crime.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas, não fica solto no ar o estudo da criminologia no combate ao crime, quando se refere a atuação policial, estes possuem treinamentos e estudos específicos acerca do assunto, que através de reuniões, palestras, cursos e atuação prática que passam a conhecer mais sobre o crime e suas circunstâncias.

Além disso, o policial atuante dessa política criminal deve conhecer o local além do espaço geográfico, como também o espaço sociológico, quais são os costumes daquele ambiente e quais as medidas que podem ser adotadas para que não haja de forma agressiva na sociedade.

Deve o policial seja ele militar ou civil, ter um olhar amplo para o crime e o espaço em que é cometido, possibilitando ao mesmo que conheça o *modus operandi* utilizado naquele delito e quais foram os rastros deixados e qual o "recado" deixado pelo criminoso com sua prática.

Para tanto, o policial, passa a desenvolver um olhar mais apurado quanto à pratica criminosa, traçando estratégias capazes não só de punir o criminoso, mas prevenir que novos crimes dessa espécie ocorram no local estudado.

5. CONCLUSÃO

Observa-se que somente criar leis não é suficiente para repreender o criminoso e combater o crime, deve-se ater a elaboração de medidas administrativas diversas com o intuito não apenas de punir, mas de garantir à sociedade que a Segurança Pública está sendo aplicada e garantida a eles.

Desde décadas anteriores a criminologia e a política criminal são estudadas a fim de que se examine o porque do crime e qual o resultado que ele gera na sociedade. Atualmente, conforme dados constantes no presente artigo, pode-se concluir que se medidas de política criminal eficientes não forem adotadas, o Brasil passará a fazer parte do 1º lugar do ranking de países mais violentos.

A criminologia junto da política criminal, utilizando-se interdisciplinarmente de leis positivadas, especialmente do Código Penal, Processual e Execuções Penais, pode garantir maior segurança à sociedade, bem como fazer com que os órgãos responsáveis pela aplicação de medidas repressoras, tenham maior poder e procedência em sua atuação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se, por oportuno, que com a criação de Lei específica regulamentando a atuação de Políticas Criminais e Defesas Sociais no ano de 2018, fez com que o índice de crimes caísse significativamente, isso juntamente com a cooperação e apoio de diversas áreas responsáveis pela Segurança Pública.

A atuação dos policiais, por sua vez, é primordial para o combate ao crime, sendo que o preparo fornecido e o conhecimento quanto à criminologia a ser estudada é fundamental para garantir à segurança em diversas áreas vulneráveis à pratica delituosa.

Por fim, ressalta-se a importância da atuação de agentes no combate ao crime, frente ao estudo da criminologia e aplicação da política criminal, uma vez que o Estado por si só, através da redação de novos institutos penais apenas irá encarcerar criminosos e não combater o crime.

A utilização da criminologia e da Política criminal na área da Segurança Pública é assunto corriqueiro, atual e de grande valia para se fazer valer os dispositivos contidos na Constituição Federal de 1988, qual seja a dignidade da pessoa humana, seja ela presa provisoriamente ou condenada por definitivo, além disso, manter a inviolabilidade da liberdade da sociedade, tendo em vista a garantia de que medidas com a finalidade de reprimir àquele que comete ato ilícito será aplicado pelos agentes de segurança pública.

REFERÊNCIAS

Atlas da Violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176. Acesso em: 12 de mai de 2019.

- BRASIL. ***Código Penal- Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940***.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htmAcesso em: 01 de mai de 2019.

- BRASIL. ***Lei Estadual nº. 7.634, de 10 de dezembro de 1991***. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/presolei7634.htm. Acesso em: 30 de abr de 2019.

- BRASIL. ***Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11 de julho de 1984***. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 de mai de 2019.

- ***Câmeras de Vigilância de Fernandópolis ficarão em locais estratégicos***. Disponível em: https://jornal4cantos.com.br/cameras-vigilancia-fernandopolis-focarao-locais-estrategicos/. Acesso em: 13 de mai de 2019.

- Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública- ***Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- Atualização - Junho de 2016***. p.7. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2019.

- ***Direito Penal. Parte Geral***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3. Disponível em: http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/. Acesso em: 01 de mai de 2019.

- FERNANDES, Newton & FERNANDES Valter. ***Criminologia Integrada. 2ª ed***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pg.45 a 48.

- ***GAESP - Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública***. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2081. Acesso em: 30 de abr de 2019.

-Iluminação diminui roubos em até 63%, Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2912200311.htm

- Legislação Mineira- ***norma: lei 11404 de 25/01/1994***. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=11404&comp=&ano=1994&texto=consolidado. Acesso em: 30 de abr de 2019.

- MIRABETE, Julio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. ***Execução Penal, 12ª Ed***. Editoria Atlas. p.34.

- Monitor da Violência- G1, ***Com 335 pessoas encarceradas a cada 100 mil, Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países do mundo***.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml. Acesso em: 30 de abr de 2019.

- NUCCI, Guilherme de Souza, ***Manual de direito penal; parte geral e parte especial***. – 5. ed. – São Paulo;Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- *Origem da Criminologia*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Criminologia Acesso em: 30 de abr de 2019.

- PAULA, Giovani de. ***Ensino de criminologia na formação policial***. Florianópolis/sc. 2007. P.40. Disponível em: http://core.ac.uk/dowload/pdf/30371414.pdf. Acesso em 13 de mai de 2019.

- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio, ***Manual esquemático de criminologia.***– 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

- PEREIRA, José Hygino Duarte. ***Tratado de direito penal alemão***, Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v. 1, p. 1. Disponível em: http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/. Acesso em: 01 de mai de 2019.

- Procuradoria- Geral de Justiça. Gabinete do Procurador- Geral de Justiça. ***Resolução 0550/2018***. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao_550_2018_GAESP.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2019.

- *Queda no nº de assassinatos em 2018 é a maior dos últimos 11 anos da série histórica do FBSP*. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/02/27/queda-no-no-de-assassinatos-em-2018-e-a-maior-dos-ultimos-11-anos-da-serie-historica-do-fbsp.ghtml. Acesso em: 12 de mai de 2019.

- ROCHA, Claudionor. ***Segurança Pública e seus enigmas***. Consultor Legislativos da Área XVII. Segurança Pública e Defesa Nacional. Junho 2011. Disponível em: file:///C:/Downloads/seguranca_publica_rocha.pdf. Acesso em: 12 de mai de 2019.

- ROXIN, Claus. ***Derecho penal: parte general***. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña et. al.nMadrid: Editorial Civitas, 1997. p. 62.

---

[1] http://lattes.cnpq.br/4428702481856069

[2] ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

[3] Direito penal brasileiro, parte geral, p. 132.

[4] **Iluminação diminui roubos em até 63%,** Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2912200311.htm

[5] FERNANDES, Newton & FERNANDES Valter. Criminologia Integrada. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pg.45 a 48.

[6] Criminologia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Criminologia Acesso em: 30 de abr de 2019.

[7] NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de direito penal; parte geral e parte especial. – 5. ed. – São Paulo;Editora Revista dos Tribunais, 2009.

[8] PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio, Manual esquemático de criminologia. – 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

[9] Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública- mento Nacional de Informações Penitenciárias- Atualização - Junho de 2016. p.7. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2019.

[10] Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública- mento Nacional de Informações Penitenciárias- Atualização - Junho de 2016. p.41/42. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[11] Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública- mento Nacional de Informações Penitenciárias- Atualização - Junho de 2016. p.62. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2019.

[12] Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública- mento Nacional de Informações Penitenciárias- Atualização - Junho de 2016. p.10. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2019.

[13] Monitor da Violência- G1, **Com 335 pessoas encarceradas a cada 100 mil, Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países do mundo**. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml. Acesso em: 30 de abr de 2019.

[14] Tratado de direito penal alemão, trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v. 1, p. 1. Disponível em: http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/. Acesso em: 01 de mai de 2019

[15] Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3. Disponível em: http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/. Acesso em: 01 de mai de 2019

[16] BRASIL. Código Penal- Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htmAcesso em: 01 de mai de 2019

[17] BRASIL. Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 de mai de 2019.

[18] Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- Atualização - Junho de 2016. p.46. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf Acesso em: 01 de mai de 2019.

[19] Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- Atualização - Junho de 2016. p.51. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf Acesso em: 01 de mai de 2019.

[20] MIRABETE, Julio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. Execução Penal, 12ª Ed. Editoria Atlas. p.34.

[21] Ob. Cit. p. 17

[22] Atlas da Violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176. Acesso em: 12 de mai de 2019.

[23] Queda no nº de assassinatos em 2018 é a maior dos últimos 11 anos da série histórica do FBSP. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/02/27/queda-no-no-de-assassinatos-em-2018-e-a-maior-dos-ultimos-11-anos-da-serie-historica-do-fbsp.ghtml. Acesso em: 12 de mai de 2019.

[24] Legislação Mineira- norma: lei 11404 de 25/01/1994. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=11404&comp=&ano=1994&texto=consolidado. Acesso em: 30 de abr de 2019.

[25] Procuradoria- Geral de Justiça. Gabinete do Procurador- Geral de Justiça. Resolução 0550/2018 Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao_550_2018_GAESP.pdf. Acesso em: 30 de abr de 2019

[26] GAESP - Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2081. Acesso em: 30 de abr de 2019.

[27] Lei ESTADUAL N. 7.634, de 10 de dezembro de 1991. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/presolei7634.htm. Acesso em: 30 de abr de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[28] Câmeras de Vigilância de Fernandópolis ficarão em locais estratégicos. Disponível em: https://jornal4cantos.com.br/cameras-vigilancia-fernandopolis-focarao-locais-estrategicos/. Acesso em: 13 de mai de 2019.

[29]ROCHA, Claudionor. Segurança Pública e seus enigmas. Consultor Legislativos da Área XVII. Segurança Pública e Defesa Nacional. Junho 2011. Disponível em: file:///C:/Downloads/seguranca_publica_rocha.pdf. Acesso em: 12 de mai de 2019.

[30] PAULA, Giovani de. Ensino de criminologia na formação policial. Florianópolis/sc. 2007. P.40. Disponível em: http://core.ac.uk/dowload/pdf/30371414.pdf. Acesso em 13 de mai de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DAS DIVERSAS ATIVIDADES COM AGROTÓXICOS

ARIANE ALCÂNTARA DA SILVA: Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LILIANE DE MOURA BORGES[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão do curso faz análise da responsabilidade civil ambiental advinda do uso de agrotóxicos. A pesquisa aborda a configuração da responsabilidade civil na ótica constitucional e ambiental. Estudam as atividades da responsabilidade civil ambiental trazida pela Lei dos Agrotóxicos, fazendo uma breve análise da qualificação da responsabilidade em seus diferentes aspectos. Finaliza com a reflexão sobre o projeto de lei em curso no Congresso Nacional para alteração da Lei de Agrotóxicos que representa um retrocesso do arcabouço legal brasileiro. A metodologia adotada foi à pesquisa bibliográfica, utilizando como recursos os textos científicos, doutrina e legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Agrotóxicos; Responsabilidade Civil Ambiental; Projeto de Lei.

ABSTRACT: The present paper of course affirmation makes an analysis of the environmental civil responsibility derived from the use of pesticides. The research addresses the configuration of civil liability in the constitutional and environmental area. It studies as an initiative of environmental civil liability by the Agrochemicals Law, making a brief analysis of the responsibility of its nature in its various aspects. The evaluation of the law of course in the congress in the congress is notalised for congress. The methodology adopted was the bibliographical research with the theme the scientific texts, doctrine, legislation and jurisprudence.

KEYWORDS: Pesticides; Environmental Liability; Draft Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O dano ambiental, nexo de causalidade e a responsabilidade civil ambiental, 2.1 O dano ambiental, 2.2 O nexo de causalidade, 2.3 A responsabilidade civil ambiental, 3. A responsabilidade civil por danos ambientais decorrentes das diversas atividades com agrotóxicos, 3.1 A responsabilidade civil do registrante e fabricante, 3.2 A responsabilidade civil do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

professional, 3.3 A responsabilidade do usuário e aos prestadores de serviços, 3.4 A responsabilidade civil dos demais agentes, 4. Análise da responsabilidade no projeto de lei n° 3.200/2015, 4.1 Das diversas atividades apresentada pelo projeto de lei, 5. Considerações finais, 6. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

Agrotóxicos, defensivos agrícolas, pesticidas, praguicidas, remédios de planta ou veneno, são inúmeras as denominações relacionadas a um grupo de substâncias químicas utilizadas no controle de pragas e doenças de plantas. As primeiras unidades produtivas de agrotóxicos no Brasil datam de meados da década de 1940. Contudo, a efetiva constituição do parque industrial de agrotóxicos brasileiro ocorreu na segunda metade dos anos 1970.

O Brasil é um grande consumidor de agrotóxicos, pois aumentou 21,2% em 11 anos, conforme revela o Censo Agropecuário de 2017, divulgado pelo IBGE. Durante todo o período, o país sempre esteve entre os seis maiores mercados de agrotóxicos do mundo. O desenvolvimento dessas substâncias foi impulsionado pelo anseio do homem em melhorar sua condição de vida, procurando aumentar a produção dos alimentos, através de um conjunto tecnológico que inclui variedades vegetais melhoradas, alta utilização de fertilizantes químicos, agrotóxicos com maior poder de biocida, irrigação e motomecanização.

Dessa forma, o aumento do consumo criou a dependência da agricultura "moderna" à ciência química. É notório que o uso exacerbado de agrotóxicos pelos produtores reflete nos consumidores e tende a ser um grave problema de saúde pública e ambiental.

Quanto aos males produzidos por agrotóxicos, a indústria agroquímica transmite aos consumidores a ideia de que com a sua utilização haverá o aumento da produção mundial, solucionando, assim, os problemas de fome que assolam o planeta. Todavia, a maneira como essas ideias vêm sendo aplicadas preocupa os defensores da natureza pois, coloca em cheque a segurança alimentar, bem como a qualidade do bem ambiental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A escolha deste tema tem como justificativa obter uma maior compreensão acerca da responsabilidade civil pelos danos ambientais causados por uso de agrotóxicos, em vista que alguns danos ambientais podem ser irreversíveis, logo é de grande relevância responsabilizar aqueles que provocaram tais danos, além de orientar e imputar sua reparação.

Observa-se que nas últimas décadas os países que passaram a ponderar sobre degradação ao meio ambiente, começaram a inserir em suas legislações, normas afetas à preservação da natureza e consequentemente, à responsabilidade de seus agressores, tendo em vista a indisponibilidade do direito protegido para que seja possível minimizar a crise ambiental e controlar as dimensões do risco pela utilização de agrotóxicos.

No Brasil, a Magna Carta, em matéria ambiental, adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, e a Lei n. 7.802/89, apresenta no seu art. 14, várias hipóteses de responsabilidade civil específica, cabe destacar que a doutrina e jurisprudência pouco se desenvolveram quanto ao tema, ficando o dano provocado por utilização do agrotóxico, muitas vezes, sem a devida reparação.

Na elaboração deste artigo foram utilizados a pesquisa bibliográfica a partir de legislação, leitura de periódicos, artigos científicos e sites especializados. Neste estudo foi adotado a pesquisa exploratória e o método de abordagem dedutivo, técnica argumentativa que parte do geral para o particular.

O trabalho está apresentado em três partes, inicialmente, serão analisados os conceitos de dano ambiental, nexo de causalidade e a responsabilidade civil ambiental trazida pela Constituição Federal de 1988, levando-se em consideração a complexidade e peculiaridade do dano ambiental e, ainda, a busca pela reparação integral do dano ao meio ambiente.

Em um segundo momento serão examinados os casos de responsabilidade civil previstos na Lei nº 7.802/89 – Lei dos Agrotóxicos. Com foco na responsabilidade civil do registrante e fabricante, responsabilidade civil do profissional e, por fim a responsabilidade civil dos demais agentes.

Na terceira exposição, será analisado o Projeto de Lei n° 3.200/2015, com foco na responsabilidade civil ambiental das diversas atividades, será analisada de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

forma geral cada atividade trazida pelo projeto, suas modificações e acréscimos decorrentes da utilização de agrotóxicos.

Por fim, verificou-se que a utilização de agrotóxico tem aumentado em grande escala nos últimos anos, consequentemente, deve-se buscar um equilíbrio e conscientização deste consumo, uma vez, que o produto apresenta grande risco ao meio ambiente, devendo ter seu uso regulado rigorosamente pelo direito e, portanto, não deve ser flexibilizado.

2. O DANO AMBIENTAL, NEXO DE CAUSALIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

2.1 O DANO AMBIENTAL

Não está expresso na lei uma definição clara do que é dano ambiental, visto que, na legislação ficou relativamente indefinidos, contudo a Lei nº 6.938/81(Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), no seu art. 3°, delimitou-se a noções de degradação da qualidade ambiental e poluição:

> II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
>
> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
>
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
>
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
>
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
>
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Portanto, coube aos doutrinadores, construir uma definição para dano ambiental, ao invés de aceitar um tratamento vago da lei ordinária, conforme demonstrado a seguir.

Para os autores José Rubens Morato Leite, Cristiane Camilo Dagostin e Luciano Giordani Schimidtz, configura-se dano:

> Toda lesão a algum bem que seja juridicamente protegido configura-se um dano. Qualquer diminuição ou alteração de um bem destinado à satisfação de um interesse, deve ser evitada tanto em seu aspecto patrimonial quanto no extrapatrimonial, devendo haver reparação integral. Ora, se o meio ambiente é um bem protegido juridicamente, e sua definição legal é amplíssima, pode-se dizer que toda alteração nociva a qualquer dos muitos elementos que o compõem, constitui-se em dano ambiental.[3]

Apesar de não haver um conceito fixo para dano ambiental, o doutrinador trouxe um conceito aberto, ou seja, deve ser analisado pelo intérprete de acordo com cada caso concreto. Além de atingir as lesões em seu aspecto patrimonial e extrapatrimonial, como também devem abranger não apenas o meio ambiente natural, com também o artificial, cultural e o meio ambiente do trabalho.

A doutrina exige para reparação do dano, que tenha certeza, relevância e vítimas concretas. Ocorre que muitas vezes não tem aplicabilidade no caso concreto.[4]

Pode se perceber que ao se afirmar que o dano é certo, surgem numerosas dificuldades quanto à prova do dano, já que os efeitos são complexos e variam em intensidade e imediação. Assim, o requisito tratado deverá ser relativizado no campo da responsabilidade civil ambiental, substituindo-se o requisito da certeza por verossimilhança e autorizando-se a adoção de medidas inibitórias, de caráter preventivo, em face do risco.[5]

Ao afirmar que o dano ambiental é relevante, considera uma violação do equilíbrio tanto social, econômico ou até mesmo físico do meio ambiente. Busca licenciar as atividades humanas para proteger o meio ambiente, por esse ângulo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo que as atividades estejam de acordo com as normas, ocorrendo o dano ao meio ambiente haverá o dever de repará-lo.[6]

Com relação a vítimas concretas quando se trata de direito real e pessoal, não há dúvidas, acerca do dano. Contudo, quando o dano afetar diversas pessoas indeterminadas ou lesionar o sistema ecológico, tornará difícil justificá-lo a partir de lesões individuais.[7]

Essas são algumas particularidades que, desafiam as teorias de imputação do nexo de causalidade e a comprovação dos danos ambientais.

2.2 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade é elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil, uma vez que busca a comprovação entre o comportamento e a lesão. Assim, permitindo identificar o agente responsável pela produção do resultado e apresenta parâmetros objetivos para a aferição da extensão do dano a ser reparado.

A doutrina conceitua o nexo de causalidade como o elo estabelecido entre uma conduta antecedente e um resultado danoso. Ele vincula o dano diretamente ao fato e indiretamente ao elemento de imputação subjetiva ou de atribuição objetiva da responsabilidade.[8]

Ademais, sem a comprovação de nexo de causalidade ou se estiver presente alguma excludente de responsabilidade civil não será possível imputar tal responsabilidade ao agente, não podendo exigir a obrigação de indenizar.

A atividade desenvolvida pelo jurista quando identifica o nexo causal, e se for o caso, imputar o dever de reparar os danos se chama instigação causal. De acordo com o autor Mulholland, desenvolve-se em três etapas. Inicialmente, o nexo causal é considerado "como pressuposto ontológico do processo causal", em outro momento, realiza-se um juízo de valor sobre o fato gerador, no plano da antijuricidade. Por fim, faz-se um juízo de imputação.[9]

Quando se trata da comprovação do nexo de causalidade, na prática, muitos doutrinadores destacam uma grande dificuldade, uma vez que entre o dano e a ação que o provocou, muita das vezes não é facilmente percebida, visto que um

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

só dano pode ser produto de diversas causas, além disso, a dificuldade de identificar o agente.[10]

Quanto ao nexo causal, JOSÉ AFONSO DA SILVA, expõe:

> "(...) Na responsabilidade objetiva por dano ambiental bastam a existência do dano e nexo com a fonte poluidora ou degradadora. A prova desse nexo está em debate na doutrina. Na França ainda existe resistência em admitir a supressão ou mesmo o abrandamento do ônus da prova do nexo de causalidade entre o dano e a atividade danosa, porque põe em causa, ali, um princípio fundamental da responsabilidade civil. Despax, no entanto, observa que o estabelecimento do liame de causalidade no Direito Ambiental é freqüentemente de grande dificuldade, pois a relação entre o responsável e a vítima, raramente direta e imediata, passa por intermediários do ambiente, receptores e transmitentes da poluição. Demais, os efeitos da poluição geralmente são difusos; procedem, não raro, de reações múltiplas, de muitas fontes. Logo, se a prova é ônus da vítima, esta se encontra em uma situação extremamente desfavorável".[11]

As limitações apresentadas pela identificação e comprovação do nexo causal em face do dano e do risco ambiental podem ser mais eficientes com a utilização dos elementos apresentados pela jurista Carolina Medeiros Bahia, são eles:

> 1) Aceitação da imputação da responsabilidade civil em face da criação de risco intolerável; 2) Adoção da presunção de causalidade nas hipóteses de desenvolvimento de atividades muito arrisca e com alta probabilidade de produzir danos; 3) Aplicação da teoria da responsabilidade coletiva em casos de danos produzidos por membro(s) de grupos poluidores; 4) Adaptação das regras probatórias em face da causalidade ambiental; 5) Mudanças no comportamento do juiz que deve assumir uma postura ativa, criativa e comprometida nas demandas ambientais; 6) Abertura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

democrática do processo decisório no âmbito do Poder Judiciário.[12]

Além dos elementos apresentados, também será necessário a utilização dos princípios constitucionais que dão auxílio a responsabilidade civil ambiental por danos ao meio ambiente, permitindo que os juristas utilize-os como guia para suas fundamentações, possibilitando a responsabilidade de forma mais eficaz.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Quanto à evolução histórica da responsabilidade civil ambiental, há 40 anos era inaceitável, pois não tinha fundamento científico. Com o aumento de acidentes que deixavam vítimas completamente desassistidas, fez com que, passasse a se atribuir a responsabilidade não apenas em razão de manifestação dolosa ou culposa, mas também em decorrência de atividade exercida.

Nesse sentido, GISELA SAMPAIO DA CRUZ sustenta:

> "A nova realidade social – fundada depois do advento da Constituição Federal de 1988, que tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art.1º, III) e a solidariedade social (art.3º, I) – impõe que hoje a responsabilidade civil tenha por objetivo não mais castigar comportamentos negligentes, senão proteger a vítima do dano injusto".[13]

E, mais adiante, prossegue a mesma autora:

> "Em busca da reparação mais ampla possível, assistiu-se a um manifesto processo de "desculpabilização", com o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva. E, graças à ideia de risco, "a política da responsabilidade desvinculou a relação de simbiose que havia entre a sanção da conduta e a proteção da vítima. A responsabilidade civil passa a mirar "a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do quantum reparatório, e não a culpa do autor".[14]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Na década de 80 foram publicadas as Leis nº 6.938/81, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, esta lei substituiu o princípio da responsabilidade subjetiva, fundada na existência de culpa, pelo da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade.

O Código Civil atualizado em 2002, também foi ampliado, passando a utilizar a responsabilidade civil objetiva. Portanto, a responsabilidade civil está descrita na lei e estudada pelos juristas brasileiros.

Acerca da adoção da responsabilidade objetiva aos danos ambientais, bem sintetiza JOSÉ AFONSO DA SILVA:

> "O Direito Brasileiro assume o princípio da responsabilidade objetiva pelo dano ecológico, o que é uma tendência do Direito Estrangeiro, como mostra Paulo Affonso Leme Machado. Segundo Despax é muito nítida no Direito Francês a evolução para uma responsabilidade objetiva, acompanhada de uma diminuição do ônus da prova da exigência do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a atividade danosa ao meio ambiente".[15]

Cabe destacar que a comprovação do dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano tornou-se superada, uma vez que, para que surja o dever de reparar basta o comportamento e o dano, sendo esse comportamento a causalidade do dano.[16]Ademais, não tem importância, para maioria da doutrina brasileira, o caráter lícito ou ilícito da conduta, visto que o dano ambiental sempre será reputado como ilegal ou injusto, gerando para o causador o dever de repará-lo.[17] Quando tiver autoria múltipla do dano devem responder solidariamente pela reparação.[18]

É cristalina a necessidade de entender os conceitos relacionados ao instituto da responsabilidade, principalmente a responsabilidade civil, já que é ela quem assegura o restabelecimento do estado anterior ao dano ou então, a reparação pecuniária satisfatória ao dano causado garantindo a qualidade para as futuras gerações.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DAS DIVERSAS ATIVIDADES COM AGROTÓXICOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei dos Agrotóxicos n° 7.802/89, que regulamenta a matéria traz um rol não exaustivo, que trata a responsabilidade civil pelos danos relacionados às diversas atividades com agrotóxicos, sendo estes danos responsabilizados nas esferas administrativa, civil e penal, vejamos:

> Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem: (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
>
> a) ao profissional, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida;
>
> b) ao usuário ou ao prestador de serviços, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais; (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
>
> c) ao comerciante, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais; (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
>
> d) ao registrante que, por dolo ou por culpa, omitir informações ou fornecer informações incorretas;
>
> e) ao produtor, quando produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente; (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
>
> f) ao empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos.[19]

Cada atividade possui condições técnicas e econômicas diferentes, por esta razão a legislação determinou como se dará a divisão de responsabilidade, pois não seria razoável aplicar a responsabilidade geral para grupos de atividades especializados. Ademais, as alíneas trazidas pela lei são meramente exemplificativas, não esgotando todas as possibilidades de atividades, porém serve de parâmetro para analogia diante do caso concreto.

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRANTE E FABRICANTE

No Brasil existe uma série de requisitos para que o produto agrotóxico entre em circulação, assim, após preencher os requisitos ele é autorizado pelos órgãos atuantes que regulamenta a utilização. Desta forma, o art. 14, §1º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente fundamenta que o fabricante que realizou o registro do agrotóxico tem responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, além da responsabilidade causada aos consumidores fundamentado no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.[20]

Ponto que merece destaque é a possibilidade de aplicar a inversão do ônus probatório, também conhecido como teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, tal entendimento foi adotado, devido a vulnerabilidade presente na relação de consumo, em que o fabricante possui maior conhecimento técnico sobre a lesividade de seu produto (agrotóxico) ao consumidor e ao meio ambiente.[21]Contudo, quem registra assume o risco, devendo arcar com a responsabilidade de reparar o dano, não podendo se eximir em face das consequências imprevisíveis em decorrência do uso do produto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> O risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível.[22]

Portanto, mesmo que licencie a atividade ou produto para utilizar o agrotóxico, e causarem prejuízo ao meio ambiente e seus consumidores, ainda assim não poderá eximir da responsabilidade civil.[23]

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL

Nesta atividade o legislador buscou tratar da responsabilidade do profissional legalmente habilitado, representados pelos profissionais engenheiro agrônomo ou técnico agrícola, a emitir receituários de agrotóxicos, devendo constar na receita o estabelecido no art. 66 do Decreto nº 4.074/02:

> Art. 66. A receita, específica para cada cultura ou problema, deverá conter, necessariamente: I - nome do usuário, da propriedade e sua localização; II - diagnóstico; III - recomendação para que o usuário leia atentamente o rótulo e a bula do produto; IV - recomendação técnica com as seguintes informações: a) nome do(s) produto(s) comercial(ais) que deverá(ão) ser utilizado(s) e de eventual(ais) produto(s) equivalente(s);b) cultura e áreas onde serão aplicados; c) doses de aplicação e quantidades totais a serem adquiridas; d) modalidade de aplicação, com anotação de instruções específicas, quando necessário, e, obrigatoriamente, nos casos de aplicação aérea; e) época de aplicação; f) intervalo de segurança; g) orientações quanto ao manejo integrado de pragas e de resistência; h) precauções de uso; ei) orientação quanto à obrigatoriedade da utilização de EPI; e V - data, nome, CPF e assinatura do profissional que a emitiu, além do seu registro no órgão fiscalizador do exercício profissional.[24]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A lei regulamentou a necessidade do receituário profissional em seu art. 13 da Lei 7.802/89: "A venda de agrotóxicos e afins aos usuários será feita através de receituário próprio, prescrito por profissionais legalmente habilitados, salvo casos excepcionais que forem previstos na regulamentação desta Lei".

Outro ponto que merece destaque é o tipo de responsabilidade aferida ao profissional, pois o mesmo só será responsabilizado se comprovado sua culpa ou dolo, ou seja, não se aplica a responsabilidade objetiva, mas sim a responsabilidade subjetiva, pois são os usuários que deveram comprovar que o profissional emitiu receita de forma errônea, indevida ou displicente.[25]

3.3 RESPONSABILIDADE DO USUÁRIO E AOS PRESTADORES DE SERVIÇOS

A responsabilidade do usuário recai sobre toda a pessoa física ou jurídica que utilize agrotóxico ou afins.[26] O autor Paulo Vaz traz em seu livro, que as maiores incidências envolvendo casos de danos ambientais é devido a conduta deste agente, uma vez que utilizam agrotóxicos proibidos, misturam produtos incompatíveis, não utilizam equipamentos de segurança indispensáveis.[27]Portanto, pode-se inferir que o legislador reconheceu a grande necessidade de responsabilizar o usuário ou prestador de serviço, quando fundamentou em seu art. 14, alínea b, segundo a lei n° 7.802/89:

> Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem: (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000)
>
> b) ao usuário ou ao prestador de serviços, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais; (Redação dada pela Lei nº 9.974, de 2000) (grifo nosso).[28]

Pode-se inferir que a lei não vincula a potencialidade da responsabilidade do usuário ao descumprimento do receituário ou recomendações do fabricante e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

órgãos registrantes, inclusive garante a previsão de excludentes de nexo de causalidade, tal quais o fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.[29]

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DEMAIS AGENTES

Cabe falar ainda, da responsabilidade do comerciante, produtor e por fim o empregador, regulamentados na Lei 7.802/89 em seu artigo 14. Primeiramente, quanto a responsabilidade do comerciante a lei traz que o mesmo será responsabilizado quando efetuar a venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais, além de ter sua conduta tipificado como crime, estando sujeito também a infração administrativa do art. 85 do Decreto n° 4.074/02, e consequentemente obrigado a reparar civilmente os danos causados.

Já em relação ao produtor a lei trouxe a responsabilidade quando ele produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente.

Por fim, a responsabilidade do empregador será caracterizada quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos. Cabe mencionar que a lei trouxe em seu art. 16 da lei n° 7.802/89, a possibilidade de responsabilização do empregador em caso de culpa, regulamentando penalidades menos severas.

4. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE NO PROJETO DE LEI N° 3.200/2015

Os agrotóxicos no Brasil são regidos pela Lei no 7.802/1989, regulamentada pelo Decreto n° 4.074/2002 que substituiu os Decretos n° 24.114/1934 e n° 98.816/1990. Observa-se a existência de diversas propostas de Projeto de Lei (PL) no Congresso Nacional, tais como PL 2495/2000 (6), PL 3125/2000 (4), PL 5884/2005, PL 6189/2005 (1), PL 4933/2016, PL 3649/2015, PL 5852/2001; PL 1567/2011 (1), PL 4166/2012; PL 1779/2011; PL 3063/2011; PL 1687/2015 (4), PL 3200/2015, PL 49/2015 (2), PL 371/2015, PL 461/2015; PL 958/2015; PL 7710/2017; PL 8026/2017; PL 6042/2016; PL 713/1999 (6), PL 1388/1999, PL 7564/2006, PL 4412/2012 (1), PL 2129/2015, PL 5218/2016, PL 560/2019; PL

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5131/2016 (1), PL 10552/2018; PL 8892/2017; PL 9271/2017,e, por fim,o PL 6299/2002 (31) que apensou todos esses projetos de lei.

Importante destacar que o projeto de lei n° 3.200/15, à época da pesquisa para a realização deste trabalho, está em tramitação sujeito à apreciação do plenário, o assunto tem sido bastante discutido, mas não está sendo dado enfoque a responsabilidade, mas sim a desburocratização do agrotóxico que por ser um assunto delicado pode ser objeto de outro artigo, por tamanha profundidade do assunto. Nesse sentido, o presente estudo busca contribuir para uma reflexão sobre a responsabilidade trazida pelo PL em curso no Congresso Nacional. Apesar de serem vários termos proposto pelo projeto de lei, o foco será sobre a Responsabilidade civil e Administrativa trazido no artigo 64 do PL 3.200/2015.

> Art. 64. As responsabilidades pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de produtos defensivos fitossanitários, de controle ambiental e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem:
>
> a) ao profissional, quando comprovada receita errada;
>
> b) ao usuário ou ao prestador de serviços, quando proceder em desacordo com a receita agronômica ou as recomendações do titular do registro e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;
>
> c) ao comerciante, quando efetuar venda sem a respectiva receita agronômica ou em desacordo com ela;
>
> d) ao registrante que, por dolo, omitir informações ou fornecer informações incorretas;
>
> e) ao formulador, quando produzir mercadorias em desacordo com a Fispq (Ficha de Informações de Segurança de Produtos Químicos) e com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

f) ao empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos.

g) ao transportador quando transportar mercadorias em desacordo com a legislação vigente;

h) ao armazenador quando armazenar mercadorias em desacordo com a legislação vigente;[30]

Conforme foi apresentado pela Lei dos agrotóxicos cada atividade possui condições técnica e econômica diferentes, por isso o legislador permaneceu com a divisão de responsabilidade das atividades, pois não seria razoável aplicar a mesma responsabilidade geral para grupos tão específicos. De forma breve, será abordado às alterações pelo PL 3.200/15.

4.1 DAS DIVERSAS ATIVIDADES APRESENTADA PELO PROJETO DE LEI

O legislador iniciou a regulamentação da responsabilidade civil, tipificando a atividade do Profissional, cabe mencionar que a Lei do Agrotóxico já trazia em seu rol tal responsabilidade, ocorre que o projeto de lei trouxe de forma mais flexível o seu alcance, uma vez que retirou do seu texto os termos "displicente ou indevida". Alterando a redação, caracterizando a responsabilidade do profissional, apenas, quando comprovada receita errada.

Quanto à responsabilidade civil do usuário ou ao prestador de serviços o legislador não trouxe alteração em seu texto, mas na atividade do comerciante trouxe uma redução sobre seu alcance, uma vez que retiraram do seu texto as expressões "desacordo com as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais". Caracterizando a responsabilidade do comerciante, quando efetuar venda sem a respectiva receita agronômica ou em desacordo com ela.

Outra responsabilidade flexibilizada foi a atividade do registrante, diminuindo seu alcance. Na Lei atual, o registrante responde pela culpa e dolo, porém no PL 3.200/15 o texto trouxe apenas a responsabilidade por dolo, permanecendo a redação assim: ao registrante que, por dolo, omitir informações ou fornecer informações incorretas. Quanto ao formulador o PL apenas trocou a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

terminologia produtor por formulador permanecendo a mesma responsabilidade já abordada em momento anterior. Já a responsabilidade do empregador também não foi alterada.

Por fim, o legislador inovou no projeto de lei, trazendo a responsabilidade civil do transportador e armazenador, visto que a Lei 7.802/89, não a considerava em suas alíneas. No projeto de lei, o legislador buscou responsabilizar tanto o transportador quanto o armazenador que estiverem em desacordo com a legislação vigente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que o tema objeto deste estudo é atual, e trata-se de conteúdo abrangente e peculiar. O Artigo apresentou de maneira geral as disposições normativas e doutrinárias sobre a responsabilidade ambiental nas relações de uso dos agrotóxicos.

Foram explicadas as atividades trazidas pela Lei nº 7.802/89, bem como as demais propostas pelo PL 3.200/15, porém não se pretendeu esgotar todas as situações, uma vez que não é um rol taxativo, o que dá margem para incontáveis situações que ensejam a responsabilidade.

Por fim, buscou-se comparar brevemente os termos da responsabilização proposta pelo PL 3.200/15 com a existente na Lei nº 7.802/89, demonstrando que termos que denotam conceitos relevantes foram suprimidos, como uma manobra para fragilizar a fiscalização e o registro dos agrotóxicos mais utilizados do país. Nota-se uma ofensa aos direitos fundamentais, sobretudo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado.

Considerando ainda, o princípio do desenvolvimento sustentável e a preocupação com o bem estar da geração atual e das gerações futuras, ousamos compreender que o PL em discussão na casa legislativa aparentemente buscaprivilegiar interesses de grupos econômicos em detrimento de maior rigor no controle e fiscalização da produção e uso de produtos agrotóxicos. Fato esse, que por si só gera desconforto e no mínimo enseja maior debruçamento sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

BAHIA, Carolina Medeiros. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental**. Florianópolis: 2012. 377 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 de mar. de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.074/02, de 04 de janeiro de 2002**. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, 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. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074.htm>. Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF, 2 nov. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 23 de abr. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989**. 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 71 componentes e afins, e dá outras providências. Brasília, DF, 12 jul. 1989. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm. Acesso em: 2 de abr. de 2019.

BRUM VAZ, Paulo Afonso. **O direito ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. **Dano Ambiental na Sociedade de Risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** volume 3 - responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. GZ, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NOTAS:

[1] Orientadora Liliane De Moura Borges.

Mestre em Ciências Ambientais pela PUC/GO docente na Faculdade Serra do Carmo. prof.lilianeborges@fasec.edu.br

1 BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 23 de abr. de 2019.

[3]LEITE, Jose Rubens Morato, 2002. p.467.

[4]BAHIA, Carolina Medeiros, 2012. P.188.

[5]Ibid. p. 190.

[6]STEIGLEDER, Annelise Monteiro, 2004. p. 140.

[7]BAHIA, Carolina Medeiros, 2012. op. cit., p.194-195 passim.

[8]Ibid. p. 208.

[9]MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. 2009. p.97.

[10]BAHIA, Carolina Medeiros, 2012. op. cit., p. 217

[11] AFONSO, José Afonso Da. 2004, p. 312-313passim.

[12]BAHIA, Carolina Medeiros, 2012. op. cit., p. 276.

[13]CRUZ, Gisela Sampaio, 2005. p. 16.

[14]Ibid. p. 17.

[15]AFONSO.José Afonso Da, 2004. p. 312.

[16]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2013. p.58-59 passim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[17]BAHIA, Carolina Medeiros, 2012. op. cit., p. 100.

[18]Ibid. p. 105.

[19]BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm. Acesso em: 28 de mar. de 2019.

[20]BRASIL. LEI nº 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: 28 de março de 2019.

[21]VAZ, Paulo Afonso Brum, 2006. p.68)

[22]BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, 1991. p.67.

[23]VAZ, Paulo Afonso Brum, 2006. op. cit., p.136.

[24]BRASIL. Decreto nº 4.074/02, de 04 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074.htm. Acesso em: 26 de abr. de 2019.

[25]VAZ, Paulo Afonso Brum,2006. o*p. cit.*, p.136-137 passim.

[26]MACHADO, Paulo Affonso Leme, 2012. p.757

[27]VAZ, Paulo Afonso Brum,2006. o*p. cit.*, p.138

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[28]BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm. Acesso em: 28 de mar. de 2019.

[29]LEAL,2015. p. 64-68 passim.

[30]BRASIL. Projeto de Lei nº 3.200, de 6 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a Política Nacional de Defensivos Fitossanitários e de Produtos de Controle Ambiental, seus Componentes e Afins, bem como 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 defensivos fitossanitários e de produtos de controle ambiental, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1996620. Acesso em: 08 de abr. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CRISE FISCAL BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE REFORMAS ESTRUTURAIS

THIAGO GUEDES ALEXANDRE: Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Tecnólogo em Comércio Exterior pelo Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN). Especialista em Direito do Estado e Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Ex-Procurador do Estado do Acre e Ex-Procurador do Estado do Paraná. Advogado da União.

RESUMO: O artigo apresenta uma breve reflexão sobre a crise fiscal brasileira nas últimas décadas e os desafios para sua superação, buscando apresentar as reformas estruturais necessárias para retomada do crescimento econômico.

Palavras-chave: Crise fiscal. Reformas *estruturais*. Crescimento econômico.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O setor público na economia brasileira e a crise fiscal; 3. A crise fiscal brasileira do início século XXI: do *boom* à crise; 4. As reformas estruturais para superação da crise fiscal; 5. Considerações finais.

---

1. Introdução.

O tema abordado neste artigo – a crise fiscal brasileira e a necessidade de reformas estruturais – passa pela reflexão que busca investigar a relação de causalidade entre o poder político, o poder econômico e o papel da Administração Pública na formação e no desenvolvimento econômico do país, que, ao longo dos anos, tem passado por momentos de instabilidade e crises sistêmicas.

Assim, formula-se a seguinte pergunta: *qual o principal problema de política econômica do Brasil e quais tipos de solução poderiam ser pensados?*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sem maiores embargos, os especialistas *costumam* apontar como o principal problema para a política econômica do Brasil a constante *crise fiscal* vivenciada ao longo de sua história, alternada com lapsos de crescimento, por mais das vezes, estimulada pelo aumento do endividamento público e marcado pela irresponsabilidade fiscal dos governantes.

Dessa parte, temos como objetivo analisar a crise fiscal nas últimas décadas e verificar as possíveis soluções para o problema. Assim, defende-se que o estudo desse tema nos ajudará a compreender as variáveis para permitir que o Brasil possa crescer economicamente de forma estável e equilibrada.

2. O setor público na economia brasileira e a crise fiscal.

As teorias político-econômicas modernas do Estado identificam três formas de intervenção pública na economia: *redistribuição de renda*, *estabilização macroeconômica* e *regulação de mercados*. Portanto, os Estados modernos se dedicam essencialmente à essas três funções básicas. A diferença está nas prioridades dadas por cada país na utilização dessas funções, que tende a variar ao longo da história (MATIAS-PEREIRA, 2012).

O processo de *redistribuição de renda* abrange todas as transferências de recursos de um grupo de indivíduos, regiões ou países, para um outro grupo, bem como o atendimento de setores específicos e especiais. Esse é o caso, por exemplo, da educação primária, do seguro social, entre outros, que os governos obrigam os cidadãos a consumir ou a utilizar.

A política de *estabilização macroeconômica* tem como objetivo alcançar e manter níveis adequados de crescimento econômico e de emprego. Para atingir esse objetivo o governo utiliza como principais instrumentos as políticas fiscal, monetária, cambial e industrial.

Por sua vez, as *políticas reguladoras* têm como propósito corrigir distintos tipos de falhas de mercado, como, por exemplo, o poder de monopólio, a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

provisão insuficiente de bens públicos, entre outras. Isso pode ser constatado quando analisamos a estruturação do "Estado de bem-estar social", após a Segunda Guerra Mundial, que foi priorizado pelas políticas de redistribuição e de gestão macroeconômica implantadas pela maioria dos governos da Europa ocidental. A crise fiscal que atingiu, na década de 1970, esse Estado positivo, que tinha o papel de planejar, produzir bens e serviços e como empregador de última instância, revelou o esgotamento desse modelo. No final dos anos 1970 começou a surgir em seu lugar um novo modelo, que passou a priorizar desregulação, a privatização, a liberalização e a reforma das estruturas de bem-estar.

Nesse contexto, verifica-se que a reforma do Estado surgiu como uma resposta à ineficiência do velho modelo estatal e às demandas sociais crescentes de uma emergente sociedade democrática e plural, no final do século XX. A necessidade de reduzir a presença do Estado na economia e a aceleração do fenômeno da globalização foram os fatores indutores desse movimento. Criaram-se novas necessidades e desafios para os Estados, *especialmente* no que se refere à conciliação de um modelo orientado para o mercado, de modo a garantir o seu perfeito funcionamento, e que atendesse às necessidades dos membros da sociedade, na nova roupagem de cliente-cidadão, com a prestação de serviços de qualidade a custos mais baixos.

Deve-se recordar que o Estado brasileiro, em razão do modelo desenvolvimentista adotado, especialmente no período do governo militar, extrapolou a alçada de suas funções básicas para atuar com grande peso na esfera produtiva. Contudo, esse grande Estado, com presença marcante na economia nacional, não conseguiu atender com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigido, especialmente na área social. Existem indícios de que essa deformação nas funções do Estado contribuiu para enfraquecer o sistema de controle e, dessa forma, facilitou o avanço do fenômeno da *corrupção* no país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Embora presente desde os anos 1970, a crise do Estado brasileiro somente veio à tona a partir da segunda metade dos anos 1980. Esse acontecimento foi evidenciado pela crise fiscal e pelo esgotamento do modelo de substituição das importações, inseridos no modelo burocrático de intervenção econômica e social. Além disso, o aparelho do Estado concentrava e centralizava funções, com a rigidez dos procedimentos, excessivamente complicados pelo excesso de normas e regulamentos.

Após um primeiro momento de omissão, somente em meados dos anos 1990 começam a ser feitas as reformas estruturais do Estado brasileiro, com o ideal de superação da crise e com a esperança de resgatar a autonomia financeira e a capacidade do Estado de implementar políticas públicas. Assim, são traçadas as seguintes diretrizes gerais: ajustamento duradouro; reformas econômicas orientadas para o mercado que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem condições para o enfrentamento da competição internacional; reforma da previdência social; inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua governança (*governance*), isto é, melhorar a capacidade governamental de implementação das políticas públicas.

3. A crise fiscal brasileira do início século XXI: do *boom* à crise.

Embora tenha realizado algumas das reformas necessárias a modernização do Estado brasileiro no fim do século passado, o regime fiscal, especialmente nestas duas primeiras décadas, é marcado pela forte expansão dos gastos públicos e, como consequência, tornou-se necessário expandir a carga tributária para evitar o descontrole da dívida pública, o excesso de demanda agregada e a consequente geração de déficits no balanço de pagamentos e aceleração da inflação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Raul Velloso e Marcos Mendes (2016) apontam como a Constituição de 1988 e a legislação que a regulamenta como sendo a a peça central do modelo brasileiro de expansão fiscal. O alto nível de pobreza e desigualdade existente no país e a fragilidade das políticas sociais adotadas durante o regime militar geraram pressão por ação estatal que aliviasse a pobreza e redistribuísse renda, levando à inscrição de inúmeros direitos sociais no texto constitucional. Ao mesmo tempo, sobreviveu à queda do regime militar a ideologia nacionalista e protecionista, semeada na América Latina pelos economistas ligados à Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL) e sua teoria de substituição de importações. Em consequência, a Constituição tornou-se não apenas redistributivista e expansionista em termos fiscais, mas também protecionista.

Adicionam ainda o fato de que os chamados *direitos sociais* não ficaram restritos à base da pirâmide. Parte significativa dos gastos e renúncia fiscal feitos a título de financiamento de políticas sociais representam transferência de renda para as classes média e alta. As liberdades democráticas e a ampliação do direito de associação e sindicalização beneficiaram os grupos de maior capacidade econômica, que enfrentam menor dificuldade para superar os custos associados à coordenação de ações coletivas. Não menos importante é a grande influência dos mais abastados no processo político. Dado o alto custo de financiamento de campanhas eleitorais, e a grande influência estatal em todos os ramos da economia, há significativos *incentivos* a se financiar a atividade política em troca de favorecimento nas decisões governamentais. Construía-se, assim, um Estado *redistributivista sui generis* (VELLOSO e MENDES, 2016).

A tendência de longo prazo de um modelo como este é o esgotamento e a crise fiscal, porque a despesa *sempre* pode crescer (as demandas por gastos públicos tendem ao infinito), enquanto há um claro limite à carga tributária máxima que a sociedade está disposta a pagar. Desde o começo do século XXI o Brasil esteve próximo desse esgotamento, à medida que a carga tributária ultrapassa os 35% do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

PIB. Todavia, o *boom* de commodities, que teve seu ápice nos anos 2005-2012, ampliou a taxa de crescimento econômico e a capacidade de arrecadação do governo, dando sobrevida ao modelo.

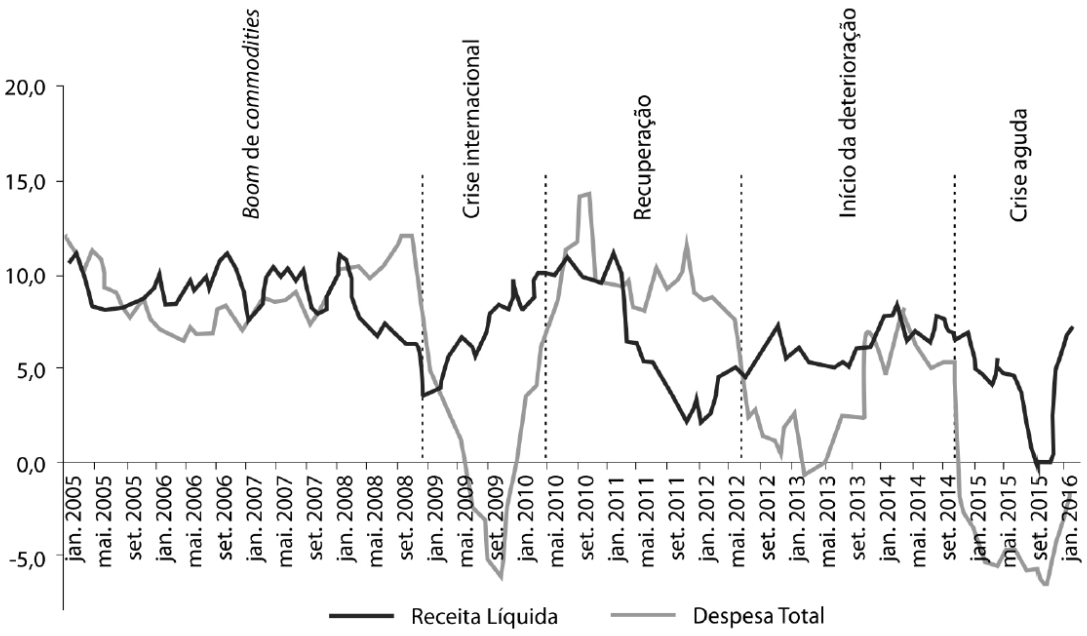
A partir de 2013-2014 a economia chinesa entrou em processo de desaceleração, o que retirou o impulso dos exportadores de commodities. Toda a América Latina entrou em processo de desaceleração. O Brasil, contudo, vem tendo desempenho muito pior que o dos seus parceiros, pois além da inconsistência estrutural de seu modelo fiscal, optou por uma política econômica equivocada, que acelerou a despesa pública, reduziu a arrecadação de tributos, desqualificou as estatísticas fiscais por meio de contabilidade criativa e "pedaladas de despesas".

O Gráfico 1 ilustra o desempenho da política fiscal de janeiro de 2005 a janeiro de 2016. Nele são apresentadas, mês a mês, as médias móveis das taxas de crescimento das despesas e receitas do Governo Federal, acumuladas nos doze meses anteriores. Por sua vez, a Tabela 1 apresenta a média dessas taxas para cinco fases do ciclo fiscal recente vivido pelo Governo Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Gráfico 1 - Média móvel de doze meses para a taxa de crescimento real da receita e despesa primária do Governo Federal



Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – Resultado Primário do Governo Central. Elaborado pelos autores.
Nota: exclui valores associados à operação de capitalização da Petrobras registrados em setembro de 2010. Deflator: IPCA

Tabela 1 - Taxa média anualizada de crescimento real da receita e despesa primárias do Governo Federal

	Fase	Período	Receita	Despesa	Hiato
			(A)	(B)	(C) = (A) - (B)
1	*Boom* de *commodities*	Jan./2005 a Dez./2008	8,9	8,7	0,2
2	Crise internacional	Jan./2009 a Abr./2010	0,7	7,1	-6,5
3	Recuperação	Mai./2010 a Jun./2012	9,5	6,5	3,0
4	Início da deterioração	Jul./2012 a Out./2014	3,4	6,2	-2,8
5	Crise aguda	Nov./2014 a Fev./2016	-4,3	4,2	-8,5

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional – Resultado Primário do Governo Central. Elaborado pelos autores.
Nota: exclui valores associados à operação de capitalização da Petrobras registrados em setembro de 2010. Deflator: IPCA

A primeira fase corresponde ao boom de commodities. Nela, a receita crescia à impressionante taxa de 8,9% ao ano acima da inflação, embalada pelo grande ganho de renda que o país obteve a partir da valorização dos seus principais produtos de exportação no mercado internacional. Com esse ganho de renda que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nos foi presenteado pela economia internacional, foi possível expandir o gasto público e atender as demandas dos diversos grupos sociais: de subsídios creditícios para grandes empresas amigas do Governo até o bolsa família, havia dinheiro para todos. Em consequência, a despesa crescia a uma taxa real de 8,7% ao ano.

No começo de 2009 a arrecadação passou a ser fortemente afetada pela crise financeira internacional de 2008. O ritmo de crescimento da receita desabou para 0,7% ao ano, enquanto a despesa não pôde ser contida na mesma medida. Afinal, a maioria dos gastos públicos já está pré-contratada por lei: regra de reajuste real do salário mínimo, critérios benevolentes de aposentadorias, subsídios creditícios que geram despesa durante todo o período de contratação dos financiamentos, etc. Assim, tivemos um aperitivo do que viria a ser a crise fiscal de anos mais tarde. Naquele momento, no entanto, o desajuste fiscal durou pouco. Graças à forte reação da China à crise internacional, os preços internacionais de commodities se recuperaram, e o Governo Federal voltou a acelerar sua arrecadação, graças à recuperação da atividade econômica.

Ingressamos, então, na terceira fase, que foi um retorno aos prazeres do boom de commodities: por mais dois anos, entre 2010 e 2012, a arrecadação bateu recordes e cresceu a 9,5% ao ano, em termos reais. Deixamos de aproveitar mais essa oportunidade para reformar nossas despesas e readquirir capacidade de poupança pública. Pelo contrário, continuamos expandindo o gasto. É verdade que a uma taxa um pouco menor que nas fases anteriores, mas ainda bastante elevada: 6,5% reais ao ano.

Em meados de 2012 o mercado de commodities iniciou um grande mergulho de preços e a economia internacional entrou em uma fase de baixo crescimento. Ao mesmo tempo, a título de se dar um estímulo contracíclico à economia, o Governo Federal iniciou uma política de fortes desonerações fiscais, em especial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

para tributos que financiam a previdência social. Inaugurou-se, então, a quarta fase, na qual o efeito do baixo crescimento e das desonerações sobre a arrecadação foi bastante grande, levando a forte queda no ritmo de crescimento real da receita, para a faixa de 2,8% ao ano. Com a despesa crescendo bem mais rápido (6,2% ao ano), a crise fiscal se tornou inevitável.

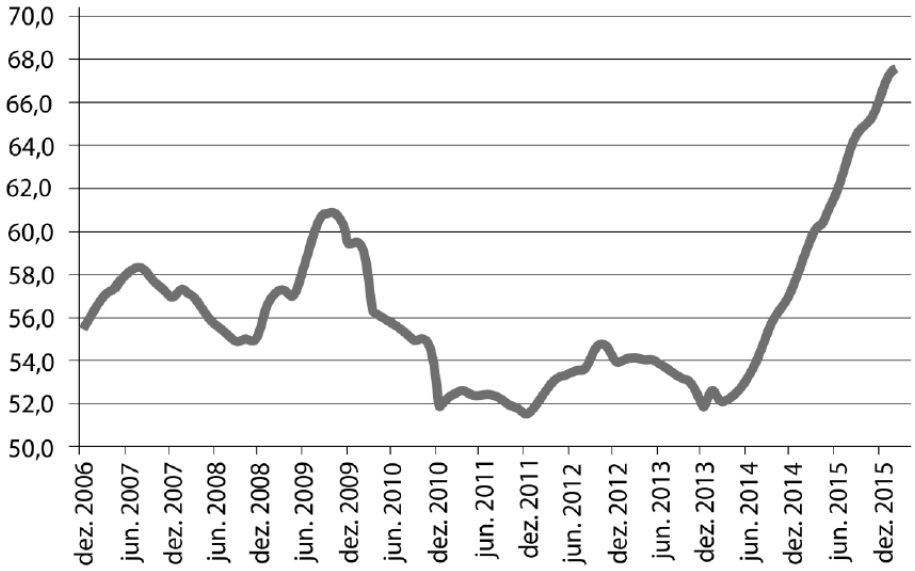
As distorções alocativas e de incentivos geradas pelos erros da política macroeconômica, associadas ao mau *desempenho* da economia internacional e à ebulição política durante a campanha eleitoral, jogaram o país na quinta fase em meados de 2014: uma recessão da qual não nos recuperamos até o momento, e da qual não há expectativa de recuperação em futuro próximo. Abriu-se um enorme hiato entre receitas *que* caem a uma taxa anual real de 4,3% ao ano e despesas que continuam crescendo a 4,2% ao ano.

O descarrilamento da política fiscal fica claro quando se olha a Dívida Bruta do Governo Federal como proporção do PIB1, mostrada no Gráfico 2. A partir do início de 2014 ela entrou em trajetória de crescimento exponencial, tanto pelo crescimento do numerador (a dívida) quanto pela queda do denominador (o PIB). Se não for revertida essa trajetória, a dívida se tornará impagável, principalmente se considerarmos que a taxa de juros real na economia brasileira é elevada (justamente devido à fragilidade fiscal) e tem historicamente superado os 5% ao ano. Nesse caso, ou se suspende o pagamento da dívida (reeditando-se algo similar ao traumático Plano Collor) ou se deixa a dívida corroer pela aceleração da inflação. Já a estabilização da relação dívida-PIB requer a recuperação do crescimento econômico (para elevar o denominador) ou o ajuste fiscal (para conter o crescimento do numerador). Ou, ainda, um tanto de cada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Gráfico 2 - Dívida Bruta do Governo Geral (% do PIB)



Fonte: Banco Central do Brasil. Elaborado pelos autores.

Para Raul Velloso e Marcos Mendes (2016), não há no horizonte qualquer fator externo que possa impulsionar a economia e levar à recuperação das receitas públicas, de modo a salvar as contas públicas brasileiras pelo lado da receita, como ocorreu nas fases 1 e 3 acima descritas. Pelo contrário, a economia internacional entrou em um período de baixo crescimento. A deflação ou baixa inflação observada nas principais economias do mundo é sinal da fragilidade da atividade econômica. A China enfrenta forte desaceleração de sua economia, tendo dificuldade para reformar seu modelo econômico e manter o ritmo de expansão. Os poucos países que ainda crescem em ritmo acelerado, como a Índia, *estão* longe de representar uma locomotiva capaz de puxar a economia mundial e, em especial, a demanda por commodities.

No plano interno, as grandes distorções geradas pelos erros de política econômica no início deste século, somadas à incerteza criada pelo desequilíbrio fiscal, tornam improvável a retomada do crescimento. Não podendo ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

resgatadas pelo crescimento econômico e aumento das receitas, as contas públicas brasileiras precisam ser equilibradas pelo lado da despesa.

Nesse cenário, chega-se ao dia do juízo fiscal, conforme denominado por Raul Velloso e Marcos Mendes (2016). Ou o Estado brasileiro passa por reformas estruturais profundas, ou o cenário vindouro será de alta inflação acompanhada de estagnação econômica. Destarte, se mostra urgente conter a expansão da dívida pública, e isso se faz não só pela geração de superávits primários, mas também por mudança na taxa de crescimento das despesas públicas, que criaria condições para reduzir a taxa de juros de equilíbrio da economia.

4. As reformas estruturais para superação da crise fiscal.

A simples análises das tendências das receitas e despesas públicas no Brasil, como proporção do PIB, mostram trajetórias insustentáveis tanto da carga tributária como da dívida pública. O grau de vinculações de despesas como proporção da receita e de indexações em gastos – por exemplo, os salários de servidores públicos e benefícios previdenciários –, agrava mais ainda a rigidez da execução orçamentária, principalmente nas fases de desaceleração da *economia*, e torna a política fiscal ineficiente.

Uma boa governança fiscal é condição necessária para que o setor público cumpra seus papéis tanto de garantir ambiente favorável aos investimentos, e, por consequência, ao crescimento da economia, como de oferecer políticas públicas de boa qualidade visando atender com competência aos cidadãos.

No caso brasileiro, o crescimento da dívida pública e dos gastos com pessoal ativo e inativo, a ineficiência da gestão fiscal e os riscos iminentes sobre a inflação e o crescimento da economia exigem do Governo brasileiro, especialmente no âmbito federal, mudanças profundas e estruturais, exigindo, para tanto, a formação de uma agenda de reformas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A seguir, apresenta-se, de forma resumida, um rol das reformas necessárias, dividindo-as em dois objetivos: (a) equilíbrio fiscal estrutural e (b) produtividade e crescimento.

Dentre as reformas para alavancar o equilíbrio fiscal está, talvez a principal delas, a reforma da Previdência Social, atualmente objeto de discussão política no cenário nacional a partir da apresentação da proposta pelo atual presidente Jair Bolsonaro. O principal objetivo dessa reforma é o de reverter o atual déficit atuarial, tanto para o setor público como para o privado, diminuindo a diferença entre os regimes e acabando com privilégios ainda existentes.

Outra mudança essencial deve recair sobre as políticas sociais, a fim de focar nos grupos mais necessitados ao mesmo tempo em que se deve estipular que os benefícios não contributivos (assistenciais) nunca sejam iguais ou maiores que os benefícios contributivos (previdenciários) para não desestimular a contribuição para a previdência. Ademais, é preciso dar aos *beneficiários* a segurança de que poderão voltar a contar com o benefício assistencial no caso de, tendo obtido um emprego e perderem o benefício, vierem a ficar novamente desempregados. Isso evita que as pessoas saiam do mercado de trabalho e se tornem permanentemente dependentes do benefício assistencial.

A reforma nas regras de gestão de pessoal é ainda de suma importância para os governos estaduais e municiais e tem por objetivo: a) criar limites mais rígidos para a despesa de pessoal; b) dar maior flexibilidade legal para que se possa, na prática, reduzir a despesa de pessoal em momentos de dificuldade fiscal; c) ampliar a transparência; d) coibir a prática de se aumentar a despesa de pessoal repassando-se o ônus para o próximo governante; e) reequilibrar o poder de barganha entre servidores, administração pública e usuários de serviços públicos, atualmente desequilibrado em favor dos primeiros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Deve-se ainda reformar as regras financeiras e orçamentárias com o objetivo de tornar o orçamento realista (acabando com a frase feita de que, no Brasil, orçamento público é uma "peça de ficção"), melhorar a alocação dos recursos públicos, reduzir a rigidez do gasto, e reverter o caráter procíclico da despesa pública (cresce *quando* as coisas vão bem e precisam ser cortadas na crise, justamente quando a ação do Estado é mais necessária).

Não menos importante, deve-se promover reformas na governança de instituições públicas e no tamanho do Estado, a fim de desestimular práticas corrupção, ou de aumento da máquina estatal apenas com finalidade eleitoreiras, indicações partidárias sem fundamento técnico, além da utilização de instituições públicas, em especial bancos, para induzir decisões privadas. Por consequência, deve-se desestimular cada vez mais a interferência estatal em assuntos de mercado que não traga prejuízo macroeconômico a segurança nacional.

As reformas visando ganhos de produtividade e crescimento econômico são essências a retomada do desenvolvimento, que, aliado ao necessário ajuste fiscal e o controle da dívida pública, possibilitarão remover os fatores que hoje emperram a capacidade de produzir e negociar com eficiência e segurança. Destacando-se, nesse contexto: a) a reforma tributária, b) a modernização das relações do trabalho, c) a abertura da economia ao investimento e concorrência externa.

5. Considerações finais.

A retomada do crescimento econômico do país passa pela necessidade de contenção do endividamento público vivenciada nos últimos anos. A solução para crise fiscal depende das reformas estruturais que possam atrair investimentos internacionais a partir da criação de um ambiente interno seguro, eficiente e transparente (*compliance*). A diminuição da intervenção do Estado na economia e a desburocratização de setores estratégicos ao desenvolvimento do país, com elevação da concorrência, são medidas que deverão ser adotas já no curto prazo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ocorre que as reformas exigem sacrifícios, com redução de gastos de custeio, que, certamente, prejudicarão alguns grupos de interesse.

Não obstante, o cenário político atual se mostra favorável para essas reformas. A partir da assunção de um novo Governo autoproclamado liberal, que, desde a campanha eleitoral, tem defendido uma menor participação do Estado na economia e a execução de reformas, destacadamente a Reforma da Previdência, poderá adotar medidas pró-mercado, se valendo do ainda presente apoio popular advindo das urnas. Porém, essa *pretensão* liberal poderá esbarrar em um Congresso Nacional ainda amarrado aos velhos métodos da política do *toma lá, da cá*.

Superar os problemas do sistema político do presidencialismo de coalizão, marcado pela pulverização de partidos políticos e de congressistas desapegados a ideologia partidária, com elevado grau de infidelidade política, será um imenso desafio para o novo Governo, que em discurso de campanha, prometeu se afastar desse modelo tradicional. Assim, exsurge o questionamento se o novo Governo terá suporte político necessário para implementar essas medidas, o que certamente trará, no longo prazo, imenso desgaste *popular*, seja pelo lado das reformas, seja pelo lado das negociações políticas com o congresso.

Referências

DE ALMEIDA, Paulo Roberto. *Relações internacionais e política externa do Brasil*: a diplomacia brasileira no contexto da globalização. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

CARNEIRO, Dionisio Dias; WU, Thomas. *Política macroeconômica*: a experiência brasileira contemporânea. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

MATIAS-PEREIRA, José. *Curso de economia política*: foco na política macroeconômica e nas estruturas de governança. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Finanças públicas:* foco na prática fiscal, um planejamento e orçamento público. São Paulo: Atlas, 2012a.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PAIVA, Paulo. *Governança Fiscal.* In: Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional. Gilmar Mendes e Paula Paiva (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2017.

VELLOSO, Raul; MENDES, Marcos. *O Dia do Juízo Fiscal*. In: O dia do Juízo Fiscal. Rau Velloso (*et al.*). Rio de Janeiro: Fórum Nacional, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INSUFICIÊNCIA DA LEI PERANTE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

GEOVANA RISSO SILVA ESTEVÃO:
Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: Durante anos, nosso país carrega estigmas e segregações passadas que claramente perduram até hoje, podendo citar como exemplo a cultura patriarcal a qual causou consequências desastrosas na sociedade. E apesar de algumas conquistas terem sido alcançadas pelas mulheres em décadas anteriores, como a autonomia em alguns comportamentos antes inaceitáveis, tudo ocorreu de forma bem parcial e limitada. Estes costumes que foram passados de geração em geração, deram um perigoso poder ao homem, embutindo a ideia de ser considerado um ser superior sobre o outro gênero. E nesse contexto, uma das causas da violência de gênero advém justamente dessa ideia de poder, de autoridade e superioridade. Diante do exposto, este artigo vem demonstrar que apenas leis não bastam para barrar este tipo de ação enraizada, mas que antes precisaria ser esgrimido este tipo de ação enraizado em um corpo social.

Palavras Chave: Violência, mulheres, culturas, leis.

ABSTRACT: For centuries, our contry has carried stigmas and segregations that emdure, clearly, till now adays, being possible mention, as na example, the patriarchate culture. Which brought disastrous results to the society. Despite some conquests have been reached by the women in previous decades, such as the autonomy in some behaviors, previously unacceptable,everything ocurred in a partial and limited way. These customs, passed from generation to generation, gave to the man a dangerous power, involving him with the idea he can considerate himself a superior being related to the other gender, and in this contexto, one of the causes of violence of gender comes certainly of this idea of power, autrority and superiority. Before the exposed, this article intends to demonstrate that only laws

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

by themselves are not enought to neutralize this kind of action fixed in the culture. It would be necessary to fence this kind of rooted action in the social body.

Key-words: Violence, Women, Cultures, Laws.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. COMPREENDENDO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 2.2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM FACE A CONSTIUIÇÃO FEDERAL. 2.3. AVANÇOS DA LEI MARIA DA PENHA. 3. TIPOS DE VIOLÊNCIA. 3.1. VIOLÊNCIA FÍSICA. 3.2. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA. 3.3. VIOLÊNCIA SEXUAL. 3.4. VIOLÊNCIA PATRIMONIAL. 3.5. VIOLÊNCIA MORAL. 4. MEDIDAS PROTETIVAS. 4.1. CONCEITO. 4.2. DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. 4.3. DA INEFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA. 5. COMO COIBIR AS AGRESSÕES. 5.1. PERFIL DOS AGRESSORES. 5.2. PERFIL DAS VÍTIMAS. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que há tempos as mulheres sofrem violências, que advêm de uma questão sócio-cultural presente em diferentes grupos, pela qual os homens que exercem posturas patriarcais são os maiores antagonistas.

A violência doméstica não se define simplesmente em uma ação desumana de atacar fisicamente uma mulher, pelo contrário essa compreende seja qual for o ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual e psicológico à mulher.

Em razão disto, através de iniciativas governamentais para enfrentar o problema no Brasil, a seara jurídica e legislativa promulgou a Lei Maria da Penha, em 2006, a fim de combater os males da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Portanto, este artigo caminha de uma forma aprofundada sobre o tema, com o fim de descrever a evolução histórica e compreender o perfil dos agressores que levaram a assumir um comportamento degradante em relação ao sexo feminino, assim como demonstrar a aplicação objetiva e eficaz da lei e suas fraquezas envolvendo a violência contra a mulher, buscando maior integração entre todas as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

instituições envolvidas na aplicação da lei, bem como apresentar mudanças psíquicas em cada indivíduo.

2.COMPREENDENDO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

2.1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O período colonial no Brasil foi marcado pelo acesso dos portugueses no século XVI, o escopo principal deles eram explorar as terras, enriquecer e retornar à Europa. O auge econômico naquela época para os europeus adveio com a valorização do açúcar. A partir dessa necessidade, chegaram os primeiros engenhos com a fixação dos portugueses no litoral, instituindo a sociedade patriarcal no Brasil.

"Sob o domínio do *pater famílias*, conhecido como senhor de engenho, estabelecia-se a casa-grande, parte mais importante dessas fazendas, as quais eram governadas por uma gerente doméstica que mantinha a ordem e organização da casa, chamada também de matronas ou matriarcas.

Decorrente dessa hierarquização expressamente estabelecida para cada membro desse grupo social, a mulher por sua vez não só foi restringida de seu espaço proveniente do poder do marido sobre ela, mas também de reconhecer seu próprio lugar e função social.

A independência feminina, tanto da esposa como das filhas, era restrita do modo mais autoritário possível pelos patriarcas, que viam nessas mulheres propriedades suas.

Uma das referências da sociedade patriarcal era a distinção dos sexos. O homem era visto como uma figura viril, por isto, mantinha o dever de manter a si mesmo e seus filhos, e o fato de cometer adultério era naturalmente aceitável socialmente. Em compensação, a mulher representava a figura frágil, sensível, ingênua, possuidora da emoção, e seu adultério deveria ser punido, pois jamais permitia-se que uma mulher tivesse comportamento semelhante ao do homem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Portanto, até recentemente, a sociedade vem reproduzindo a subordinação da mulher perante o sexo masculino através da tradições e costumes, inclusive estando enraizado no inconsciente tanto dos homens quanto das mulheres.

2.2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM FACE A CONSTIUIÇÃO FEDERAL

Um dos aspectos mais importantes da Constituição Federal de 1.988 foi acabar com desequilíbrio existente entre homens e mulheres. Logo, eles serão tratados de forma igualitária pela Constituição, não havendo distinção entre os sexos, assim consagra o artigo 5º da Constituição Federal.

Um dos fundamentos estabelecidos pela lei maior é a dignidade, a título de exemplo, a violência praticada contra a mulher afronta o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Além disso, a saúde e o bem estar das famílias, tem peculiar proteção do Estado, pelo qual asseguram-se instrumentos para coibir a violência no ambiente familiar.

A Constituição Federal de 1.988 deu tratamento diferenciado à mulher, facultando a legislação infraconstitucional diminuir os desníveis de tratamento em razão do sexo, por meio de medidas que amenizem as diferenças físicas e emocionais entre homens e mulheres.

2.3. AVANÇOS DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha é considerada, em termos mundiais, como uma das três melhores legislações, do mundo, ela é muito avançada e contém preceitos preventivos e de políticas públicas. Porém já se passaram 12 anos de sua publicação e o cenário da violência contra a mulher no Brasil não é dos melhores, e certamente está muito longe do ideal.

A Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, origina-se de uma referência à Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de violência doméstica durante 23 anos de casamento. O autor, seu marido, tentou assassiná-la por duas vezes: a primeira vez, com uma arma, que resultou para ela uma paraplegia; por, eletrocussão e afogamento. Tantas violências fizeram com que a vítima tomasse coragem e apresentasse a denúncia. O julgamento demorou 19 anos, e ele ficou apenas 2 anos preso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Por esse motivo, foi apresentada uma denúncia formal à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e o Brasil foi condenado por não dispor de mecanismos suficientes e eficientes para coibir a prática de violência doméstica contra a mulher.

A Lei ,com certeza, apresenta aspectos importantes neste avanço como, por exemplo: a violência doméstica contra a mulher independe de orientação sexual; afasta a competência dos Juizados especiais para julgá-los; impede a aplicação de penas pecuniárias; proíbe que a mulher entregue a intimação ao agressor;Possibilita a prisão em flagrante e a prisão preventiva do agressor, a depender dos riscos que a mulher corre; A mulher passa a ser notificada dos atos processuais, especialmente quanto ao ingresso e saída da prisão do agressor, e passa a ser acompanhada por advogado, ou defensor, em todos os atos processuais e permite ao Juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

3.TIPOS DE VIOLÊNCIA

3.1.VIOLÊNCIA FÍSICA

Outrossim, o art. 7º, inciso I da Lei Maria da Penha (Lei n.11.340, de 07 de agosto de 2006) disciplina in verbis: "Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

> "I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;"

É uma das formas mais constantes de violência no meio familiar, pois advém à princípio de "punições e disciplinamento", os quais são uma forma de alívio de tensões e de frustrações dos seus agentes.

3.2.VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

A violência psicológica é toda ação ou omissão determinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhação,

isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal.

> "II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à saúde."

A Lei nº 13.772/2018 trouxe uma inovação quanto ao artigo 7°, inciso II, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), visto que alterou a referida lei para constar que a "violação da intimidade" da mulher constituiria uma forma de violência no plano doméstico, em que o legislador a inseriu como violência psicológica.

3.3.VIOLÊNCIA SEXUAL

Há diferentes formas de conceituar violência sexual. Pode-se afirmar que esta é uma opção de gênero que se dá por causa do papel do homem e da mulher por motivos sociais e culturais em que o homem é o autoritário. É uma espécie de violência que envolve relações sexuais não consentidas e pode ser praticada tanto por conhecido, familiar ou por um estranho.

Conforme descreve o art. 7, inciso III, da Lei Maria da Penha:

> "III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;"

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto alertam que "agressões como essas provocam nas vítimas, não raras vezes, culpa vergonha e medo, o que as faz decidir, quase sempre, por ocultar o evento".

3.4.VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

O artigo 7, IV, da Lei Maria da Penha traz a definição legal de violência patrimonial:

> "IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades".

Esse tipo de violência é de praxe um dos mais vivenciados entre as mulheres, afinal dependem financeiramente do parceiro, submetendo-se a uma relação abusiva, para satisfazer suas necessidades até mesmo biológicas.

3.5.VIOLÊNCIA MORAL

Conforme demonstra o art. 7°, inciso V, da Lei Maria da Penha:

> "V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria".

O último tipo, não menos importante, é a violência moral que está fortemente associada à violência psicológica, tendo, porém, efeitos mais amplos, uma vez que sua configuração impõe, pelo menos nos casos de calúnia e difamação, ofensas à imagem e reputação da mulher em seu meio social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

4. MEDIDAS PROTETIVAS

4.1. CONCEITO

As medidas protetivas de urgência são mecanismos garantidos por lei, às vítimas de violência doméstica, independentemente de qualquer raça, cor, etnia, orientação sexual, renda, idade e religião, a fim de resguardar a sua proteção e de sua família.

Por se tratar de medida de urgência, a vítima pode solicitá-la por meio da autoridade policial, ou do Ministério Público, que vai encaminhar o pedido ao juiz, conforme dispõe o artigo 19, caput, da Lei 11.340/2006. A lei prevê que a autoridade judicial deverá decidir o pedido no prazo de 48 horas.

Tais medidas, poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e da manifestação do Ministério Público, ainda que o Ministério Público deva ser prontamente comunicado. Além disso, podem ser substituídas por outras de maior eficácia, ou ainda, aplicadas cumulativamente, de acordo com o parágrafo 2º do mesmo artigo.

4.2. DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

É importante reiterar que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Porém, se houver um risco iminente, poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e da manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

> "Nas lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha são medidas administrativas, obrigatórias e de cunho cautelar, visando essencialmente a proteção da mulher. Assim, conclui-se que sua aplicação não é uma alternativa ao agressor, mas sim uma imposição que, havendo descumprimento, poderão ser tomadas providências mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> severas, como o uso de força policial ou a prisão preventiva do agressor."

A Lei Maria da Penha traz duas espécies de medida protetiva de urgência: a primeira prevista no Art. 22, que obriga o agressor; e a segunda apresentada nos Art. 23 e 14, que protege a ofendida.

O artigo 22, caput, diz que, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos do Estatuto do Desarmamento; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; prestação de alimentos provisórios, isso pra que a ofendida não fique sem suporte financeiro; proibição de aproximação e de contato com a ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, bem como por qualquer meio de comunicação; proibido de frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida e restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.

Em virtude de ser determinada uma medida para punir o agressor, o magistrado pode impor outras medidas, sem prejuízo das já tomadas, para que a ofendida fique protegida e seja amparada pelo Estado.

Assim, o juiz pode determinar (artigo 23, inciso I) que ofendida e seus dependentes sejam encaminhados a programa oficial ou comunitário, a fim de que seja protegida e também possa ser atendida em casos de violência. Ademais, é possível a recondução ao residência da ofendida e de seus dependentes por meio de amparo policial, depois que o agressor tiver se afastado (artigo 23, inciso II); ainda, mesmo com o seu afastamento do lar, de modo nenhum será prejudicado os direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos (artigo 23, incico III); Por fim, conforme dispõe o inciso IV, do artigo 22, todos da Lei 11.340/06, poderá ser determinada a separação de corpos, isso para que a vítima não permaneça no mesmo ambiente que o agressor, resguardando assim sua integridade física e psicológica e de sua família.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

É de suma valia, destacar que a lei, por sua vez, trouxe uma novidade legislativa, incluída pela Lei n° 13.641/2018, que criou o artigo 24-A, na Lei Maria da Penha, a quebra de medida protetiva de urgência, agora é crime de acordo com o nova letra da norma. Ademais, configura-se o crime independentemente da competência civil ou criminal do juiz que aplicou as medidas. Interessante notar que, em caso de prisão em flagrante, a autoridade policial não poderá conceder fiança, mas somente o Juiz quem a concederá. O intuito é resguardar as mulheres com mais eficácia de atos praticados pelos autores que descumprem tais medidas.

4.3. DA INEFICÁCIA DA MEDIDA PROTETIVA

Após termos analisado o que são as medidas de urgência e quais são elas, há as que obrigam o agressor e aquelas que dão auxílio e amparo a proteção da ofendida. Neste momento vamos expor o porquê delas se tornarem ineficazes em muitos casos.

Acontece que as vítimas não denunciam seus agressores por medo e eles acabam ficando impunes, prolongando o sofrimento das mulheres por muitos anos. No entanto, ainda que estes sejam denunciados efetivamente, as medidas impostas não são suficientes para que o autor das agressões se mantenha afastado da vítima e, em consequência disso voltam a praticá-las mesmo estando sob imposição da justiça.

O que se pode notar é a dificuldade da aplicação e também da fiscalização das medidas protetivas quando se trata de conferir uma das determinações judiciais pois, como já é sabido, reiteradas vezes o agressor ameaça para que a queixa seja retirada e, com isso, a vítima acaba por se retratar da representação fazendo com que tais medidas de proteção sejam revogadas, ficando o agressor livre para praticar outros delitos.

Portanto, o poder público deve adotar medidas necessárias que deem suporte suficiente às vítimas, inserindo ações voltadas ao combate à violência doméstica, com vista a garantir o exercício pleno da cidadania e o reconhecimento dos direitos humanos, através de ações que restabeleça o vínculo entre os casais, preparando-os para a prevenção da violência no lar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5.COMO COIBIR AS AGRESSÕES

5.1 PERFIL DOS AGRESSORES

Após diversas pesquisas, foi constatado que, na maioria das vezes os filhos tendem a reproduzir atitudes dos pais vivenciadas durante o período da infância (fase esta, em que se forma o caráter e a personalidade do indivíduo). Através de processos psíquicos interiorizados, leva o mesmo a reproduzir de modo indireto, em outro momento de sua vida, a mesma atitude vivida nesta época. Deste ponto, nasce a ideia do caráter transgeracional: Para homens, procede o pensamento de agressividade e autoridade sobre o sexo oposto; já para as mulheres que vivenciam a agressão, a assimilação de ideia de submissão.

Para Eduardo Carrillo de Albordoz "um percentual elevado dos futuros agressores foram anteriormente ou tem sido testemunhas destas condutas violentas que foram, ou têm sido aprendidas durante os períodos de desenvolvimento e maturação do indivíduo".

Outro fator (segundo o portal de notícias online do Senado Federal) relatou que, em 2015, através da central de atendimento pelo telefone, chegou-se à conclusão de que a bebida e/ou ciúme desenfreado configuram como principais agentes causadores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. Logo, estes dados levam a acreditar que o consumo de bebida alcoólica potencializa a discussão e o ciúme, ocasionando os ataques.

5.2. PERFIL DAS VÍTIMAS

Como já exposto no tópico acima, os agressores, por vezes, têm a capacidade de dissimulação em relação às vítimas, tornando os ataques em um círculo eternamente vicioso, pois muitos mudam o comportamento radicalmente; demonstram arrependimento, pedem desculpas e simulam, até mesmo choro. E muitas mulheres, diante de tal situação, cedem a esse jogo diversas vezes pensando em manter a família, com base na esperança de que o homem um dia irá mudar. Após passar o tempo, os agressores conseguem o que querem e voltam a ser quem realmente são, retomando ao início das agressões e das atitudes violentas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Muitas mulheres, por vergonha de admitirem que sofrem violência doméstica, continuam em relacionamentos abusivos. Algumas, também por serem ameaçadas de diversas formas (como já exposto no início deste artigo) têm o receio de virem a sofrer novamente as agressões, de perderem os filhos ou até mesmo, serem assassinadas;

Outro fato gerador ocorre pela proibição, por parte dos maridos ou mesmo pela forma em que foram criadas, a não trabalharem e, por consequência, dependerem exclusivamente dos parceiros, então, permanecem com eles por dependência; já outras, sentem medo dos filhos as culparem ou rejeitarem, caso decidam se separar do marido.

Observa-se que, em uma alta porcentagem desses casos, isso ocorre pela dependência emocional causada perante o companheiro, ou seja, acham que não vão conseguir sobreviver sozinhas, sem a presença afetiva do mesmo, submetendo-se assim a qualquer tipo de situação.

Outras, por terem recorrido diversas vezes à justiça e não obterem êxito, deixam de acreditar que a polícia ou o Poder Judiciário poderão ajudá-las a livrar-se do agressor.

Por fim, um dos grandes e piores motivos, se dá por um número expressivo de mulheres que acredita que apanhar faz parte da relação conjugal, portanto, é algo natural.

6. CONCLUSÃO

Assim como já exposto nos capítulos anteriores, é possível chegar a solução do problema a partir das causas.

Primeiramente, as mulheres não precisam apenas de garantias "no papel" pela Constituição Federal e Leis como a Lei Maria da Penha; a sociedade deve passar por uma metanoia, ou seja, por uma mudança de pensamentos e de caráter - desenraizar a cultura patriarcal criada durante séculos, em que torna o homem um ser superior à mulher, colocando-a em situação de vulnerabilidade e acarretando, desta forma, o sentimento de posse em relação ao sexo oposto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Politicas de conscientização ao agressor devem ser impostas ao Estado. Segundo a Secretaria de Estado de Defesa Social (Seds), a delegada Águeda Bueno divulgou números no ano de 2015 realmente significantes, após tais medidas serem aplicadas para a conscientização dos autores das agressões.

A própria valorização e alto confiança tornam-se necessárias, assim como desempenhar atitudes, entendendo que apenas manter o casamento não é o bastante, é necessário que seja um relacionamento saudável. *"Não é se submetendo a tudo que você salvará o seu casamento, portanto, não seja conivente com o que você não acredita ou despreza, não se intimide e faça com que a sua opinião seja levada em conta". (Suely Buriasco* - Mediadora de Conflitos, educadora com MBA em Gestão de Pessoas).

Mulheres que querem se engrandecer rebaixando outras mulheres é uma total incoerência, portanto, não se deve depreciar umas às outras - desvalorização acaba cultivando ainda mais as crenças machistas; Violência jamais pode ser justificada.

Estudos científicos e escritores renomados como Catharine MacKinnon, comprovam que a pornografia cria uma cultura de depreciação ao gênero feminino, incentivando ainda mais as agressões de forma asquerosa e cruel. Isto posto, devem ser constantes a não aceitação e o incentivo de que cada dia mais isto seja banido dos lares familiares.

Por fim e não menos importante, a violência contra a mulher necessita ser compreendida como algo não aceitável sob qualquer ótica, causando repúdio e indignação, tornando-se algo totalmente inaceitável. Trata-se de um crime e, portanto, precisa ser denunciado e combatido. A mulher nunca deverá ser tratada como objeto sexual ou como qualquer coisa que se possa pertencer ou tomar posse.

REFERÊNCIAS

LEAL, José Carlos. **A Maldição da Mulher: de Eva aos dias de hoje.** São Paulo: Editora DPL, 2004.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha da Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (11.340/2006)**.** São Paulo: RT, 2007.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Bahia: Jus Podivm, 2016.

SAÚDE SF. **Saúde da mulher e direitos reprodutivos.** Recife: Fundação Ford; 2001 (1 citação).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao,589527.html

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm#art46

CARRILLO DE ALBORDOZ, Eduardo. Aspectos clínicos y médico-legales de la violencia de género. In: FARIÑA, Francisca, ARCE Ramón, BUELA-CASAL Gualberto (eds.). *Violencia de género*: tratado psicológico y legal. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015, p. 170.

Disponivel em: https://www.familia.com.br/4-formas-de-prevenir-a-violencia-contra-a-mulher/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

ELAINE SABRINA MOREIRA SCHUWARTEN: Graduada em Direito pela UFMG em 2006. Pós-graduada e Analista em Direito no MPMG.

RESUMO: O presente artigo trata da possibilidade da cumulação do pagamento do adicional de insalubridade e periculosidade no direito do trabalho, através da aplicação das normas internacionais no ordenamento jurídico interno. Faz-se uma análise das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, citando, dentre outros, a Constituição Federal e os artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas, apresentando jurisprudência, posições dos Tribunais Superiores e doutrinadores, com o intuito de priorizar os direitos sociais universais e o princípio constitucional da supremacia. Assim, busca-se a aplicação justa da legislação trabalhista em favor do trabalhador, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro existem controvérsias sobre o tema em questão, tornando-se necessária a aplicação das regras de direito internacional. Portanto, este trabalho teve como escopo estudar, mesmo que sucintamente, por meio de pesquisa bibliográfica, a possibilidade de cumulação dos adicionais em questão. Para tanto, apresentaremos alguns conceitos que permeiam o instituto, sua função na proteção dos direitos sociais, buscando, ainda, o entendimento jurisprudência no que tange ao tema.

Palavras-chave: Periculosidade. Insalubridade. Cumulação. Proteção do trabalhador.

Introdução

Os direitos trabalhistas, vistos com base nos direitos fundamentais, foram conquistados ao longo da história sob a égide de muitos conflitos travados entre as classes de empregadores e empregados.

A história demonstra a ausência de direitos e garantias dispensadas aos empregados, quando da vigência do Estado Liberal, situação que fez surgir o Estado Social, possibilitador de maior garantismo dos direitos sociais, até que se chegasse ao atual Estado Democrático de Direito.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É com base no acima expresso, bem como na ordem principiológica construída ao longo do tempo, que chegamos ao entendimento de que os direitos sociais (direitos fundamentais) estão em constante e crescente evolução, não se admitindo, assim, seu retrocesso.

Todavia, não podemos limitar o direito do homem apenas sob a ótica dos direitos fundamentais (expressão usada no direito interno), uma vez que os direitos do homem são considerados universais alcançando assim a esfera internacional.

O direito ao trabalho e o direito ao livre exercício da atividade empresarial estão elencados e protegidos no texto Constitucional vigente. Ocorre que, por muitas vezes, a depender do tipo de atividade desempenhada por determinado empresário, este acaba por expor o empregado ao risco ou a agentes que o legislador considerou prejudiciais à saúde ou à vida do empregado.

Nesse contexto, a Constituição e a legislação infraconstitucional apresentam uma gama de direitos visando proporcionar ao empregado maior proteção quando do exercício do labor.

Devido a essa amplitude de direitos, serão apresentados, no presente trabalho, em razão do estudo ora proposto, apenas os direitos ao adicional de insalubridade e periculosidade, buscando fundamentos que possibilitem a cumulação dos referidos adicionais, uma vez que a jurisprudência interna tem apresentado posições diversas (sendo algumas prejudiciais ao trabalhador) quanto ao assunto em comento.

O artigo em questão tem como objetivo apresentar, além dos conceitos que facilitem o entendimento do tema, a possiblidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, como direitos fundamentais ao homem, e, ainda, como direitos universais, uma vez que afetam a saúde e a vida, tendo esse fundamento na norma internacional, expedida por Organismo Internacional, da qual o Brasil é signatário.

Tal análise se justifica devido ao fato de que no ordenamento interno existem controvérsias sobre a possibilidade da cumulação dos referidos direitos, situação quem tem gerado grande insegurança jurídica. Nesse sentido, o estudo se perfaz por meio bibliográfico, bem como por meio de entendimento jurisprudencial dos tribunais sobre o tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desenvolvimento

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 7°, inciso XXIII, "o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei", como direito dos trabalhadores urbanos e rurais (BRASIL, 1988, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

O diploma constitucional recepcionou o disposto nos artigos 192 e 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 dando ao trabalhador o direito, quando do labor em situações insalubres ou perigosas, a perfazer um valor, em dinheiro, para compensar os danos advindos daquelas à saúde ou à vida.

A CLT, em seu artigo 189, ao tratar do adicional de insalubridade o conceituou:

> Art.189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (BRASIL, 1943)

Ainda, no artigo 193, o mesmo diploma legal conceitua como atividade perigosa o seguinte:

> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:(Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)
>
> I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)
>
> II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (BRASIL, 1943)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Dentro, também, do ordenamento normativo, as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego de n. 15 e n. 16 regulamentaram os adicionais supramencionados (BRASIL, NORMAS REGULAMENTADORAS DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 1978/1978).

Partindo da premissa de que o empregado, exposto a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância, bem como exposto a risco acentuado em virtude de exposição permanente, faz *jus* à percepção de um valor para fazer frente aos danos causados pelos agentes nocivos, sejam eles insalubres ou perigosos, chega-se ao enfoque do tema do presente trabalho, que se limita a analisar a possibilidade de o empregado receber os valores condizentes ao referidos adicionais cumulativamente, quando tiver laborado em ambas as condições concomitantemente.

Primeiramente, deve-se ater ao que expressa a lei e aos atos normativos que a regulamenta. O artigo 193 da CLT, em seu §2°, expressa que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido"(BRASIL 1943, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO).

Corroborando a norma acima, a NR 16 aduz que "o empregado poderá optar pelo adicional de Insalubridade que porventura lhe seja devido" (BRASIL, NORMA REGULAMENTADORA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 1978).

Ao tentar interpretar o artigo 192 da CLT, o Procurador do Trabalho, Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirmou que "prevalece o entendimento de que, no caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, sendo vedada a percepção cumulativa" (GARCIA, 2017, p. 253).

Além disso, tem-se, no topo da pirâmide, a Constituição da República que prevê, em seu artigo 7°, inciso XXIII: "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei" (BRASIL 1988, CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Verifica-se que no texto Constitucional houve a utilização do conectivo "ou" dando a ideia de escolha de um ou outro adicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, é possível perceber que há uma lacuna na lei, uma vez que não existe, concretamente, norma que regulamente as situações em que o empregado venha ser exposto tanto aos agentes insalubres, como aos perigosos, concomitantemente.

Sendo certo que o juiz não pode se esquivar de decidir sob alegação de lacuna legislativa, princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, as demandas apresentadas ao judiciário, inclusive aquelas apreciadas pelo órgão de cúpula em matéria trabalhista, vêm apresentando divergências, conforme será analisado a seguir.

No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, por todo o país, o entendimento, ora é pela possibilidade de cumulação dos adicionais, ora é pela impossibilidade de recebimento simultâneo dos adicionais já citados.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região estabeleceu entendimento no sentido de que é possível a percepção de ambos os adicionais em estudo, quando o empregado estiver exposto à agentes insalubres e perigosos, conforme se depreende do aresto que se segue:

> **Ementa: CUMULAÇÃO** DOS **ADICIONAIS** DE **INSALUB RIDADE** E **PERICULOSIDADE**. **POSSIBILIDADE**. Importante observar que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil gozam de hierarquia supralegal. As disposições contidas na Convenção n. 155 da OIT, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 17.03.92, ratificada em 18.05.92 e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 29.09.94, devem prevalecer sobre àquelas constantes do parágrafo 2º , do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15. A norma constitucional, quando tratou do "**adicional** de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas", não estabeleceu qualquer impedimento à sua **cumulação**, até porque os **adicionais** são devidos por causas e com fundamentos absolutamente diversos. A impossibilidade de percepção cumulada
> dos **adicionais** de **periculosidade** e **insalubridade** constant
> e do parágrafo 2º, do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 15 não se mostra compatível com as normas constitucionais mencionadas, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável. (SÃO PAULO - TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00022934620125020064. Relator: Ivete Ribeiro, 2012.

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por sua vez, o entendimento é pela impossibilidade de cumulação dos adicionais:

> **Ementa: CUMULAÇÃO** DOS **ADICIONAIS** DE **INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. Dispõe o art**. 193, § 2º da CLT, que o empregado que se submete a riscos de **periculosidade** pode optar pelo **adicional** de **insalubridade**, se esse lhe for mais benéfico. Significa que o legislador considerou a possibilidade de **cumulação** do risco, mas descartou a da sobreposição de **adicionais**, cabendo ao empregado a escolha de um deles.(MINAS GERAIS - TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 01162201311103003 0001162-28.2013.5.03.0111. Relator Ministro: Lucilde D´Ajuda Layra de Almeida, 2013).

Não obstante, em abordagem trabalhista, desde que não envolva matéria constitucional, a palavra final é do Tribunal Superior do Trabalho. E, nesse caso, infere-se que o citado Tribunal Superior tem emanado decisões divergentes quanto à matéria em comento, conforme se constata dos arestos abaixo transcritos.

Veja-se as decisões favoráveis à cumulação dos adicionais em questão:

> **Ementa:** RECURSO DE REVISTA - **ADICIONAL** DE **INSALUBRIDADE** - **ADICIONAL** DE **PERICULOSIDADE** - **CUMULAÇÃO** - **POSSIBILIDADE** - PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT - JURISPRUDÊNCIA DO STF - OBSERVÂNCIA DAS CONVENÇÕES NºS 148 E 155 DA OIT. No julgamento do RR-1072- 72.2011.5.02.0384, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, esta Turma firmou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> entendimento de que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao percebimento dos **adicionais** de **insalubridade** e de **periculosidade**, sem ressalva acerca da **cumulação**. A possibilidade de recebimento cumulado dos mencionados **adicionais**se justifica em face de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Além disso, a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nºs 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, determina a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Assim, não se aplica mais a mencionada norma da CLT, sendo possível o pagamento conjunto dos **adicionais** de **insalubridade** e de **periculosidade**. Recurso de revista desprovido. (BRSÍLIA - TST - RECURSO DE REVISTA RR 24390520115150018 (TST). Relator Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, 2011.

Em sentido contrário, o Tribunal Superior do Trabalho manifestou pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

> RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE.A C. SBDI -1 firmou o entendimento de não ser possível a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, sendo assegurada ao empregado a opção por aquele que lhe seja mais vantajoso. Julgados. Recurso de Revista conhecido e provido. (BRASÍLIA - TST - RECURSO DE REVISTA RR 11894920125020054 (TST). Relator Ivani Contini Bramante, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº **13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.** Ressalvado o meu entendimento pessoal, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no julgamento do processo E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, em 13/10/2016, **assentou que há norma expressa no artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a qual é vedada a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. Assim**, ainda que presentes ambos os agentes, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo (fatores ou causa de pedir distintos), descabe tal condenação. Concluiu, diante de tais aspectos, pela possibilidade de o empregado optar por um desses adicionais. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (BRASÍLIA - TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 207052120145040251 (TST). Relator Cláudio Mascarenhas Brandão, 2017).

Observa-se das decisões aqui apresentadas que, dentro do próprio Tribunal Superior do Trabalho, há divergências entre as Turmas, ao se apreciar a possibilidade ou não da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Contudo, essa divergência não paira puramente no âmbito do sistema legal interno. Conforme visto, a Constituição da República de 1988 é omissa quanto à possibilidade de se cumular a percepção de ambos os adicionais. Por sua vez a legislação infraconstitucional apresenta normas, que, do ponto de vista da interpretação literal, impossibilitariam a cumulação dos adicionais aqui estudados.

Nesse sentido, resta analisar o que a norma internacional preleciona, pois é nesse viés que incide a celeuma aqui ventilada.

Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, "a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi instituída pelo Tratado de Versalhes, de 1919, em sua Parte XIII.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Posteriormente, a Declaração de Filadélfia, de 1944, complementou aquelas disposições" (2017, p.78).

O Brasil, como país em desenvolvimento em direitos humanitários, é signatário de vários instrumentos internacionais, os quais visam proporcionar a evolução social dos povos como um conjunto universal. Devido a isso, o Brasil se compromete, ao possibilitar que uma norma internacional adentre a estrutura interna normativa, a seguir os preceitos vigentes em determinada norma internacional.

Nesse sentido, mister analisar o que rege a norma internacional no que se refere ao tema em comento.

A Convenção n. 155 da OIT, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, incorporada ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 1.254, de 29.09.1994, entabula, em seu artigo 11, alínea b, que:

> a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes**; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes**[1]**; (g.n). (BRASIL, DECRETO-LEI 1.254/1994)**

Com base na norma acima, a doutrina e parte da jurisprudência vêm entendendo que o artigo 193, §2º, da CLT, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme se vislumbra abaixo:

> Resta evidente que o Art. 193, parágrafo 2º da (CLT) não foi recepcionado pela (CF/1988), foi afronta as Convenções n. 148 e 155 da (OIT). E tendo elas hierárquica de lei ordinária posterior a (CLT), devem estes dispositivos prevalecer. A impossibilidade da cumulação dos adicionais previstos do Art. 193, parágrafo 2º da (CLT) e no item 15.3 da NR-15 do (MTE)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> são incompatíveis com os princípios da dignidade da pessoa humana e o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável (NASCIMENTO, 2015, p. 140).

Nesse diapasão, é possível verificar que há norma internacional que possibilita a cumulação do recebimento dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Diante desse cenário, cabe ainda analisar a questão da aplicabilidade da norma internacional no direito interno brasileiro. Uma primeira questão a ser mensurada é o requisito de incorporação ao ordenamento interno, fato que ficou superado com a promulgação do Decreto nº 1.254, de 29.09.1994, que possibilitou a aplicação da Convenção n. 155 da OIT, no âmbito da legislação interna, no que diz respeito às relações de trabalho.

Ademais, a "jurisprudência do país (STF), por décadas, entende que esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com status de norma infraconstitucional. Isso significa que se submetem, inteiramente, ao crivo de Constitucionalidade". (DELGADO, 2014, p.153)

Ao incorporar ao ordenamento jurídico pátrio, fica superada qualquer alegação de incompatibilidade da norma internacional com as normas vigentes na ordem jurídica interna, uma vez que tal análise é anterior à promulgação. Assim, a norma internacional e a norma interna passam a coexistir, observando para tanto os requisitos hierárquicos, a especialidade e a temporalidade, estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4.657/1942.

Notadamente, é preciso ressaltar que os tratados e convenções internacionais são reconhecidos como fontes do direito, nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado aduz, em sua obra, Curso de Direito do Trabalho, que:

> Os tratados e convenções internacionais podem ser fonte formal do Direito interno aos Estados envolvidos. Assim, irão se englobar no conceito de fonte normativa heterônoma (lei, em sentido material ou sentido amplo), desde que o respectivo Estado soberano lhes confira ratificação ou adesão- requisitos institucionais derivados da noção de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> soberania. No Direito do Trabalho, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro têm se tornado importantes fontes formais justrabalhistas no país (2014, p. 153).

A autora Maria Cecília Máximo Teodoro afirma que:

> a)As normas constitucionais incidentes, direta ou indiretamente, na relação de emprego formam O Direito Constitucional do Trabalho; b) as normas que compõem o sistema regional de proteção dos direitos humanos incidentes, direta ou indiretamente, na relação de emprego formam o Direito Regional do Trabalho; c) as normas que fazem parte do sistema internacional de proteção dos direitos humanos incidentes, direta ou indiretamente, sobre relação de emprego, formam o Direito internacional do Trabalho; d) as normas que compõem o sistema universal de proteção da dignidade humana incidentes, direta ou indiretamente, na relação de emprego formam o Direito Universal do Trabalho (TEODORO, 2016, p. 45).

Dessa forma, é na perspectiva da visão do Direito do Trabalho como universal, ou seja, como direito do homem, que se inclui na perspectiva dos direitos humanos, bem como do acima já mencionado, é que deve se aplicar a norma internacional, quando vislumbrado, no caso concreto, o labor em ambientes insalubres e perigosos, possibilitando assim a interpretação de que a cumulação no recebimento dos dois adicionais é possível.

Ademais, conforme bem abordado pela autora Teodoro (2016, p.45) "os vários níveis normativos do Direito do Trabalho são complementares, prevalecendo, no caso de conflito vertical (tratados e normas internas) ou horizontal (dois ou mais tratados), a norma mais favorável ao trabalhador".

Devemos nos ater à evolução social, pela qual a humanidade passou, após a segunda guerra mundial, saindo do estado do puro legalismo e avançando para o estado social e garantista, no que se refere aos direitos sociais. Diante disso, com base nos direitos do homem, não é possível vislumbrar um retrocesso da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

humanidade. Devido a isso há grande cooperação entre os povos visando garantir os direitos universais do homem.

O professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia aduz que:

> [...] importantes direitos trabalhistas, diretamente relacionados à segurança e medicina do trabalho (como os adicionais de insalubridade e de periculosidade), fazem parte dos direitos sociais, os quais também figuram como direitos humanos fundamentais, normalmente conhecidos de "segunda geração" ou "dimensão. (2017, p. 642).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, §2º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". (BRASIL, 2017).

A nova ordem jurídica Constitucional, bem como internacional, vem apresentando crescente posição no sentido que a pura legalidade não é capaz de suprir as necessidades sociais e humanitárias, momento que abre espaço para aplicação da normatividade dos princípios, que por serem mais abstratos, conseguem acompanhar a evolução social contribuindo para real estado democrático de direito.

Corrobora o acima expresso a Convenção n. 148 de 1977 da OIT, sobre proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, aprovada e promulgada no Brasil por meio do Decreto 93.413/1986, a qual determina em seu artigo 8, item 3, que:

> Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho. (BRASIL, 1986, DECRETO 93.413).

Como se pode observar, as normas internacionais em comento dispõem de forma mais benéfica e coerente, possibilitando o recebimento simultâneo dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando o empregado estiver exposto a ambos os agentes.

Nesse sentido, é possível chegar ao entendimento de que a norma prevista no artigo 193, §2, da CLT, a qual estabelece que o empregado que esteja exposto aos agentes de insalubridade e periculosidade, simultaneamente, não faz *jus* ao recebimento de ambos os adicionais é equivocada, pois não coaduna com a atual ordem jurídica universal dos direitos do homem.

Garcia, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, faz uma crítica à norma estabelecida no artigo acima ferido:

> O §2º do art. 193 prevê que o empregado pode optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Por isso, tende a prevalecer o entendimento de que ele não faz *jus* ao recebimento de ambos os adicionais ao mesmo tempo, posicionamento este que, no entanto, merece *fundada crítica*, pois, se o empregado está exposto tanto ao agente insalubre como também à periculosidade, nada mais justo e coerente do que receber ambos os adicionais (art. 7º, inciso XXIII, da CF/1988), uma vez que os fatos geradores são distintos e autônomos. (GARCIA, 2017, p. 659).

Aduz, ainda, referido autor, que caso prevaleça o entendimento de que o "recebimento do adicional de periculosidade afasta o direito ao adicional de insalubridade, não haveria, consequentemente, como integrá-lo no cálculo do adicional de periculosidade" (GARCIA, 2017, p. 659).

A autora segue afirmando que o item 15-3 da NR 15 o qual estabelece a não cumulatividade dos adicionais aqui ventilados é inconstitucional, "porque viola a separação de poderes, na medida em que o poder Executivo, nesse caso, estaria indo além da lei, procedendo ao ato de legislar" (ALELUIA 2015, p. 466).

Ademais, mesmo que a norma estabelecida na NR 15, em seu item 15-3, não vestisse a roupagem da inconstitucional, e viesse essa a conflitar com as normas de direito internacional das quais o Brasil é signatário, tal conflito poderia ser elidido pelas regras estabelecidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(Decreto-lei 4.657/1942)[2], o que possibilitaria a aplicação das Convenções n. 148 e n. 155 da OIT.

Além disso, o princípio da norma mais favorável faria com que as Convenções em comento sobrepusessem a norma estabelecida na NR em questão, de modo a fazer prevalecer os direitos dos empregados em situações de exposições mais gravosas à saúde e à vida.

Deste modo, é preciso se ater ao fato de que o direito aos adicionais em questão de forma cumulativa tem natureza social, conforme Garcia (2017, p. 659), são "de ordem fundamental, essenciais, assim, para a preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana na esfera das relações de trabalho".

A visão universal dos direitos trabalhistas envolve a convivência e harmonização de todas as normas, dando primazia à norma que busca garantir os direitos humanos do homem como pessoa e como trabalhador.

Na busca de um Direito do Trabalho humano, é preciso reconhecer que essa ciência possui vários níveis de normatividade, sendo que essas não apresentam um fim em si mesmos, pois buscam sobretudo a valorização do homem sobre o estado das coisas.

Como se pode notar, "as normas internacionais em questão, dispondo de forma mais benéfica e coerente, admitem o recebimento, simultâneo, dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando o empregado está exposto a ambos os agentes" (GARCIA, 2017, p. 659).

Nessa perspectiva, de que os direitos trabalhistas estão além da mera formalidade contratual, pois estão ligados nitidamente a direitos humanos do homem, é que deve ser analisado o tema em questão, pois uma vez constatada a exposição do homem a mais de uma agente insalubre e perigoso, há premente necessidade de que haja a devida remuneração cumulativa dos referidos adicionais, tal situação fundamenta sobretudo na dignidade da pessoa humana, na norma mais favorável, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, princípios esses norteadores de todo o ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Historicamente, é possível vislumbrar que os direitos sociais dos homens foram alcançados por meio de graves crises travadas no contexto da evolução social. A sociedade, já cansada da barbárie cometidas por aqueles que detinham o poder ilimitadamente, resolve insurgir-se contra tal tirania, o que contribuiu para ascensão do homem como sujeito de direitos.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, ao homem foram conferidos os direitos sociais, fundamentando-se na ordem interna e, sobretudo, na ordem jurídica internacional. Todavia, em que pese coexistirem as duas ordens jurídicas (interna e internacional), por muitas das vezes existem conflitos entre esses ordenamentos.

No presente trabalhado, abordamos a questão da possibilidade do acúmulo do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade. No decorrer do estudo, foi possível perceber que a jurisprudência pátria diverge no sentido ser ou não possível a cumulação dos referidos adicionais.

A divergência acima mencionada se pauta no fato de que o artigo 193 da CLT e a NR 15 estabelecem a impossibilidade de recebimento simultâneo dos adicionais. Todavia, há expressa norma internacional possibilitando a cumulatividade dos adicionais em comento.

Diante disso, objetivando colocar fim a tal celeuma, foi preciso aclamar a aplicação das regras de direito internacional, pois estas normas se coadunam com o atual Estado Democrático de Direito, sobretudo com os direitos universais do homem, com o direito à dignidade da pessoa humana, buscando maior proteção à vida e à saúde, com viés mais humanitário.

Por derradeiro, mister ressaltar que no âmbito do Direito do Trabalho, no caso de conflito de normas, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador deve prevalecer, fato que corrobora o entendimento de que constatado o labor em exposição de ambos os agentes - insalubridade e periculosidade -, deve ser aplicada a norma internacional (Convenções n. 148 e n.155 da OIT), pois é a norma que mais beneficia o trabalhador que se encontra em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 17 set .2017

BRASIL. **Decreto n. 1.254 de 29 de setembro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 93.413 de 15 de outubro de 1986.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d93413.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. **Norma Regulamentadora 15. Atividades e operações insalubres**. Disponível em < http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR15-ANEXO15.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. **Norma Regulamentadora 16. Atividades e operações perigosas.** Disponível em: < http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr16.htm >. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. **00022934620125020064.** Relator: Ministro: Ivete Ribeiro. Diário de Justiça eletrônico, on line. Disponível em:https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311766820/recurso-ordinario-ro-22934620125020064-sp-00022934620125020064-a28. Acesso em 17 set. 20117.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. **00011622820135030111**. Relator: Ministro: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida. Diário de Justiça eletrônico, on line. Disponível em: < https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124070237/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1162201311103003-0001162-2820135030111 > . Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. **24390520115150018.** Relator: Ministro: José Roberto Freire Pimenta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diário de Justiça eletrônico, on line. Disponível em: < https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263974862/recurso-de-revista-rr-24390520115150018 >. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. **11894920125020054**. Relator: Ministro: Ivani Contini Bramante. Diário de Justiça eletrônico, on line. Disponível em:< https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348525632/recurso-ordinario-ro-11894920125020054-sp/inteiro-teor-348525642 >.Acesso em 17 set. 20117.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº.**10816020125030064.** Relator: Ministro: José Roberto Freire Pimenta. Diário de Justiça eletrônico, on line. Disponível em: < https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186862067/arr-10816020125030064/inteiro-teor-186862086# >. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. **207052120145040251.** Relator: Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Diário de Justiça eletrônico, on line. Disponível em: < https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/460724737/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-207052120145040251 >. Acesso em: 05 set. 2017.

ALELUIA, Thais Mendonça. **Coleção Sinopses para concurso. Direito do Trabalho**. 2 ed. JUS PODIUM: Revista, ampliada e atualizada. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do Trabalho**. Forense. 11ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro, 2017.

MACHADO, Ana Paula. **Uma análise acerca da admissibilidade da cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade**. Disponível em: < https://anapaulasm252.jusbrasil.com.br/artigos/369808510/uma-analise-acerca-da-admissibilidade-da-cumulacao-do-adicional-de-insalubridade-e-periculosidade > . Acesso em: 17 set. 2017.

NASCIMENTO, Eduardo Rodrigues do. **Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade: uma análise matemática das consequências**

do atual entendimento dominante sobre o tema na renda do trabalhador. Revista do Tribunal Superior do Trabalho: Brasília v. 81, n.04, p-135-171, 17 set. 2017.

SCOCUGLIA, Livia. **TST volta a autorizar acúmulo de adicionais de nocividade**. Disponível em:< https://jota.info/trabalho/tst-volta-a-autorizar-acumulo-de-adicionais-de-nocividade-12072017 >. Acesso em: 17 set. 2017.

TEODORO, Maria Cecília M.; VIANA, Marco T.; ALMEIDA, Cleber L. de; NOGUEIRA, Sabrina C. **Direito Material e processual do Trabalho.** Volume II. São Paulo: LTr, 2016.

---

[1] Disponível em: Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acesso em 13.09.2017

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

ISADORA MONTINI TABARINE: Bacharelanda do curso de Direito na Universidade Brasil. Campus Fernandópolis - SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: A aplicação da Audiência de Custódia no ordenamento jurídico, busca garantir o direito à apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciário em até 24 horas para proceder a avaliação da legalidade da prisão e seja decidido acerca da necessidade da manutenção ou adequação de outra medida cautelar ou até mesmo concessão da liberdade provisória. A Audiência de Custódia tem uma ferramenta eficaz, pois garante os direitos Humanos do indivíduo que foi preso em flagrante contra a prisão arbitrária e os abusos policiais, bem como a tortura que possa ser eventualmente praticada e também garantir a segurança da família do preso. Será observada a efetividade da audiência e verificado se realmente é possível evitar prisões desnecessárias e se tem como detectar indícios de abusos e de tortura dos policiais. Embora o projeto enfrente uma grande resistência judiciaria, problemas procedimentais, verifica-se impacto positivo referente à diminuição da taxa de prisão preventiva no país. Sobre a Audiência de Custódia, abrangendo sua eficácia, em seguida, discorrendo sobre suas características e princípios. Sendo feita também uma analisa das consequências da não realização audiência e após debatendo à recepção da audiência pelo ordenamento jurídico (elogios e críticas) através análise de dados de pesquisas que serão coletados sobre a dinâmica dotada nas audiências de custódia.

Palavra-chave: Audiência de Custódia; Prisão em flagrante; Direitos Humanos; Ordenamento jurídico.

ABSTRACT: The application of the custody hearing in the legal order,seeks to guarantee the right to presentation of the prisonerin flagrant to the judicial authority in up to 24 hours to carryout the evaluation of the legality of the prison and bedecided on the need for maintenance or appropriateness ofanother precautionary measure or even granting provisionalfreedom. The custody hearing

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

has an effective tool, as itguarantees the human rights of the individual who has beenimprisoned in the act against arbitrary imprisonment andpolice abuses, as well as torture that may be practised andalso ensure the safety of Inmate's family. It will be observedthe effectiveness of the hearing and verified whether it isreally possible to avoid unnecessary arrests and whether itdetects evidence of abuse and torture of the police.Although the project faces a great resistance to judiciaria,procedural problems, there is a positive impact on thedecrease in the rate of preventive detention in the country.On the custody hearing, covering its effectiveness, thendisregarding its characteristics and principles. Being madealso a review of the consequences of nonrealization hearingand after debating the reception of the hearing by the legalorder (praise and criticism) through analysis of research datathat will be collected on the dynamics endowed in thehearings of Custody.

Keyword: Custody Hearing; Arrest in flagrante; Human rights; Legal order.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL. 3. A EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 4. CARACTERÍSTICAS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 4.1. COMO PODE SER DEFINIDO "SEM DEMORA". 4.2. A QUAL AUTORIDADE O PRESO DEVE SE APRESENTAR? 5. PRINCÍPIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 6. CONSEQUÊNCIAS DA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 7. RECEPÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO: ELOGIOS E CRITICAS. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Após o Concelho Nacional de Justiça programar uma síntese para analisar a legalidade da prisão do indivíduo preso em flagrante e forma de detectar maus-tratos, verifica-se a necessidade de manutenção da prisão, criando um novo intuito jurídico chamado Audiência de Custódia.

Objetivo do presente artigo cientifico desempenha o fim de aperfeiçoar a tal importância da aplicação da Audiência de custódia no ordenamento jurídico, informando os motivos e tamanho da importância deste ato processual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, há diversas pessoas presas sem ter seus direitos e garantias discutidos, passam um longo período na prisão para depois ser verificado pela autoridade que não havia necessidade de manter tal indivíduo preso.

Por conta da ausência de verificação do caso, é possível perceber que há inúmero prejuízo é causado pelo preso e à sua família. Com a aplicação da audiência de custodia, o preso se apresentaria no período de 24 horas, é importante ressaltar que este instrumento processual não é aplicado em todo território brasileiro.

O referente artigo cientifico, tratará da necessidade da aplicação da audiência de custódia, havendo um estudo aprofundado sobre o tema. Analisando a importância dessa audiência como instrumento de maior efetividade aos Direitos Humanos da pessoa presa em flagrante de delito, tendo garantia rápida de apresentação a uma autoridade judiciária.

Abrangendo também, aspectos teóricos e práticos relacionados o que pode ser praticado durante a audiência, sendo vedado o intuito de antecipar provas para a eventual fase processual.

Apresentando a conceituação e a previsão legal da Audiência de Custódia, na qual decorre de Tratados Internacionais, na qual é destacada a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo conhecida *Pacto de San José da Costa Rica* e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Antes da estabilização da Audiência de Custódia, aquele que era preso em ato de flagrante demorava meses para ser apresentado a um autoridade, sendo assim, era possível que sumisse algum vestígio se houve tortura e maus tratos.

Para melhor analise da definição do tema discutido, há características, sendo estas: expressão "sem demora", na qual se refere a apresentação do preso em um período de 24 horas; e a qual autoridade o preso deve se apresentar.

Há quatro princípios que fazem parte da Audiência de Custódia, sendo o primeiro o Princípio da Presunção de Inocência na qual trata que ninguém será culpado antes do trânsito em julgado. Já o segundo é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, age na forma que o preso em flagrante é tratado pela autoridade policial. Em decorrer, o terceiro chamamos de Princípio da Ampla Defesa procede

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

uma garantia de apesentar sua defesa perante as acusações. Por último, Princípio do Contraditório tratando-se a um sistema bilateral.

A não realização da audiência, gera consequências na qual impede que o preso tenha meios de conseguir sua liberdade, pois não foi apresentado a uma autoridade competente.

Com a fixação da Audiência de Custódia, surgiu abundantes elogios e críticas entres os doutrinadores e os tribunais práticos.

Por fim, será demonstrada a grande importância da implantação da tal audiência de custódia no ordenamento jurídico para aqueles que forem presos em flagrante, terem seus diretos e garantias e não serem prejudicados.

2. CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

O instituto do referente estudo, está previsto em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, destacando a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica* e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Embora a Audiência de Custodia não esteja expressamente prevista na legislação brasileira, encontra-se em tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil em 1992, que tem em nosso ordenamento jurídico, a onde possui análise dessas normas internacionais para que haja delimitações para que sejam aplicadas no país.

A Audiência de Custódia também é conhecida internacionalmente como "audiência de garantias" que é um ato Pré-processual, judicializado, aonde garante a apresentação pessoal do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro, a depender da incidência, ou não, de foro por prerrogativa) para que seja realizado o controle de legalidade, necessidade e adequação da prisão cautelar, além de permitir que o juiz possa verificar eventuais agressões e maus-tratos que possam ser praticados no período do ato de flagrante e condução do preso.

Além da Audiência de Custódia possuir efetivo preventivo, sendo, uma vez apresentado imediatamente a um juiz de direito, é impedido os atos violentos praticados por policiais; possuindo também em efeito corretivo, pois, durante a audiência de custódia, havendo reconhecimento de que o preso sofreu agressões por autoridades judiciarias será requerido a apuração dos fatos narrados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não é esperado que a Audiência de Custódia, por si só, consiga eliminar a tortura policial no país, pratica esta que foi mantida durante todo o período ditatorial e que acontece até os dias contemporâneos.

O Pacto de São José da Costa Rica dispões em seu artigo 7º, que toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora à autoridade, conforme transcrição abaixo:

> Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...)
>
> 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. [...]

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dispõe em seu artigo 9º:

> ARTIGO 9 (...) 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias.

Essas normas ganharam eficácia interna e força de lei através do processo constitucional de incorporação ao sistema legal anterior à EC 45/2004, não recente, o Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado elo Dec. 678, em 6 de Novembro de 1992, tendo promulgado também o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos através do DEC. 592/1992, na qual destaca-se o §1º do Artigo 5º da CRFB, "as normas definidoras e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

O Código de Processo Penal brasileiro, prevê no Artigo 306 que o juiz deverá ser comunicado da prisão de qualquer pessoa, assim como a ele deverá ser remetido no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

CPP - Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941

> Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 1o Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
>
> § 2o No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, esses tratados foram incorporados com hierarquia infraconstitucional superior às das leis ordinárias.

3. A EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Audiência de Custódia tem a intenção de praticar o poder de interferência das palavras do preso nas decisões proferidas pelo órgão julgador. No entanto, em muitos casos o depoimento do agente é colocado em segundo plano e até negado por falta de provas. Torna-se relevante à questão da tortura e maus tratos por parte dos agente policiais no mesmo da apreensão do sujeito.

Antes da fixação do referente estudo, o custodiado demorava meses para o primeiro encontro com o magistrado, tempo este que era possível a perda de vestígios de tortura e maus tratos cometidos. Sendo assim, tornando-se impossível a comprovações feira pelo preso.

Portando, mesmo com a aplicação para apresentação sem demora, é evidente uma falta de sintonia entre a norma e a realidade. O Concelho Nacional de Justiça informou que até Abril de 2017 ouve alegações de violência na prisão em 11.051 casos e apenas alguns magistrados manifestaram ao combate desses crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Entretanto, é possível perceber que as Audiência de Custódias são fundamentais para que seja permitido a preso relatar se houve casos de tortura ou maus-tratos.

Nos termos do estudo realizado pela Conectas (2017), "essas instituições não podem se isentar de responsabilidade diante da situação, podendo inclusive estar incorrendo na prática de tortura por omissão nos termos da lei. Agir de maneira protocolar é perpetuar a violência institucionalizada".

Ocorre tortura e maus-tratos e todo o sistema de Justiça, portanto a audiência de custódia é uma oportunidade de impugnar sobre os fatos. Os juízes, promotores e defensores dever acolher uma postura ativa e comprometida diante dos testemunhos apresentados na Audiência de Custódia para que censurem à tortura e maus-tratos.

4. CARACTERÍSTICAS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

4.1. COMO PODE SER DEFINIDO "SEM DEMORA"

Conformo já discorrido no item acima, pressupõem por excelência, a rápida apresentação da pessoa presa ao juiz para que o magistrado evite prolongamento de uma prisão ilegal, quando detectado e se necessário, tenha os possíveis maus tratos sofridos pelo preso.

O Brasil tem se baseado em diplomas internacionais, para que seja possível aplicar o regulamento rápido e imediato na apresentação do preso, porem deixando em aberto a definição exata de qual seria o tempo para tal apresentação. Com isso, cada país definiu de acordo com seus critérios e suas próprias características, como exemplo, um dos menores prazos definidos foi constato pela Constituição de Guatemala, 06 horas, e um dos maiores prazos definido foram os dados pela Espanha e Suécia, 72 horas.

As cortes internacionais emitiram uma relação aos prazos fixos, sendo alegado que pode haver exagero na apresentação de qualquer indivíduo preso à autoridade judicial em prazo superior à 24 horas. Dessa forma, foi observado pela jurisprudência da CIDH que o prazo pode ser fixado em até 48 horas, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) e o Comitê de Direitos Humanos da Nações Unidas (CDHNU) concordam que o prazo é razoável.

Há um entendimento pelo autor Paiva que "há um consenso na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no sentido de que a definição do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

que se entende por "sem demora" deverá ser objeto de interpretação conforme as características especiais de cada caso concreto".

Destaca-se também uma ligação da Audiência de Custódia com a Constituição Federal (CF), de acordo com o artigo 5º, inciso LXV, observa-se "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judicial". Sendo assim, ao ser definida que o preso deverá ser apresentado ao juiz ou a uma autoridade competente em até 24 horas, está em consenso com uma das prerrogativas da Carta Magna.

O Concelho Nacional de Justiça (CNJ) baixou uma resolução nº213 de 15 de Dezembro de 2015, artigo 1º, caput, na qual informa "Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão."

Em resumo, a Audiência de Custódia consiste em garantir o contato pessoal da pessoa preso com um juiz imediatamente após a sua prisão em flagrante

4.2. A QUAL AUTORIDADE O PRESO DEVE SE APRESENTAR?

Para a realização da Audiência de Custódia, o preso deve ser levado o mais rápido possível a presença de um juiz ou de uma autoridade competente. Conforme o artigo 7º.5 do Tratado Internacional- Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 a apresentação deve ser feita "ao juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) afirma que o preso deve ser levado "ao juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais" e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) afirma que apresentação é feita "ao juiz ou outro magistrado habilitado por lei para exercer funções judiciais".

Andrade entende que deve ser o futuro juiz do processo de conhecimentos, uma vez que o juiz responsável pela lavratura do ato de prisão em flagrante. Ainda, é de entendimento de alguns autores que uma vez que a legislação pátria a prevenção como critério que determina a fixação da competência do juízo, sendo que a prevenção determinada pela pátria de qualquer tido de medida anterior ao oferecimento da acusação, conforme artigo 83, do Código de Processo Penal:

> Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c).

Há também um entendimento pela ONU em relação à "outra autoridade", que percebe-se a generalidade dos tributos necessários que essa autoridade deve apresentar para ser a responsável para presidir a audiência de custódia, são aqueles "cuja condição e mandato ofereçam as maiores garantias possíveis de competência, imparcialidade e independência".

O autor Paiva entende que não há necessidade da atuação do Delegado de Polícia na presidência da audiência de custódia, qual deve ser exercida pela autoridade judiciária.

A Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso LXII, que a prisão do indivíduo preso em flagrante seja feita ao juiz competente: "LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;" e a prisão ilegal ou arbitraria será pela autoridade judiciaria, de acordo com o artigo 5º, inciso LXV, CF: "LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária."

5. PRINCÍPIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Audiência de Custódia há princípios assegurados, como o Princípio da Presunção de Inocência, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Ampla Defesa e Princípio do Contraditório.

O Princípio da Presunção de Inocência é caracterizado pelo fato de que ninguém será considerado culpado antes do transito em julgado da sentença. Este princípio garantes a decretação da prisão preventiva em relação a casos excepcionais e funciona no sistema acusatório protegendo o réu, que pode ser considerado inocente, contra os arbítrios de um Estado punitivo.

Hoje em dia, a sociedade em que vivemos, o Princípio da Presunção de Inocência vem sendo maculado no campo do direito processual penal, em referidas decisões que decretam as prisões preventivas.

A Audiência de Custódia fortalece a garantia desse princípio através da humanização pela relação do juiz-preso, na qual pode haver diminuição nas decretações das prisões preventivas sem necessidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a audiência de custódia permite um domínio do Poder Judiciário em casos de violência praticado contra os presos em estabelecimento policial.

Há possibilidade também, da apresentação pessoal em que o juiz busca elementos eficientes que possa identificar prisões ilegais e arbitrarias suavizando a prisão e autorizando a liberdade provisória para aqueles que constam a garantia desse direito.

O Princípio da Ampla Defesa tem forma de garantir meios em que a parte mais fraca exerça sua defesa das acusações. Essa defesa é realizada por defensor e pelo próprio indivíduo.

O preso tem direito de ser apresentado a uma autoridade judicial após a prisão em flagrante, havendo possibilidade de contar a sua versão ao referentes fatos ocorridos. Mesmo assim, para o magistrado não é suficiente para ajuntar elementos para analisar.

Há uma ampliação com a Audiência de Custódia do direito à ampla defesa, pois o preso tem direito de ser ouvido pelo juiz após ter seu direito de liberdade e contato com o seu defensor antes da audiência, podendo ser defensor público ou advogado constituído). Adquirindo informações suspender as violações de direitos, como prisões ilegais e maus-tratos.

Por fim, o Princípio do Contraditório está ininterruptamente ligado ao sistema de bilateralidade, ou antagonismo que penetra todo o processo penal, que está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

De acordo com Fernando Capez:

> "O princípio compreende no direito de serem cientificados sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de manifestarem-se sobre ele antes de qualquer decisão jurisdicional "(Capez, Fernando – Curso de Processo Penal, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019)

Havendo a presença do Ministério Público, interpretando os interesses da sociedade, e a Defensoria representado os interesses do preso na audiência

6. CONSEQUÊNCIAS DA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Audiência de Custódia tem um intuito na qual sejam resguardos os direitos e garantias da pessoa que for presa ou detida pela autoridade competente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Com a possibilidade de garantir que o preso ou detido tenha o devido contato pessoal com um juiz de direito de forma que poderá dar sua versão dos fatos em primeiro momento, possibilitando uma ação mais direta.

O não cumprimento da Audiência de Custódia para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, provoca duas consequências ao preso que deveria ter sido apresentado, sendo a primeira a apresentação imediata ao juiz competente, independente da fase processual ou investigativa; a segunda consequência imediata concessão de liberdade ao sujeito que deveria ter sido apresentado.

Para os autores Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, a fase da persecução penal é muito importante, da forma que está no momento investigativo. Para as Cortes Internacionais dever ser imediata a apresentação do preso ao juiz ou proceder com a soltura. Se houver a ausência da apresentação, para que seja considerada nulidade, será necessário que comprove o prejuízo causado ao sujeito.

Caso tenha decretado a prisão preventiva do sujeito, ou aplicada as medidas cautelares diversas, poderá ser mostrado os prejuízos causados a parte com o consequente requerimento de apresentação do sujeito, pois não houve o contato inicial com o juiz.

A Resolução nº 213, do CNJ, dispõe que:

> Artigo 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da data de entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.
>
> Parágrafo único. No mesmo prazo será assegurado, às pessoas presas em flagrante antes da implantação da audiência de custódia que não tenham sido apresentadas em outra audiência no curso do processo de conhecimento, a apresentação à autoridade judicial, nos termos desta Resolução.

Nos casos em que não ocorreu contato, deverá aplicar o prazo que foi dado a Resolução, independente do grau de jurisdição em que está o processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

7. RECEPÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO:

ELOGIOS E CRITICAS

A recepção da Audiência de Custódia gerou questões para debates em doutrinas e tribunais pátrios, tendo maior parte dos votos dos Estados improcedente que trata da audiência.

Sendo assim, adquirindo a primeira crítica na qual se refere a competência para legislar sobre tal assuntos, sendo da União. Havendo também, uma defesa que a execução da audiência de custodia em Estados isolado, não afetaria ou interferiria na competência de outros poderes.

O presidente do STF, Ricardo Lewandowski, defende a realização das Audiências de Custódias, pois acredita que representam uma evolução para o nosso sistema, sendo que, uma grande parte dos presos foram submetidos a realização da tal audiência e tiveram suas prisões relaxadas.

Para Lima, Audiência de Custódia é de grande importância em nosso ordenamento jurídico pois tem uma ampla visão em relação as conversões das prisões em flagrantes, sendo assim, permite que maior penitencia sobre a necessidade ou não de prisão cautelar.

Lopes Junior e Paiva, fazem elogios em relação à Audiência de Custódia, certificando que é um cuidado ao controle judicial na qual é um método de evitar que exerçam a atividade de prisões "ilegais" e garante ainda o direito à liberdade, a integridade física e a vida do preso. Contudo, ainda é debatido por ambos autores sobre a aceitação da audiência pela sociedade, pois há conceitos de presos no qual poderia ser mudado por um humano comum.

Em compensação o autor Nucci ressalvas críticas em relação a audiência de custódia, apontando aspectos negativos sobre os motivos pra seu surgimento:

> [...] sabe-se haver a velha política criminal para "dar um jeito" na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Apontando ainda críticas porcentuais, na qual apontam uma diminuição de 40% das prisões, verificando que os juízes quando recebem o auto de prisão em flagrantes nem leem ou leem com má vontade, assim, convertendo prisões em prisão preventiva.

O autor Nucci, ainda debate sobre a utilidade da Audiência de Custodia por meio de decisões em que o preso não foi apresentado ao juiz e não sendo gerado nulidade, pois afirma que não é obrigatório que haja audiência de custódia e também não havendo necessidade se aderir os Tratados Internacionais, é exigido que cumpra aquilo que está na Constituição Federal e a decisão deve ser fundamentada

Já o autor Lima questiona as consequência da não realização da audiência:

> [...] será que os Tribunais terão a coragem de dizer que se trata, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, de prazo próprio, cujo descumprimento implica o reconhecimento da ilegalidade da prisão em flagrante, autorizando, por consequência, o relaxamento da prisão? Ou se, na verdade, valendo-se da premissa de que a contagem para o excesso de prazo na formação da culpa é global, e não individualizado, acabará prevalecendo a tese de que eventual excesso na apresentação do preso para fins de realização da audiência de custódia pode ser compensando durante o curso do processo judicial, transformando-se, assim, o referido prazo, em mais um prazo impróprio constante do CPP, funcionando como mero balizador para os operadores do Direito, mas cuja inobservância não gera qualquer sanção.

Nucci, questiona também sobre a realidade estrutural do Brasil, se seria possível efetivar a Audiência de Custódia em todo pais de maneira imediata para que surja efeitos.

Por fim, cabe destacar a importância de uma decisão definitiva sobre o assuntos, podendo se basear em correntes doutrinárias totalmente contraias, sendo uma decorrente do Princípio da Imprescindibilidade da audiência de custódia para o ordenamento jurídico e outra corrente afirmando que a Audiência de Custódia é somente para uma criação de fuga de superlotação carcerária e problemas prisionais que é enfrentado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi exposto perspectiva acerca do instituto da Audiência de Custódia e a necessidade de sua aplicação, explorando críticas e investigando as dificuldade de implementação, sendo assim, possível identificação de soluções futuras para a apresentação pessoa do custodia ao magistrado no prazo máximo de 24 horas.

Portanto, a verificação que a Audiência de Custódia representa um avanço no sistema processual penal e no ordenamento jurídico como um todo, podendo criar um processo mais justo, permitindo que o preso tenha contato com o magistrado de forma imediata e permitindo que preste suas declarações e apurando ilegalidade e tortura durante o ato da prisão.

A discussão do tema permite que, havendo alguma ilegalidade ou se o detento praticar uma conduta de menor potencial ofensivo pode ser liberado após a audiência de apresentação, evitando o encarceramento e também a superlotação e podendo preservar o direito à liberdade de todo ser humano.

A divergência doutrinária sobre o assunto reflete quanto à eficácia da Audiência de Custódia se esta medida é mais adequada para solucionar problemas como superlotação, maus tratos e torturas referentes aqueles que são presos em flagrante.

Há muitas vantagens da aplicação da Audiência de Custódia no Brasil, além do processo penal poder se ajustar em normas previstas internacionalmente no que importa aos direitos humanos, o contato pessoal com preso poderá esclarecer questões relativas a posição arbitraria e hierárquica em relação a autoridade policial, pois muitas vezes acabam agredindo e torturando o suspeito.

A Audiência de Custódia é um instrumento que garante os direitos e contribui ao combate do encarceramento, dando maior efetividade as medidas cautelares da prisão.

Sendo assim, por todo o exposto, é possível entender que a Audiência de Custódia é procedimento de grande importante e relevante no combate de prisões ilegais e arbitrárias e na efetiva preservação dos direitos humanos daquele que é preso ou detido. Contudo, se humaniza o ato da prisão para que este possa ser analisado por quem detém poderes para averiguar a legalidade e a necessidade daquela privação de liberdade, e também se existem indicativos de tortura ou de maus tratos na pessoa ali apresentada, com o intuito de que se possa cessá-los.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

PAIVA, Caio. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. Florianópolis: Empório do Direito, 201PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. Acesso em: Abril de 2019.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 2ª Ed. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigues. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. 2. ed. rev. atual e ampl. De acordo com a Resolução nº213 do Conselho Nacional de Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. Acesso em: Abril de 2019

PAIVA, C. **NA SÉRIE "AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA": CONCEITO, PREVISÃO NORMATIVA E FINALIDADES**. Justificando. São Paulo. 03 março, 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceitoprevisao-normativa-e-finalidades/>. Acesso em: Abril de 2019

CAPEZ, Fernando – **Curso de Processo Penal**, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Acesso em: Abril de 2019

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. TORTURA BLINDADA: COMO AS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA PERPETUAM A VIOLÊNCIA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA. 1ª ED. SÃO PAULO, 2017. DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.CONECTAS.ORG/ARQUIVOS/EDITOR/FILES/RELATO%CC%81RIO%20COMPLETO TORTURA%20BLINDADA CONECTAS %20DIREITOS%20HUMANOS(1).PDF>. ACESSO EM 16 DE OUTUBRO DE 2017. Acesso em: Abril de 2019.

NUCCI, G.S. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. 15ºED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2018. Acesso em: Abril de 2019

Código de Processo Penal anotado disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf>, Brasília de 2017. Acesso em: Abril de 2019.

RESOLUÇÃO Nº 213, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2018, disponível em: Diário Oficial da União, ed. 231<http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/52997443>. Acesso em: Abril 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TORTURA CASTIGO SE CARACTERIZA EM RELAÇÃO CIRCUNSTANCIAL DE PODER

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.

FRANCISCO SANNINI NETO[1]

Coautor

"A eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas porque numa sociedade livre e democrática os fins nunca justificam os meios, só será louvável quando alcançada pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa".[2] Apesar de o texto da Constituição da República de 1988 estabelecer que "ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano ou degradante" e o país haver ratificado diversos tratados e convenções internacionais cujo foco era a prevenção e a punição da tortura[3], criando, assim, um verdadeiro "mandado convencional" de criminalização, apenas em 1997 foi publicada a Lei de Tortura.

Vivemos hoje, infelizmente, um cenário em que o descrédito do sistema de justiça criminal amplia o sentimento de insegurança, fazendo, consequentemente, com que a sociedade, não raro, tente fazer justiça pelos seus próprios meios, às margens da lei, o que vem sendo denominado de "justiçamento". Nesse contexto, o objetivo deste artigo é discutir o alcance dos termos "guarda", "poder" e "autoridade", previstos no artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/97 (Tortura Castigo ou Intimidatória).

No tipo penal em questão, pune-se a conduta de *submeter* alguém que esteja sob sua guarda, poder ou autoridade, através de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, com a finalidade de aplicar castigo ou como medida de caráter preventivo. Segundo HABIB, "*Guarda* significa vigilância permanente. *Poder* decorre de exercício de cargo ou função

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pública. *Autoridade* está ligada às relações privadas, como ocorre com o tutelado, curatelado, filhos etc."[4]

Com todo respeito que o referido autor merece, mas ousamos discordar[5]. Em nosso entendimento, *guarda*, de fato, significa o dever de vigilância atribuído a determinadas pessoas por meio de lei ou convenção particular, ainda que de maneira informal. Pais, professores, babás, tutores e curadores são exemplos de pessoas que têm a guarda de seus filhos, alunos, tutelados, curatelados etc. De maneira ilustrativa, caracterizará o crime em estudo na hipótese em que uma babá impõe intenso sofrimento à criança sob sua guarda devido ao fato dela ter sujado toda a casa (tortura castigo):

> HABEAS CORPUS . CRIME DE TORTURA. LEI N. 9.455/1997. NULIDADES PROCESSUAIS. COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 706/STF. TORTURA. SUJEITO ATIVO NA CONDIÇÃO DE GUARDA SOBRE AS VÍTIMAS. BABÁ EM RELAÇÃO A MENORES ENTREGUES A SEUS CUIDADOS. DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA, SEM IMPUTAÇÃO DE FATO NOVO. INCLUSÃO PELO ÓRGÃO JULGADOR DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. A nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção é relativa, entendimento consolidado na Súmula 706/STF. 2. Não configura nulidade a atribuição pelo órgão julgador de definição jurídica diversa, sem imputação de fato novo. Hipótese de inclusão da causa de aumento com base nos fatos já narrados na peça acusatória. 3. A conduta da paciente enquadra-se no tipo penal previsto no art. 1º, II, § 4º, II, da Lei n. 9.455/1997. **A paciente possuía os atributos específicos para ser condenada pela prática da conduta descrita no art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Indubitável que o ato foi praticado por quem detinha as crianças sob guarda, na condição de babá**. 4. Ausência de ilegalidade na dosimetria da pena, fixada a pena-base acima do mínimo legal, com a devida fundamentação, consideradas as circunstâncias em que cometido o crime contra as crianças,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mediante mordidas e golpe com pedaço de pau. 5. A fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena tem previsão na Lei n. 9.455/1997 (art. 1º, § 7º) e também acolhida na jurisprudência da Corte. 6. Ordem denegada. (Grifamos).[6]

Poder, sob outro prisma, se relaciona a situações específicas em que uma circunstância factual coloca o autor em condição de superioridade perante a vítima. Há, em tais casos, um vínculo de submissão que decorre de um poder circunstancial exercido pelo torturador sobre o torturado.[7] Como exemplo, citamos o famoso caso em que um adolescente tentou praticar furto contra um tatuador e ele, após detê-lo (situação circunstancial de poder), tatuou em sua testa os dizeres "eu sou ladrão e vacilão".

Note-se que, em nossa opinião, o *poder* previsto no tipo penal não tem qualquer relação com o exercício de cargo, emprego ou função pública, se referindo, insistimos, a situações específicas que conferem poderes aos torturadores sobre suas vítimas. Outro exemplo seria o caso em que populares detêm um suspeito de estupro, tiram suas roupas, o amarram em um poste e o agridem.

Nesse contexto, pensamos que, eventualmente, a mulher pode figurar como vítima de tortura praticada pelo marido, uma vez que, dentro do ambiente doméstico, familiar ou afetivo, ela ocupa uma posição de vulnerabilidade diante de seu agressor, que, não raro, exerce sobre ela uma espécie de *poder*, ainda que circunstancial e devido as diferenças entre os sexos.[8]

Sobre o tema, merece destaque uma recente decisão proferida pela 6ª Turma do STJ, durante o julgamento do REsp 1.738.264/DF, onde dois indivíduos haviam sido condenados na primeira instância pelo crime de tortura (art. 1º, inciso II, da Lei 9.455/97) por terem submetido a vítima a intenso sofrimento físico com a finalidade de castigá-la devido a uma dívida existente com um dos agentes.

Em sede de apelação, a condenação foi mantida, mas no julgamento dos embargos infringentes o Tribunal de Justiça desclassificou o crime de tortura para o de lesão corporal, uma vez que, argumentou-se, a conduta praticada pelos agentes não encontrava adequação típica na Lei 9.455/97. Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso especial contra essa decisão, o que levou o STJ a analisar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

a abrangência dos termos *guarda*, *poder* ou *autoridade*, contidos no artigo 1º, inciso II, da Lei de Tortura. Eis a ementa:

> RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO A QUO QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA PERPETRADA PELOS RECORRIDOS DE CRIME DE TORTURA-CASTIGO (ART. 1º, II, DA LEI N. 9.455/1997) PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, II, DA LEI N. 9.455/1997. RECURSO QUE OBJETIVA O RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CRIME PRÓPRIO, QUE SÓ PODE SER PERPETRADO POR AGENTE QUE OSTENTE POSIÇÃO DE GARANTE (OBRIGAÇÃO DE CUIDADO, PROTEÇÃO OU VIGILÂNCIA) COM RELAÇÃO À VÍTIMA. 1. O conceito de tortura, tomado a partir dos instrumentos de direito internacional, tem um viés estatal, implicando que o crime só poderia ser praticado por agente estatal (funcionário público) ou por um particular no exercício de função pública, consubstanciando, assim, crime próprio. 2. O legislador pátrio, ao tratar do tema na Lei n. 9.455/1997, foi além da concepção estabelecida nos instrumentos internacionais, na medida em que, ao menos no art. 1º, I, ampliou o conceito de tortura para além da violência perpetrada por servidor público ou por particular que lhe faça as vezes, dando ao tipo o tratamento de crime comum. 3. A adoção de uma concepção mais ampla do tipo, tal como estabelecida na Lei n. 9.455/1997, encontra guarida na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que ao tratar do conceito de tortura estabeleceu –, em seu art. 1º, II –, que: o presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo; não há, pois, antinomia entre a concepção adotada no art. 1º, I, da Lei n. 9.455/1997 – tortura como crime comum – e aquela estatuída a partir do instrumento internacional referenciado. 4. **O crime de tortura, na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997 (tortura-castigo), ao contrário da figura típica do inciso**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **anterior, não pode ser perpetrado por qualquer pessoa, na medida em que exige atributos específicos do agente ativo, somente cometendo essa forma de tortura quem detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade (crime próprio). 5. A expressão guarda, poder ou autoridade denota um vínculo preexistente, de natureza pública, entre o agente ativo e o agente passivo do crime. Logo, o delito até pode ser perpetrado por um particular, mas ele deve ocupar posição de garante (obrigação de cuidado, proteção ou vigilância) com relação à vitima, seja em virtude da lei ou de outra relação jurídica. 6. Ampliar a abrangência da norma, de forma a admitir que o crime possa ser perpetrado por particular que não ocupe a posição de garante, seja em decorrência da lei ou de prévia relação jurídica, implicaria uma interpretação desarrazoada e desproporcional, também não consentânea com os instrumentos internacionais que versam sobre o tema. 7. No caso, embora a vítima estivesse subjugada de fato, ou seja, sob poder dos recorridos, inexistia uma prévia relação jurídica apta a firmar a posição de garante dos autores com relação à vítima, circunstância que obsta a tipificação da conduta como crime de tortura, na forma do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997.** 8. Recurso especial improvido. (grifamos)[9]

Como se pode perceber, no referido julgado o Superior Tribunal de Justiça não acatou a tese por nós sustentada, estabelecendo, assim, que a *tortura castigo* só pode ser praticada por pessoa que ocupe a posição de garante, seja em decorrência da lei ou de outra relação jurídica. Data máxima vênia, mas não nos parece correto esse entendimento, inclusive por afrontar o princípio da proporcionalidade, na sua vertente que proíbe a proteção deficiente.

Ora, não restam dúvidas de que essa espécie de tortura exige um vínculo entre o autor e a vítima, mas este vínculo não precisa ser, necessariamente, decorrente de lei ou de prévia relação jurídica. Parece-nos que a decisão se equivocou em relação aos termos empregados no tipo penal em enfoque

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

(*guarda*, *poder* ou *autoridade*), tratando-os como se fossem sinônimos, quando, na verdade, eles apresentam sentidos distintos.

Em nossa opinião, a referida *relação legal* ou *jurídica* abrange apenas as expressões *autoridade* e *guarda*, onde o vínculo existente entre o autor e a vítima possui, de fato, essa natureza. Já no que se refere ao termo *poder*, conforme já destacado, esse vínculo não decorre de qualquer relação jurídica ou legal, mas de uma circunstância excepcional que confere ao agente a capacidade de submeter a vítima às suas vontades, o que, a toda evidência, traduz uma relação de poder!

Nessa linha, aliás, se manifestou o Min. Rogério Schietti Cruz, voto vencido no julgamento do mencionado recurso especial:

> (...) vejo como uma questão de interpretar o que significa a vítima "estar sob a guarda, o poder ou a autoridade" de outrem. Podem ser autores do crime mesmo os particulares - e não só agentes públicos - como na presente situação, em que mantiveram a vítima sob o seu poder, sem lhe permitir livremente ir e vir, e após a tentativa, por meio de coação voltada a obter o que eles consideravam até uma providência justa - o ressarcimento por um serviço não prestado pela vítima - eles passaram a empregar meios cruéis de tortura, a saber, pimenta nos olhos, jogar thinner na região genital, o que já ultrapassava, digamos assim, os limites de algum ato que pudesse configurar o aventado exercício arbitrário das próprias razões. Assinalo que esta ação cruel já foi perpetrada em um momento posterior àquele em que não havia mais como ressarcir o prejuízo referido pelos agentes da tortura, tendo sido apenas um modo de castigar a vítima por não lhes haver ressarcido o valor gasto. E, portanto, pareceu-me ser inequivocamente um ato de tortura, castigo, uma forma de impingir sofrimento cruel a alguém pelo fato de ser um inadimplente de uma dívida.

Por fim, o sentido de *autoridade* pode ser retirado da Lei 4.898/65: "Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração". Como exemplo, citamos a situação em que o diretor de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estabelecimento destinado a menores infratores, ao tomar ciência de que determinado interno planeja uma fuga, o submete à tortura como forma de dissuadi-lo (tortura intimidatória).

Como já deixamos transparecer, nesse tipo penal a tortura tem por foco uma finalidade específica, qual seja, castigar a vítima devido a prática de um ato passado (tortura castigo) ou como medida preventiva a fim de evitar determinado comportamento futuro (tortura intimidadória). Em todos os casos, só haverá o crime se restar demonstrada a existência de um vínculo entre o autor e a vítima.

Isso significa que, diferentemente das figuras previstas no artigo 1º, inciso I, da Lei, a *tortura castigo/ intimidatória* é um crime próprio, vez que exige uma qualidade especial do sujeito ativo. Logo, só pode praticar essa forma de tortura aquele que tenha a *guarda*, *poder*, ou *autoridade* sobre a vítima. Como parece evidente, só podem ser vítimas dessa espécie de tortura as pessoas que estejam sobre a guarda, poder ou autoridade do torturador (crime bi-próprio).

Por fim, lembramos que a *tortura castigo* ou *intimidatória* se consuma com o sofrimento físico ou mental, não havendo necessidade de efetiva mudança do comportamento da vítima. Por se tratar de crime plurissubsistente, não há óbice ao reconhecimento da tentativa. A conduta é punida a título de dolo, direto ou eventual, não havendo previsão da modalidade culposa.

Referências

CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. ed. 10. Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1993.

---

[1] Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

[2] SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Verbo, 1993, v.I. p. 54.

[3] Art. 1º, Decreto 98.386/89: "Os Estados-Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos dessa Convenção".

[4] HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. ed. 10. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1079.

[5] CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018. p.649.

[6] STJ, HC 169.379/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 31.08.2011.

[7] Adotando nosso entendimento: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 1113.

[8] Em sentido contrário, entendendo que não há relação de poder entre marido e mulher: TJMG, Ap. 1.0451.09.013077, Rel. Des. Rubens Gariel Soares, j. 10.05.2011.

[9] STJ, REsp 1.738.264/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 14.09.2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O VOTO OBRIGATÓRIO: NATUREZA JURÍDICA E (DES) NECESSIDADE NO MOMENTO ATUAL

ELAINE SABRINA MOREIRA SCHUWARTEN: Graduada em Direito pela UFMG em 2006. Pós-graduada e Analista em Direito no MPMG.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o voto obrigatório, bem como a sua natureza jurídica. Fez-se uma análise histórica da obrigatoriedade do voto e desse sistema. Assim, buscou-se analisar como surgiu este instituto e o seu decorrer na legislação constitucional e infraconstitucional. Realizou-se, para tanto, uma pesquisa bibliográfica e se expôs as visões teóricas de Alexandre de Moraes, José Jairo Gomes, Djalma Pinto, José Afonso da Silva, entre outros, sobre o assunto. Conclui-se que o voto tem uma natureza jurídica de direito/dever e que em um determinado momento histórico, fez-se necessário tornar o ato de votar obrigatório, porém, a sociedade atual não permanece a mesma daquela, o que traz à tona a discussão sobre a real necessidade de manter tal instituto.

Palavras-chave: Voto. Obrigatório. Direito. Dever. Necessidade.

Introdução

O presente trabalho tem como tema o voto obrigatório e sua natureza jurídica para a doutrina nacional, bem como a análise da necessidade dessa obrigatoriedadeno atual cenário social.

Nesse seguimento, será demonstrado como surgiu tal instituto no direito nacional e repassado como foi abordado o tema nas legislações constitucionais e infraconstitucionais.

Neste contexto, o principal objetivo deste estudo é demonstrar o que a doutrina diz sobre a natureza jurídica do voto, como também que a sociedade não é mais a mesma de quando motivou a implantação de tal instituto.

Para chegar ao objetivo proposto, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise das opiniões dos doutrinadores sobre o tema já publicadas na literatura nacional e artigos científicos divulgados por meio eletrônico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No mais, escorou-se nos embasamentos teóricos de Alexandre de Moraes, José Jairo Gomes, Djalma Pinto, José Afonso da Silva, entre outros.

Desenvolvimento

A atual Constituição Federal prevê o voto no Capitulo dos Direitos Políticos (Capítulo IV) e determina que ele é, em regra, obrigatório para todos os cidadãos.

Ante a essa obrigatoriedade, surge a discussão acerca da natureza jurídica do voto, se ele seria um direito do cidadão, um dever desse para com o Estado ou até mesmo um misto desses dois primeiros, bem como sobre a necessidade dessa obrigatoriedade hoje em dia.

É importante destacar que, no Brasil, nem sempre houve a obrigatoriedade de votar.

Em 1824, a Constituição Imperial não fazia qualquer menção sobre a obrigatoriedade de votar, aliás, naquela época, não havia um real poder por parte do povo, pois as eleições eram indiretas para a Câmara dos Deputados e para o Senado, com dois turnos. Para votar, era necessário que o eleitor possuísse uma certa renda anual.

Embora a Constituição Imperial não estabelecesse a obrigatoriedade de votar, a lei orgânica dos municípios daquela época estabelecia uma pena pecuniária aos eleitores que não votassem.

De 1889 a 1930, fase da Primeira República, a democracia começou a se tornar mais evidente. Nessa época, houve a abolição da exigência de renda para participar do processo eleitoral, contudo, o voto ainda não era obrigatório e só era possível para os homens com 21 anos ou mais, que soubessem ler e escrever.

No entanto, o comparecimento dos eleitores às eleições era pequeno. Na eleição para a Câmara dos Deputados, em 1912, somente 2,6% da população votou. Em 1930, na eleição presidencial, pouco mais de 5% dos eleitores foram às urnas.

Com a criação da Justiça Eleitoral no Brasil, em 1932, e a consequente promulgação do Código Eleitoral, o voto passou a ser obrigatório e trouxe, também, outras inovações, como o voto da mulher, com o especial objetivo de mostrar uma maior legitimidade do novo processo eleitoral e garantir uma maior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

participação do eleitor, que mostrou reduzida participação nos anos anteriores, como exposto no último parágrafo.

O princípio da obrigatoriedade de votar ganhou status constitucional em 1934, quando a Constituição da República estabeleceu em seu artigo 109:

> Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar. (BRASIL, 1934).

Em seguida, as Constituições de 1946, 1967, 1969 e de 1988, adotaram a obrigatoriedade de votar.

A atual Constituição Federal, de 1988, exalta o voto obrigatório no parágrafo primeiro do artigo 14, que estabelece a obrigatoriedade de votar para os maiores de dezoito anos e o torna facultativo para determinadas pessoas. É o texto do mencionado artigo da Carta Magna:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
>
> (...)
>
> § 1º O alistamento eleitoral e o voto são:
>
> I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;
>
> II - facultativos para:
>
> a) os analfabetos;
>
> b) os maiores de setenta anos;
>
> c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O Código Eleitoral vigente (Lei 4.737/65) também reforça essa obrigatoriedade em seu artigo 6º, que diz:

> Art. 6º O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um e outro sexo, salvo:
>
> I - quanto ao alistamento:
>
> a) os inválidos;
>
> b) os maiores de setenta anos;
>
> c) os que se encontrem fora do país.
>
> II - quanto ao voto:
>
> a) os enfermos;
>
> b) os que se encontrem fora do seu domicílio;
>
> c) os funcionários civis e os militares, em serviço que os impossibilite de votar. (BRASIL, 1965).

Na sequência, o Código Eleitoral ainda elenca, em seu artigo 7º, algumas penalidades para o eleitor que não votar e que não se justificar em 30 dias. É a redação do mencionado artigo:

> Art. 7º O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367.
>
> § 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:
>
> I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;
>
> II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;
>
> III - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;
>
> IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;
>
> V - obter passaporte ou carteira de identidade;
>
> VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;
>
> VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda. (BRASIL, 1966).

Na doutrina brasileira, ante a análise dessa obrigatoriedade de votar expressamente contida na Constituição e no Código Eleitoral, conforme mencionado acima, prevalece a terceira tese exposta no início, um misto dos dois primeiros polos. Explica que o voto é um direito do cidadão e, ao mesmo tempo, uma obrigação dele para com o Estado. É o que diz Gomes (2008): "Embora expresse um direito público subjetivo, o voto é também um dever cívico e, por isso, é obrigatório para os maiores de 18 anos e menores de 70 anos (CF, art. 14, §1º)".

Moraes (2010) explica:

> O voto é um direito público subjetivo, sem, contudo, deixar de ser uma função política e social de soberania popular na democracia representativa. Além disso, aos maiores de 18 e menos de 70 é um dever, portanto, obrigatório. "Assim, a natureza do voto também se caracteriza por ser um dever sociopolítico, pois o cidadão tem o dever de manifestar sua vontade, por meio do voto, para a escolha de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> governantes em um regime representativo. (MORAES, 2010, p.232).

Pontes de Miranda também disserta sobre a natureza da obrigatoriedade do voto:

> O direito de sufrágio posto que não seja mero reflexo das regras jurídicas constitucionais, como já se pretendeu, não é só direito individual no sentido em que é o habeas corpus e o mandado de segurança, pela colocação que se lhes deu na Constituição. É função pública, função de instrumentação do povo: donde ser direito e dever.

Observa-se, então, que o voto é um instituto misto, pois, de um lado o cidadão é obrigado a comparecer às eleições e, do outro, tem o direito de escolher seus representantes.

Infere-se, portanto, que a obrigação consiste no ato de comparecer às eleições e não no ato da escolha do representante, vez que o eleitor poderá votar em branco ou nulo.

Explica a doutrina pátria que a legitimidade do voto obrigatório está pautada na função social desse, pois é o momento em que o cidadão manifesta a sua vontade na democracia e, por conseguinte, tem o dever cívico de votar.

Acontece que o Brasil não é o mesmo da época que motivou a implantação do sistema de voto obrigatório (1932). A consciência política é diferente e o número de eleitores também. Essa mudança de cenário questiona se a imposição do Estado para com o cidadão, com relação ao voto, ainda é necessária.

Sobre essa mudança de cenário, aponta Portella (2008):

> É certo que o Brasil de 1932, quando adotado o voto obrigatório entre nós, era um país eminentemente rural, com pequeno número de eleitores, muito diferente do país em que vivemos nos dias atuais. (PORTELA, 2008, p. 3).

Acrescenta Soares (2004):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> [...] o Brasil tem hoje oitenta por cento de sua população morando nas cidades, sendo significativa sua presença nos grandes centros populacionais e regiões metropolitanas e, ainda, que o fácil acesso aos meios de comunicação de massa permite a todos ter acesso fácil a informações do mundo inteiro, influindo, assim, na consciência do cidadão [...] mormente sobre os aspectos de liberdade política, marginalidade social, racismo, comportamento sexual, violência urbana, consumo de drogas pelos jovens, desenvolvimento científico e tecnológico outros temas da atualidade. (SOARES, 2004, p. 9).

Ademais, a obrigatoriedade de votar só se faz necessária quando há uma imaturidade por parte do povo ou a necessidade de fortalecer ou se fazer firmar o modelo democrático do país. Foi o que aconteceu em 1932, quando da instituição do voto obrigatório no Brasil.

Nas palavras de Gomes (2008):

> Argumenta-se, ainda, que a obrigatoriedade do voto faz que o cidadão se interesse mais pela vida politica, dela se aproximando, e que a "massa popular" não é preparada para o voto facultativo. (FERREIRA, 1989 apud Gomes, 2008, p. 38).

Todavia, hoje, diante da evolução do cenário do país, onde a maioria da população reside no meio urbano e tem acesso às informações por diversos meios, bem como diante da evolução da própria sociedade em si, como corpo social e consciente dos seus direitos e da necessidade da manifestação desses, principalmente no que diz respeito à escolha dos seus representantes, faz-se necessária essa análise: se o voto, um dos direitos políticos, deve ser exercido por ato de consciência dos cidadãos, de sua livre e pura liberdade, ou mediante a imposição do Estado, como é no momento atual.

Nesse sentido, Canotilho leciona sobre o princípio da liberdade de voto e explica:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> O princípio da liberdade de voto significa garantir ao eleitor um voto formado sem qualquer coação física ou psicológica exterior de entidades públicas ou de entidades privadas. Deste princípio da liberdade de voto deriva a doutrina à ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório. A liberdade de voto abrange, assim, o se e o como: a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar. Desta forma, independentemente de sua caracterização jurídica - direito de liberdade, direito subjetivo -, o direito de voto livre é mais extenso que a proteção do voto livre.

Por essa razão, é de suma importância analisar em qual estágio político o eleitor brasileiro se encontra no pleno exercício da democracia, para determinar se há, de fato, a necessidade do Estado impor esse exercício.

Caso contrário, manter a obrigatoriedade de votar acaba por atentar contra a liberdade do cidadão e a real função do Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange às sanções previstas para aquele que não vota, pois, como um direito que é, se não exercido pelo seu titular, não pode gerar prejuízos de tão grande monta.

Impele mencionar que, embora previsto na Constituição Federal, nada impede que o instituto do voto obrigatório seja modificado por uma emenda, eis que não se trata de cláusula pétrea. A Carta Magna consagra como cláusula pétrea somente o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4º, II), mas nada menciona sobre voto obrigatório.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que, da análise do disposto na Constituição, bem como no atual Código Eleitoral, a doutrina pátria se apoia no entendimento de que o voto obrigatório tem natureza jurídica mista, na qual é um direito do cidadão, porém, também uma obrigação/dever desse para com o Estado.

Viu-se que, nem sempre, houve a obrigatoriedade de votar como imposição por parte do Estado, que surgiu em determinado momento histórico em que se fazia necessária a aproximação do eleitorado da vida política.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Entretanto, com o passar dos anos e a mudança do cenário nacional, que não é o mesmo quando da criação do instituto do voto obrigatório, faz-se necessária a análise dessa obrigatoriedade, vez que tal imposição acaba por invadir a liberdade individual do cidadão, que sofre sanções pelo simples fato de não exercer um direito seu.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Eleitoral. Lei n. 4.737, de 19 de julho de 1965**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> .Acesso em: 05 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018.

ALMEIDA, Leonardo; LA BRANDURY Leonardo Cacau Santos. **O Voto Obrigatório Contraposto à Liberdade Individual no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: < http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-voto-obrigat%C3%B3rio-contraposto-%C3%A0-liberdade-individual-no-estado-democr%C3%A1tico-de-direito>. Publicado em: 25 abr. 2016. Acesso em: 04 de jul. 2018.

BARROS, Gabriela Monteiro de. **Voto Obrigatório x Voto Facultativo: Uma Análise Acerca Desse Embate**. Disponível em: <https://gabrielamonteirodebarros.jusbrasil.com.br/artigos/317686256/voto-obrigatorio-x-voto-facultativo-uma-analise-acerca-desse-embate>. Acessado em: 03 jul. 2018.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**: conforme resolução n. 22.610/2007 do TSE. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, t.4.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25º Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2010.

NIESS, Pedro Henrique Távora**. Direitos Políticos: Elegibilidade, Inelegibilidade e Ações Eleitorais.** 2. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Edipro, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOARES, Pedro Henrique. **Vantagens e Desvantagens do Voto Obriatório e do Voto Facultativo.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-6-vantagens-e-desvantagens-do-voto-obrigatorio-e-do-voto-facultativo>. Publicado em: abr, 2014. Acesso em: 05 jul. 2018.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal**. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTELA, Lincoln. **PDC-1149/2008. 2008**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418033>. Acesso em: 05 jul. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

VICTOR HUGO FURLANETI ALMEIDA:
Acadêmico de Direito na Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho busca entender como as Leis que disciplinam o processo penal tratam da vítima, observando, para tanto, aspectos da vitimologia e suas destinações, incluindo aplicação e entendimento doutrinário e jurídico sobre tais normas processuais, sobre o que buscam tutelar e qual a necessidade de sua existência, evidenciando, por conseguinte, o valor de tais normas para assegurar a participação, tutela e amparo às vítimas de crime, que por vezes são tratadas como mero elemento de prova no direito processual penal brasileiro. É nesse sentido que a condução do presente trabalho acadêmico leva em conta a contemporaneidade do tema e, por vezes, o analisa em face a Leis pretéritas e a momentos da história importantes para o surgimento dos institutos em postos em pauta, observando-se, em todo o caso, quais direitos atinentes ao ofendido lhe asseguram figurar no processo, e qual a implicância disso em face aos outros sujeitos processuais, e à própria vítima.

Palavras-chave: Vítima, Ofendido, Código de Processo Penal, Vitimologia, Assistente de Acusação, Constituição Federal.

ABSTRACT: The present work seeks to understand how the Laws that govern the criminal process deal with the victim, observing, for such, aspects of the victimization and its destinations, including application and doctrinal and juridical understanding of such procedural norms, what they seek to protect and what the need of their existence, thus evidencing the value of such norms to ensure the participation, protection and security of victims of crime, which are sometimes treated as mere evidence in Brazilian criminal procedural law. It is in this sense that the conduct of this academic work takes into account the contemporaneity of the theme and sometimes analyzes the past laws and moments of history important for the emergence of the institutes in positions on the agenda, observing, in in any case, what rights pertaining to the offended person ensure that they appear in the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

proceedings, and what the implication is in relation to other procedural subjects, and to the victim himself.

Keywords: Victim, Offended, Code of Criminal Procedure, Victimology, Assistant of Indictment, Federal Constitution.

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia de Pesquisa. 3. Investigação e Fase Pré-processual; 4. Da Ação Penal; 4.1. Do Assistente de Acusação; 5. Da Audiência de Instrução; 6. Da Sentença e Ação Civil; 7. Dos Recursos; 8. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A vítima de crime é quem suporta a conduta delitiva de outrem. Diferente do criminoso que segundo o ordenamento pátrio só é considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença condenatória (artigo 5º, inciso LVII da CF), para ser vítima, basta o prejuízo resultante da ação tipificada em norma penal, ainda que não seja a integridade física, moral, psicológica ou patrimonial da vítima diretamente objeto jurídico do crime.

Por ser criador e detentor de todo o ordenamento jurídico, o Estado sempre é a "primeira vítima do delito", ainda que não lhe resulte danos materiais ou atentados contra sua integridade corpórea, mas como ofendido no tocante a sua atribuição legal de garantidor da ordem entre os cidadãos. Toda a conduta delitiva viola, em abstrato, primeiramente uma norma penal, estipulada e elaborada pelo Estado como sendo de caráter proibitivo.

Mas em um contexto histórico, há de se lembrar que o crime e seus efeitos existem desde a formação de grupos sociais regidos por normas.

Em um primeiro momento da história dos grupos sociais regidos por leis, o ofendido passou por uma "idade de ouro"[2], puxando para si o protagonismo de exercer a função punitiva contra o transgressor (o delinquente), ainda que houvesse prévio julgamento por um rei ou outra pessoa com a figura equivalente a um juiz.

Contudo, com o avanço do Estado em criar mecanismos processuais e puxando para si toda a legitimidade em punir o cidadão transgressor, a vítima passou por um período de neutralidade na resolução dos conflitos resultantes do delito, onde a figura principal era o meliante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O período de redescobrimento da vítima no século passado trouxe à tona o fato de que com o grande sistema de persecução penal que tramita visando a resolução do fato e aplicação da devida sanção ao cidadão delinquente, criou-se também um ambiente as vezes hostil à vítima, tratada meramente como meio de prova em um processo que era demorado e muitas vezes não resolvia seu problema com o criminoso.

Tal fato é chamado de vitimização secundária, que acontece quando a vítima, mesmo tendo que suportar os acontecimentos do crime (vitimização primária), tem de encarar todo um processo destinado a apuração do fato, o que pode gerar sua exposição, contato direto com o criminoso, demora na resolução do fato e outras situações que fazem o ofendido passar por um processo de "revitimização".

Contudo, com os avanços dos direitos humanos, integração entre países e o grande "pontapé" dado em Israel, no Primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia, tido como um dos primeiros congressos internacionais voltados ao ofendido, este pode agora gozar no ordenamento pátrio de participação, segurança, ressarcimento, atendimento especializado e tantas outras garantias que vão evoluindo gradativamente com o direito.

O objetivo deste trabalho é avaliar e buscar entender como essas complexas mudanças e recentes teses trouxeram à figura da vítima, no ordenamento processual penal brasileiro, o que a vitimologia preconiza sobre seus direitos.

2. METODOLOGIA DE PESQUISA

O presente trabalho se vale de análise jurisprudencial, legal e bibliográfica, trazendo à tona aspectos recentes e antigos do que diz respeito à figura do ofendido no universo do direito processual brasileiro.

3. INVESTIGAÇÃO E FASE PRÉ-PROCESSUAL

O Inquérito Policial, peça investigatória que (geralmente) marca o início da persecução, é um conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial visando a resolução da infração penal por meio de conhecer sua autoria e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

materialidade, a fim de que o titular da ação possa ingressar em juízo e demandar responsabilização criminal contra o autor, e, por mais que não se faça indispensável à propositura da ação penal (art. 12 do Código de Processo Penal), é o procedimento investigatório mais corriqueiro, e com designação de autoridade competente para a apuração de crimes.

Nesses termos, a figura da vítima surge nesta fase pré-processual quando o próprio ofendido pode dar início ao inquérito por requerimento (art. 5º do Código de Processo Penal), requerer diligências (art. 14 do mesmo diploma) e ser ouvido pela autoridade policial logo que esta tiver conhecimento da prática da infração penal (art. 6º, inciso IV do CPP), sendo legitimado ainda a apresentar recurso administrativo do despacho que indeferir a abertura do inquérito policial.

Contudo, nos chama atenção as alterações ocorridas nesta década, dentre elas, a possibilidade do membro do Ministério Público ou do Delegado de Polícia requisitar de órgãos[3] do poder público ou até mesmo de empresas da iniciativa privada dados cadastrais de vítimas ou suspeitos relacionados aos crimes de sequestro e cárcere privado, redução à condição análoga de escravo, extorsão em sua modalidade qualificada (art. 158, §3º do CP), extorsão mediante sequestro, o descrito no art. 239 do ECA, e o então recente, tráfico de pessoas.

A presente adição ao Código de Processo Penal, acrescentando os artigos 13-A e 13-B, é oriunda da Lei 13.344/16, que dispõe sobre a repressão ao tráfico de pessoas.

> Afinal, é a própria Lei n. 13.344/16 que autoriza a aplicação subsidiária da Lei n. 12.850/13 aos crimes de tráfico de pessoas (art. 9o); b) os arts. 17-B da Lei n. 9.613/98 e 15 da Lei n. 12.850/13 autorizam o acesso aos dados cadastrais dos investigados, ao passo que o novel art. 13-A do CPP faz referência aos dados dos suspeitos e das vítimas, o que, convenhamos, se revela bastante salutar. Afinal, como são relativamente frequentes os contatos entre os aliciadores e as vítimas de tráfico de pessoas, quer por telefone, quer pela internet, tais informações podem ser extremamente úteis ao longo das investigações, seja para fins de identificação dos suspeitos, seja para fins de localização das próprias vítimas.(Lima, 2017. p. 100).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dada a complexidade e gravidade do tema para a conclusão da investigação e até mesmo prevenção ao delito, outra possibilidade de investigação advinda desta Lei é a possibilidade da Autoridade Policial e do Membro do Ministério Público requisitarem às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação e telemática que disponibilizem meios de localização da vítima e/ou do suspeito, quando for necessário à prevenção ou repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, sendo de grande valia à celeridade das investigações e repressão a estes delitos, podendo, inclusive garantir o resgate de pessoas em risco.

Aqui se faz presente a celeridade também quanto ao tempo limite a instauração do inquérito policial (72 horas) e à manifestação judicial quanto ao requerimento ou requisição das informações, que é de 12 horas.

Ainda quanto a fase preliminar, outra questão interessante que se mostra na legislação extravagante é o atendimento especializado da mulher vítima de violência doméstica pela autoridade policial (art. 10 a 12-A da Lei 11.340/06, com alterações da Lei 13.505/17), que dispõe, entre outros, o atendimento policial e pericial especializado, preferencialmente por profissionais do sexo feminino, a garantia de que a mulher em situação de violência e outro de seu núcleo familiar não tenham contato com o investigado, e a remessa no prazo de 48 horas de expediente apartado ao juiz para a análise sobre o pedido da ofendida de ter fixado a seu favor medidas protetivas de urgência.

Para fins de aprofundamento, nos chama atenção na Lei referida, a menção da "não revitimização da depoente" para evitar aprofundamentos em sua vida particular e sucessivas inquirições (vide art. 10-A, inciso III da Lei 11.340/06), mostrando a preocupação do poder público com o tema.

Ademais, com a chegada da Lei 13.721/18, a elucidação do fato criminoso ganhou ainda mais celeridade, uma vez que dá à mulher vítima de violência doméstica – e a crimes contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência – prioridade à realização do exame de corpo de delito.

Nos distanciando um pouco do inquérito, quanto à resolução dos conflitos fora da atuação processual, de grande importância trouxe, a Lei 9.099/95, a possibilidade de mesmo antes do oferecimento da denúncia ou queixa, a chance

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

de as partes passarem por audiência preliminar de composição civil dos danos e ser oferecido, ao infrator, proposta de transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo.

Isso se mostra no desinteresse do Estado em mover uma ação penal longa e custosa contra um indivíduo e impor-lhe, ao final, pena privativa de liberdade, acabando por lotar as penitenciarias e a quantidade de processos para análise por crime desta natureza. Isso tudo, somado aos movimentos vitimológicos, tornaram plausível este tipo de acordo, onde todas as partes envolvidas são beneficiadas.

Vemos reflexos do disposto no ordenamento processual, por exemplo, na proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), acordo de não persecução penal (Resolução 181/07 do Conselho Nacional do Ministério Público), e, à luz destes avanços, a polícia civil paulista trouxe a algumas delegacias o NECRIM (Núcleo Especial Criminal), com abrangência de atuação do "Delegado de Polícia conciliador", na resolução de conflitos pelas próprias partes nos crimes definidos como de menor potencial ofensivo.

> *Art. 7º. – As partes envolvidas em ocorrências policiais que por meios próprios comparecerem a uma Unidade Policial para elaboração do respectivo Termo Circunstanciado, deverá o Delegado de Polícia responsável pela repartição, providenciar a imediata elaboração do procedimento de Polícia Judiciária necessário ou encaminhar imediatamente para o Núcleo Especial Criminal (NECRIM) as pessoas afetas à ocorrência, utilizando-se, para tanto, dos recursos humanos e materiais de sua própria Unidade Policial, sob pena de responsabilidade.*(DEINTER – 4/SP, 2009).

O trecho acima, retirado da Portaria Deinter – 4 nº 06/2009 expõe a ideia principal do núcleo. Ante a voluntariedade das partes o delegado de polícia pode encaminhá-las à resolução dos conflitos na sede do NECRIM, onde será firmado um acordo entre elas.

A criação dos núcleos de conciliação em que atua a polícia judiciária inclusive foi projeto de Lei (PL. 1028/2011 de João Campos PSDB-GO), visando alterar os arts. 60, 69, 73 e 74, da Lei nº 9.099/95 para incluir tal possibilidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

contudo, o projeto foi criticado por juristas[4] que apontam a falta de atribuição constitucional ao Delegado de Polícia para esse tipo de conciliação.

Como se nota, quanto a fase preliminar da persecução criminal, a proteção à vítima se mostra na resolução célere de situações graves, como na solicitação de informações nos crimes de tráfico de pessoas, e nas possibilidades de garantir sua participação e tentar o ressarcimento nos delitos tidos como de menor potencial ofensivo, ainda que não haja ação penal proposta, ou ao menos recebida pelo juízo competente.

4. DA AÇÃO PENAL

Para a análise da situação do ofendido ao término da investigação, se faz mister averiguar sua participação na ação penal pública e privada.

Primeiramente, há de se lembrar que a titularidade da ação penal pública é da atribuição constitucional do Ministério Público (art. 129, inciso I da Constituição Federal), sendo que este tipo de ação penal é dividido em incondicionada e condicionada a representação do ofendido (ou quem tenha qualidade legal para representá-lo) ou condicionada a requisição do Ministro da Justiça.

A representação necessária, conforme descrito acima, pode ser retratada pelo ofendido até o oferecimento da denúncia, e, se porventura o *parquet* não a oferecer no prazo devido à inercia (o pedido de arquivamento, solicitação de diligências e outras questões incidentes não configuram inércia) há a possibilidade para o ofendido propor a ação penal subsidiária.

Quanto ao tema, a doutrina majoritária menciona que o pretenso querelante deve ser o lesado do crime, em outras palavras, o ofendido deve ser determinado para que possa fazer jus ao interesse processual (como nos crimes falimentares, em que o legitimado a oferecer a ação penal subsidiária da pública é o administrador judicial, ou mesmo algum dentre os credores habilitados, nos termos do art. 184, parágrafo único da Lei nº 11.101/05).

Uma ressalva importante trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é que o legitimado a oferecer a queixa-crime subsidiária pode ser pessoa jurídica não ligada diretamente ao ofendido, como bem descrito pelo professor Renato Brasileiro de Lima:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> Segundo o art. 80, c/c art. 82, III e IV, da Lei n. 8.078/90, no processo penal atinente a tais delitos, as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, assim como as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada a autorização assemblear, poderão intervir como assistentes do Ministério Público, sendo lhes facultada também a propositura de ação penal privada subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal pelo Ministério Público.(Lima, 2017. p. 179).

Quanto a ação penal privada, a mesma caberá ao ofendido, que "recebe" legitimidade para intentar a devida ação e prosseguir com o curso do processo, ficando a seu cargo o exercício ou não de provocar o judiciário buscando a condenação de outrem, pois a ação penal que lhe possibilita tal hipótese é disponível, ao passo que a atuação ministerial não abre margens para a escolha ou não do intento postulatório.

A pretensão de exercer o direito de queixa, em caso de morte ou ausência declarada por decisão judicial do ofendido é conferida a seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, nesta ordem.

Há de se mencionar que o direito de queixa nos moldes acima é tido como subsidiário (somente em casos em que o próprio ofendido não possa reclamá-lo para si), e, se os legitimados a propor a ação penal na ausência do ofendido concorrerem e quiserem figurar no polo ativo da demanda, deverão observar uma ordem sucessória, sendo do cônjuge a preferência, e depois ao ascendente e assim por diante.

Contudo, ainda que não expresso, há um tipo de ação penal conferida ao ofendido que só cabe a ele propor. É o caso da ação penal privada personalíssima, presente no ordenamento penal contemporâneo a este trabalho acadêmico apenas em um exemplo: crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento ao casamento, tipificado no art. 236 do Código Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Ainda se tratando de ação penal privada, vale lembrar que ao órgão ministerial, conforme descrito no art. 45 do CPP, caberá intervir – como *custus legis* – a partir do oferecimento da queixa e em todos os termos subsequentes do processo.

4.1. Do assistente de acusação

Nos termos da ação pública intentada pelo *parquet*, nos chama a atenção da atribuição conferida ao ofendido de "assisti-lo" como assistente de acusação.

A possibilidade vem prevista no ordenamento desde a redação original do Código[5], mas até nos dias de hoje se discute a utilidade do assistente nos termos da ação pública.

Diferente da possibilidade de o ofendido oferecer ação penal em caso de inércia do órgão ministerial, que por sua vez se dá para garantir a persecução penal e a pretensão de imposição da pena por pessoa tida como legitimada ou/e interessada para tal, a atuação do assistente é secundária, considerada como parte contingente e dispensável.

Tal posicionamento se dá pois o membro do Ministério Público que propõe a ação penal age em nome do poder público, e tem que seguir os princípios de sua atuação na ação penal pública – dentre outros, indisponibilidade, obrigatoriedade e oficialidade –, havendo para certos casos previstos em Lei, a figura da representação criminal como forma de "aval" à propositura da ação penal condicionada a representação – o que seria fator determinante à falta de necessidade de um assistente atuando no processo.

A assistência a acusação é um dos institutos que asseguram a participação do ofendido, ou, em sua ausência, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão no processo, e, se na ausência de capacidade postulatória necessária para integrar o processo e realizar atividades privativas de advogado, podem ser representados por procurador constituído (art. 268 do CPP), de modo a assegurar a participação de ação que tenha interesse. E é nisso que pode ser fundamentada sua viabilidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Como será mencionado, poderá buscar, o ofendido, uma fixação de valor mínimo a título de indenização pelos danos resultantes da infração, e auxiliar o *parquet a buscar* a condenação pelos atos sofridos, podendo propor provas (incluindo-se aqui, o arrolamento de testemunhas[6]), requerer perguntas as testemunhas em audiência, participar de debates orais, arrazoar os recursos do Ministério Público, e inclusive propô-los.

Contudo, o ingresso do assistente a juízo prevê pedido de habilitação, que será analisado pelo juiz com a necessidade de ouvir o membro do Ministério Público para efetivar a sua atuação nos termos da ação penal, tão somente. Contudo, não há previsão legal à atuação perante a fase de inquérito e execução penal, uma vez que o interesse particular do ofendido ou de quem seja legitimado a representar-lhe visa a condenação ou ressarcimento dos danos deduzidos na esfera penal (título executável no cível).

A título de aprofundamento, poderão se habilitar como assistentes de acusação inclusive "órgãos federais, estaduais ou municipais", interessados, por exemplo, na apuração da responsabilidade do Prefeito, nos crimes definidos no Decreto-lei nº 201/67 (conforme art. 2º, § 1º da citada norma), e também poderá se habilitar como assistente, a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central do Brasil, nos termos do art. 26 da Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro).

Nisso tudo, a atuação da vítima na ação penal, como vista neste capítulo, é ampla, e nota-se que em todos os casos, o ofendido tem o direito a ser ouvido nos termos da ação.

Contudo, é nítido que o processo é destinado à aplicação de uma punição estatal (após a análise fática e certeza que a conduta do agente se amolda ao tipo penal), com caráter retributivo e ressocializador, por isso temos a intervenção do *parquet* nos termos de toda ação penal, sendo constitucionalmente titular da ação penal pública, e, no todo, fiscal da Lei.

O direito à representação e ao próprio direito de intentar ação conferido ao ofendido no ordenamento pátrio é observado na maioria em crimes que violam de imediato ao ofendido, conferindo-lhe inclusive o direito à não querer demandar o autor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Para aqueles fatos típicos que, ainda que incidam a pessoas determinadas, mas que põem em risco (ou transgridam) um bem jurídico maior, coletivo ou contra a vida e integridade corporal de outrem, por exemplo, geralmente tem-se a ação penal pública promovida por órgão constitucionalmente designado para tal, e nesta também é assegurado o direito à participação, e inclusive à sua propositura de forma subsidiária, prevalecendo aqui reflexos da tentativa de superar o período de esquecimento da vítima, uma vez que o ordenamento lhe assegura de participação nos termos de praticamente todos os tipos de ação penal.

5. DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO

Outro ponto importante para se ater é a inquirição do ofendido na audiência de instrução.

Este momento processual é o "último" para se produzir provas, de modo a tomar a declaração do ofendido, das testemunhas e o interrogatório do acusado, e, após a apresentação dos memoriais por parte das partes, o juiz proferirá a sentença.

O sistema de perguntas continua o mesmo: as partes mencionam seus questionamentos e o juiz pergunta diretamente ao ofendido (no procedimento do Júri, as perguntas do Ministério Público, querelante, defensor e jurados são feitas diretamente ao ofendido, com fulcro no art. 473 do CPP), sendo que sua ausência ao procedimento não implica nulidade (nesse sentido: RTJ 62/532), e é uma faculdade para o titular da ação penal ouvi-lo, contudo, podendo ser utilizado a condução coercitiva para trazê-lo a juízo.

O único artigo que trata da presença do ofendido na audiência traz várias garantias desde a nova redação advinda da Lei 11.690/08, como direito a comunicação, segurança, assistência e preservação de seus dados.

> Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.
>
> § 1o Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 2o O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.
>
> § 3o As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.
>
> § 4o Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.
>
> § 5o Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.
>
> § 6o O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (BRASIL, 1941).

Muito se questiona sobre o valor probatório do que o ofendido possa alegar em audiência, uma vez que não presta o mesmo compromisso com a verdade que a testemunha e está intimamente ligado ao feito.

A primeira consideração a se levar é que se a vítima der uma versão diferente do que defende o querelante ou o *parquet,* poderá incorrer no crime de denunciação caluniosa, diferentemente do que acontece com a testemunha que faz afirmação falsa em juízo.

A segunda consideração a tomar é sobre a eficácia do depoimento a ser considerado como prova.

Quanto ao tema, é pacífico o entendimento de que se o depoimento estiver em harmonia com as demais provas, pode ser plenamente admitido, o que pode ser observado comumente nos crimes que são cometidos às ocultas, em lugares ermos e sem deles resultarem vastas provas, sendo que, para estes, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurisprudência[7] e a doutrina admitem grande eficácia probante na palavra da vítima, quando em harmonia aos outros elementos de prova.

Nos casos advindos com leis extravagantes se mostra necessário mostrar o disposto na Lei 13.431/17, que dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Com a leitura do texto legal, mostram-se duas formas da colheita do depoimento da criança ou adolescente: a escuta especializada e o depoimento especial.

Tal meio de prova será colhido por profissional capacitado para tal, como bem descreve Murillo José Digiácomo e Eduardo Digiácomo:

> A Lei não faz qualquer ressalva ou restrição quanto à possibilidade (ou obrigatoriedade) da utilização dessa ou daquela forma de escuta (sendo ambas as relacionadas no Capítulo igualmente válidas - a *contrariu sensu* do disposto no art. 5º, inciso LVI da CF - para coleta de prova), assim como não define que categoria profissional seria a mais indicada para realização da diligência, exigindo apenas que o técnico responsável possua uma qualificação funcional específica para tanto (não bastando uma formação "genérica"). (Digiácomo e Digiácomo, 2018. p. 36).

A escuta especializada denota ser mais simples, feita perante um órgão da rede de proteção sobre situação de violência, onde se extrai do próprio artigo que a disciplina (artigo 7º da Lei 13.431/2017) que será limitado ao "necessário" ao cumprimento de sua finalidade, evitando eventuais desgastes com o menor.

Já o depoimento especial é uma oitiva da criança e adolescente perante a autoridade policial ou judicial para a produção de provas com procedimento próprio, que seguirá o rito cautelar de antecipação de prova em casos de violência sexual e quando a criança tiver menos que sete anos de idade.

No todo, tais depoimentos prestados asseguram ao depoente um espaço definido como "apropriado" e "acolhedor" (artigo 10 da Lei 13.431/17), mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

essencialmente resguardado de qualquer contato com o suposto autor do fato, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

6. DA SENTENÇA E AÇÃO CIVIL

Uma vez finda a fase instrutória, tendo o juiz o livre convencimento sobre a ocorrência do delito e a viabilidade de imposição de pena, ou não, há para o ofendido na própria fixação de eventual sentença condenatória a possibilidade de obter um valor mínimo a título de indenização.

Essa possibilidade também adveio com a Lei 11.719/11, e representa um efeito secundário da condenação.

Antes desta possibilidade, o ofendido que intentava levar a condenação criminal para o ressarcimento, tinha que ingressar no juízo cível com o trânsito em julgado da sentença condenatória, que servia como título ilíquido, sendo necessária produção de provas para deduzir o efetivo prejuízo sofrido.

Nos termos atuais, a sentença condenatória que contenha a dedução judicial do prejuízo mínimo que a vítima sofreu pode ser levada ao juízo cível e liquidada por um processo de execução (sem prejuízo da fase instrutória com as deduções de prejuízo do próprio ofendido, ou seu representante), de forma a ficar mais célere o seu ressarcimento.

> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.
>
> Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (BRASIL, 1941).

Há divergência doutrinária quanto a necessidade de prévio requerimento da indenização já na peça acusatória inicial.

Uma parte dos doutrinadores sustenta que não há necessidade de prévio requerimento, uma vez que é efeito automático da sentença tornar certa a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

obrigação de indenizar os danos causados (cf. art. 91, inciso "I" do Código Penal), e que a indenização segue a mesma sorte.

O lado contrário entende que, por ser o processo penal pautado no contraditório e ampla defesa, o que justifica a necessidade do réu ser ouvido sobre todo o teor da condenação, é necessário o direito de se defender contra o pedido desta dedução também.

O objetivo deste trabalho não é valorar correntes de pensamentos opostos, mas a formulação do pedido já na peça inicial (ou no mínimo na derradeira manifestação do polo ativo sobre a condenação em que a parte contraria possa se manifestar) é o que se mostra mais plausível, dando margem ao magistrado deduzir o valor mínimo e dando ciência ao réu do pedido, para evitar ulteriores complicações.

Desta forma, pode-se concluir que existem duas possibilidades quanto ao ingresso ao juízo cível: com a sentença penal condenatória com a dedução da indenização mínima a ser executada em processo de execução (ação de execução, propriamente dita), e postulando em processo de cognição no juízo cível competente, trazendo a dedução do prejuízo sofrido (contendo a sentença fixada com o valor mínimo ou não), desde que não seja vitimado de crime reconhecidamente praticado em excludente de ilicitude, nos moldes do art. 65 do Código de Processo Penal.

Ainda sobre o tema da ação *ex delicto*, o art. 68 do CPP evidencia a hipótese de o Ministério Público poder executar a sentença ou postular a ação civil quando o ofendido for pobre, o que trouxe outra controvérsia sobre o tema.

As atribuições do *parquet* estão elencadas em tomo próprio da Constituição Federal, nos artigos 129 a 130-A, dos quais se pode extrair sua função de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e individuais indisponíveis, o que não abrangeria o disposto nas atribuições que o referido artigo do ordenamento processual lhe atribui.

Sobre o tema, a jurisprudência evidencia que enquanto não organizada a Defensoria Pública, o texto legal deve ser seguido (tal entendimento é encontrado no REsp 107227 SP 1996/0057086-8).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

6. DOS RECURSOS

Quanto ao direito de recorrer, o ordenamento pátrio possibilita a atuação do ofendido nas hipóteses de lhe restar inconformismo com a decisão judicial, a depender da sua atuação no processo.

Para os crimes de ação penal privada, a atuação recursal é somente restrita aos recursos privativos do réu (revisão criminal e embargos infringentes, por exemplo) e ao agravo em execução.

Por estar a sua conveniência a propositura e promoção da ação penal privada, o ofendido pode deixar de recorrer das decisões ainda que passiveis de modificação, não sendo admitido nos meios jurídicos (vide RT 553/375, 558/336) a interposição de recursos pelo Ministério Público em caso de sentença absolutória nas ações penais privadas da qual o querelante não recorreu.

Porque não mencionado no art. 577 do Código de Processo Penal, entende-se que o assistente não poderá interpor todo tipo de recurso presente no ordenamento, tão somente aqueles em que haja a previsão legal possibilitando a atuação.

O assistente poderá recorrer de forma subsidiária – assim como na propositura da ação – ante a não interposição de recurso pelo *parquet.*

Se vale a vítima de sua figura "subsidiária" para tentar reformar a sentença, uma vez que após o prazo de intento recursal ministerial, poderá apelar (vide Sumula 448 STF).

Essa participação na fase recursal vem disposta no art. 598 do Código de Processo Penal, e o prazo é de 15 dias a partir do término do prazo recursal do Ministério Público para o assistente não habilitado. Ao que já foi admitido como assistente no processo, entende-se que o prazo é de 05 dias.

> "A jurisprudência dos Tribunais Superiores há muito é pacífica no entendimento de que o prazo de interposição do recurso de apelação para o assistente de acusação habilitado nos autos é de 5 (cinco) dias, a contar da sua intimação. Inteligência do artigo 598 do Código de Processo Penal" (STJ – Resp nº 235268-SC,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Rel. para o acórdão Hamilton Carvalhido, j. 25.03.2008, DJe 04.08.2008).

E é neste campo que é novamente posto em questão o interesse do assistente em recorrer nestes casos de inércia do titular da ação. Como mencionado anteriormente, há quem defenda que a atuação do ofendido no processo de ação penal pública visa somente a obtenção de sentença penal executável no cível, sendo inviável sua pretensão em recorrer para agravar a situação de um réu já sentenciado.

Por outro lado, há quem defenda a possibilidade. Para a jurisprudência do STJ (vide RESP 605302-RS; HC 49566 / MG; HC 27971 / RJ) é plenamente admissível.

Ao recurso em sentido estrito, vemos a participação do assistente disposta no artigo 584 do CPP, onde se faz presente a dissonância entre a jurisprudência em relação a possibilidade de se valer do recurso para agravar a situação do réu, sendo inadmitido em alguns casos (RT, 551/343), e admitidos em outros (HC 71.453/GO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 24-6-2003, DJ, 24 jun. 2003).

Para todo caso, a atuação do ofendido na propositura de agravo de execução é algo não aceito no ordenamento, uma vez que pelo próprio texto legal do artigo 195 da Lei 7.210/84, os legitimados são o Ministério Público, o interessado (que está a cumprir a pena) ou quem tenha a capacidade de lhe representar, Conselho Penitenciário ou autoridade administrativa.

Aqui se torna mais tangível o fato de o Estado passar à vítima somente o exercício do *jus persequendi* (ou o direito de acusar), ao passo que nem mesmo em crimes de ação penal exclusivamente privada pode o querelante recorrer e principalmente contrarrazoar os recursos na fase de execução da pena, o que as vezes pode parecer frustrante a uma vítima de crime que vê seu agressor progredindo de regime ou recebendo outro benefício carcerário, mas é de muita valia à justiça, no aspecto geral.

Com efeito, o Estado reclama para si o direito de punir (j*us puniendi*) para evitar a imparcialidade e a ação movida pelo sentimento da vítima na aplicação das penas. É certo e necessário afastá-la da execução penal, inclusive pela memória ao tempo da vingança privada.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A recorribilidade do ofendido, nos moldes e possibilidades que permitem fazê-lo, assegura seu direito ao inconformismo com a decisão, o que enaltece mais ainda sua participação nos atos processuais, mas há que se ter cuidado.

O presente trabalho por várias vezes já mencionou que a participação e o ingresso como titular legítimo ou subsidiário nos termos da ação penal não visa somente a obtenção da sentença penal como título executável na justiça cível, mas, dada a possibilidade de recorrer das decisões judiciais, é natural que sua atuação seja restrita a certos pontos, pois há garantias processuais e materiais ligadas ao réu que dizem respeito a um direito que não cabe ao ofendido manifestar inconformismo, sendo certo que neste campo sofra algumas limitações.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo, há de se mencionar que os movimentos vitimológicos que pautaram a elaboração destas leis não visam sobrepor-se ou restringir os direitos do criminoso, visto que o processo penal é o mecanismo destinado a apuração do fato, onde está sendo posto em jogo a aplicação ou não de medidas penalizadoras ao réu. Não, a vitimologia vem, após séculos, reclamar um lugar destinado à sua participação, produzindo reflexos nos pensamentos doutrinários das ciências criminais, bem como no mundo jurídico.

Em que pese ser mencionado no presente artigo por vezes que o ordenamento processual não era totalmente negligente as vítimas em tempo anterior ao Primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia em Israel e a difusão de ideias vitimológicas pelo mundo, é notável que nos últimos tempos o ordenamento jurídico pátrio tem levado muito em conta seus direitos.

A sua inclusão no processo penal faz da vítima um legitimado, sobrepondo o conceito ultrapassado de que seria unicamente meio de prova, reclamando para si diversos direitos, dentre eles a participação, legitimidade, inconformismo, proteção e reparação dos danos.

Por fim, temos que atentar à situação como um todo para evitar conclusões precipitadas.

Os reflexos da presença do ofendido no processo penal brasileiro é sim uma grande conquista e algo necessário de se pôr em pauta, devendo este sujeito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

processual intervir nos termos do processo quando necessário e conveniente. Contudo, a figura punitiva estatal tem de ser efetiva, no sentido de o cidadão transgressor – o delinquente – estar ciente de seus erros e ciente que não pecou somente com o ofendido, mas com o ordenamento jurídico inteiro, acabando por movimentar a "máquina judiciária".

O que tenta se passar é a ideia de que os avanços da vitimologia não devem desabonar a conduta do delinquente para com a sociedade em troca da restituição ou amparo à vítima, isso tem de ser feito por simples observância a direitos básicos, e é sobre tais que o presente trabalho aponta sua participação no processo penal.

No mais, é certo de se mencionar que todas as novidades legislativas e jurisprudenciais trazidas refletem problemas enfrentados no dia a dia processual, o que indica que ainda há muito a se fazer e se debater sobre o tema, a fim de que se atenda a uma das figuras que se mostra prejudicada não só com o fato criminoso, mas por vezes pela sociedade e pelo processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARDARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROS FILHO, Mario Leite de. *O Delegado de Polícia como Pacificador Social.* Disponível em https://flitparalisante.files.wordpress.com/2010/07/delegado-pacificador-social.pdf. Acesso em 13 de abr. de 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Rogerio Sanches. *Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo*. Salvador: Juspodvim, 2018.

DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÀCONO, Eduardo. *Comentários à Lei 13.431/2017*. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em 06 de abril de 2019.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. Manual esquemático de criminologia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Marisa Helena D´Arbo Alves de. *Vítima de Crime e Processo Penal – Novas Perspectivas.* Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0332d694daab22e0. Acesso em 05 abril. 2019.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *A Figura Processual do Ofendido.* Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_69.pdf. Acesso em 07 de abril de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado.* 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

MOLINA, G. P.; GOMES, L. F. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminologicas da Lei 9099/95, lei dos juizados especiais criminais.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de out. de 1941. *Código de Processo Penal*. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de ago. de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 13.431 de 4 de abr. de 2017. *Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de violência. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dez. de 1940. *Código Penal*. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm >.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

SILVA, Marcio Alberto Gomes. *Inquérito Policial – uma análise jurídica e pratica da fase pré-processual*. 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2018.

NOTAS:

[1] Graduação em Bacharel em Direito, pela Unimep- Piracicaba. Pós-Graduação: Processo Penal, pela Universidade Unitoledo- Araçatuba-SP; Interesse Difuso e Coletivos, pela Universidade Camilo Castelo Branco - Fernandópolis-SP; Especialista Em segurança Pública- Academia de Polícia de São Paulo.

[2] - Conforme Pablos de Molina (1992, p. 42) a denominação é de Shafer, em: The Victim and his Criminal. A Study in functional responsability. New York, 1968 (Random Hause) p. 7 e ss.

[3] - Sobre o tema, vide Lei 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia – em especial, ao artigo 2º da citada norma.

[4] - Vide nota técnica elaborada pela Procuradoria Geral de Justiça paulista, disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2014%2fexecutivo%2520secao%2520i%2fagosto%2f22%2fpag_0046_81TII0OGFUO0Re03VI5KUO20MCN.pdf&pagina=46&data=22/08/2014&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100046.

[5] Vide Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, arts. 268 a 273, disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html.

[6]- Nesse sentido: AgRg no AREsp 988640 / RS; e AgRg no RHC 89886 / SP.

[7]. Nesse sentido: AgRg no AREsp 1103678 / PR; HC 468130 / SP; AgRg nos EDcl no AREsp 1364914 / SP.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

GRAVIDEZ E MATERNIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

RAFAELA BALERO MARCASSI: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil Campus Fernandópolis.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA (Orientador)

RESUMO: O presente trabalho, mediante pesquisa bibliográfica tem o objetivo de expor a situação precária e vulnerável em que vivem as mulheres grávidas e também as lactantes com seus filhos recém-nascidos no interior dos estabelecimentos prisionais brasileiros. É inegável a existência de várias legislações que preveem direitos e garantias às mulheres em privação de liberdade, em especial as disposições constitucionais, além de diplomas internacionais sobre o tema. Considerando-se que a população carcerária feminina cresceu rapidamente nos últimos anos, o Estado revela-se omisso ao garantir a efetivação dessas prerrogativas, ocorrendo na graves violações a direitos e garantias fundamentais, e o presente artigo revela a humilhante realidade em que se encontram. Por fim, o trabalho analisa a importante decisão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, acerca do benefício da prisão domiciliar às presas provisórias gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou com deficiência, que se mostra como um benéfico avanço a essa problemática, propondo ao final a reflexão de que apesar da existência de inúmeros direitos positivados e jurisprudência pátria consolidada, as mulheres reclusas no período gestacional e seus filhos são gravemente impactados com o excessivo *jus puniendi* do Estado, que está voltado tão somente a encarcerar, sem conceder dignidade no cumprimento das sanções penais.

Palavras-chave: mulheres encarceradas; penitenciárias femininas; gestantes e lactantes reclusas.

ABSTRACT: The present study, through a bibliographical research, has the objective of exposing the precarious and vulnerable situation in which pregnant women live and also the infants with their newborn children inside Brazilian prisons. There is no denying the existence of several laws providing for rights and guarantees for women deprived of their liberty, in particular constitutional provisions, as well as international diplomas. Considering that the female prison population has grown

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

rapidly in recent years, the State has failed to ensure that these prerogatives have been implemented, resulting in serious violations of fundamental rights and guarantees, and this article reveals the humiliating reality in which they are found. Finally, the paper analyzes the important jurisprudential decision of the Federal Supreme Court on the benefit of house arrest for pregnant pregnant women or mothers of children up to the age of 12 or with disabilities, which is a beneficial advance to this problem, proposing to the In conclusion, despite the existence of innumerable positive rights and consolidated country jurisprudence, women prisoners in the gestational period and their children are seriously impacted by the excessive jus puniendi of the State, which is only aimed at imprisoning, without granting dignity in the fulfillment of criminal penalties.

Keywords: imprisoned women; women's penitentiaries; pregnant women and infants.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO 1.1 Apontamentos sobre o direito penal constitucional brasileiro 1.2 Direitos constitucionais da execução da pena da gestante e lactante 1.3 Legislações infraconstitucionais com garantias assistenciais às mulheres reclusas no período estacional 1.4 Regras de Bangkok: regras das nações unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras 2. A REALIDADE DO ENCARCERAMENTO E MATERNIDADE: DIREITOS NEGLIGENCIADOS 2.1 Perfil das presas 3. PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS 5. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Tendo em vista ser delicada a relação materna no ambiente prisional, a estruturação do ambiente carcerário deveria possuir condições suficientes para que a mãe reclusa cumpra devidamente sua pena, e por outro lado, assegurar os direitos fundamentais de seu descendente, como dignidade e saúde.

Sendo assim, o tema central desse estudo traz uma reflexão acerca das violações ocorridas aos direitos e garantias das mulheres gestantes e lactantes reclusas, e as condições a que são submetidas, ficando tanto as mães quanto os filhos, à mingua da sociedade.

É imprescindível que o Estado não seja omisso em relação a essa problemática e assegure, sem infringir direitos e preceitos fundamentais, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cumprimento da pena da mulher gestante e parturiente, e também o pleno desenvolvimento do menor.

Com a finalidade de pleno desenvolvimento corporal e mental do filho, é de suma importância a manutenção da relação mãe e filho na fase inicial da vida. Em virtude da privação de liberdade da mulher, a forma arbitrária do Estado cumprir com o seu dever nas execuções penais não deve prevalecer, devendo proporcionar condições saudáveis para que se desenvolva o vínculo inicial entre mãe e filho.

Este trabalho, em seu primeiro capitulo, realça a ampla existência de preceitos da Carta Magna relativamente a pessoa presa, bem como os princípios que norteiam o cumprimento da pena.

Em seguida, faz considerações específicas sobre o cárcere feminino, ressaltando as legislações pátrias e estrangeiras que asseguram garantias assistenciais às mulheres reclusas gestantes e lactantes.

Posteriormente expõe a realidade preocupante acerca da temática, indicando dados acerca do encarceramento feminino, especialmente das gestantes e lactantes, revelando ser praticamente inexistente o acompanhamento pré-natal.

Por fim, realça a importante decisão do Supremo Tribunal Federal ao conceder habeas corpus coletivo, determinando a prisão domiciliar a mulheres presas e provisórias gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou com deficiência, e, com isso, propõe a reflexão de que, embora existam inúmeras legislações sobre o assunto e avanços na jurisprudência pátria, o Estado ainda se preocupa demasiadamente em atuar de forma repressiva e arbitrária no cumprimento da pena privativa de liberdade, desconsiderando a vulnerabilidade do menor envolvido neste contexto.

1.1 Apontamentos direito penal constitucional brasileiro

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal garante que o Estado é o detentor exclusivo do jus puniendi, consubstanciado no direito de punir. Sendo assim, com base na legalidade e visando estabelecer equilíbrio social, seleciona condutas reprováveis e a partir daí, institui normas jurídicas a serem observadas pela sociedade e quando ocorre o descumprimento destas, o Estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

é legitimado em aplicar uma sanção penal, com fundamento na pretensão punitiva.

A respeito do *jus puniendi*, Cesare Beccaria declara:

> Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.

A aplicação da sanção penal ao indivíduo que violou as normas penais não pode ser feita de maneira arbitrária e ilegal, estando o jus puniendi submetido a limitações de diversas natureza, e sendo assim, devem ser observadas, principalmente, as garantias constitucionais.

Graças ao aumento da criminalidade e o descontentamento da sociedade em relação à segurança que deveria ser proporcionada e garantia pelo Estado, este atua de forma repressiva e arbitrária ao priorizar o encarceramento. Isso explica porque o Brasil possui a terceira maior população de detentos (de ambos os sexos) do mundo.

Na busca incessante por punir e privar o indivíduo da sociedade, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci destaca:

> Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autenticas masmorras, bem diante do respeito à integridade física e moral dos presos.

O sistema prisional brasileiro apresenta falhas estruturais graves que resultam na transgressão de diversos direitos e garantias fundamentais.

A situação aviltante e desumana do sistema carcerário brasileiro também atinge as mulheres reclusas. Atualmente, o Brasil possui a quinta maior população

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

de detentas do mundo, e quase que a totalidade dos cárceres femininos encontra-se em condições insatisfatórias e incapazes de garantir os direitos mínimos dessas cidadãs, nem são hábeis em atender as peculiaridades e vulnerabilidade do gênero feminino. A situação de vulnerabilidade da mulher se agrava quando a mulher se encontra grávida e é colocada no cárcere. É papel do Estado assegurar o atendimento pré e pós natal, garantindo a saúde da carcerária que está sobre sua tutela, fazendo com que se concretizem as diversas legislações existentes sobre o tema. Infelizmente, as consequências nocivas do encarceramento se entende aos seus filhos.

De suma importância destacar um trecho do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandoski, na decisão do Recurso Extraordinário nº592/581 RS, a respeito do tema:

> Mas o que se verifica, hoje, relativamente às prisões brasileiras, é uma completa ruptura com toda a doutrina legal de cunho civilizatório construída no pós-guerra. Trata-se de um processo de verdadeira "coisificação" de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras "masmorras medievais", que indica claro retrocesso relativamente a essa nova lógica jurídica.
>
> O fato é que a sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o Estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

A necessidade da privação de liberdade do indivíduo que descumpre as normas penais está arraigada no Brasil, inclusive presente no sentimento da sociedade como um todo, que, por uma falsa sensação de segurança, vê como única saída a exclusão do acusado do convívio social.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Da apreciação desse contexto, é possível constatar que as pessoas que hoje se encontram reclusas no sistema penitenciário, principalmente no caso da mulher em período gestacional, sofrem impactos diários de violência, ódio, humilhação e desrespeito às leis. E, após o cumprimento da pena, essas pessoas irão retornar ao convívio da sociedade, sem que tenham compreendido a função benéfica, ressocializadora e reintegradora da pena.

1.2 Direitos constitucionais de execução da pena da gestante e lactante

São diversos os princípios basilares que devem nortear a execução da pena da reclusa que se encontra no período gestacional.

Primeiramente, imprescindível destacar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que por si só, fundamenta e alicerça todos os outros princípios.

Na lição de Ingo Sarlet:

> (...) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (...)

O inciso XLIX, art. 5º, da CF/88, ao estabelecer que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", tem o intuito de fortalecer e complementar os direitos dos presos, e, indubitavelmente, aplica-se no caso da temática discutida neste trabalho.

O Princípio da Pessoalidade, também denominado da Transcendência mínima das penas está insculpido no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal:

> Art. 5º, XLV: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Trata-se de desdobramento lógico dos princípios da responsabilidade penal individual, da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade. Portanto, no caso concreto, a criança acaba tendo sua liberdade privada em virtude do encarceramento da mãe. A vista disso, o Estado deve proporcionar condições dignas e satisfatórias para que o convívio da mãe com seu filho no espaço prisional ocorra sem dificuldades e não gere traumas.

A Constituição Federal, em decorrência do Princípio da Individualização da Pena, também preconiza que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII). Lamentavelmente, essa igualdade que o referido dispositivo preconiza se mostra unicamente material.

Em relação ao direito das presas durante a amamentação, preconiza o art. 5º, L, CF/88:

> Art. 5º, inciso L, da CF/88: "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Indiscutivelmente, o período de amamentação é essencial e traz benefícios para a saúde do recém-nascido visto que contem proteínas, vitaminas e entre outras propriedades que auxiliam no crescimento do bebe. Ademais, serve como ferramenta para fortalecer o vínculo materno e proporcionar desenvolvimento cognitivo, emocional e psicológico do mesmo.

É direito fundamental constitucional da pessoa em condição de desenvolvimento, o direito à vida, saúde, alimentação, convivência familiar, respeito, liberdade e dignidade, os quais demandam proteção particular e cuidados especiais.

1.3 Legislações infraconstitucionais com garantias assistenciais às mulheres reclusas no período gestacional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O Estatuto da Criança e do Adolescente enfatiza a prerrogativa constitucional da amamentação, in verbis:

> Art. 9º: O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

O Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) incluiu o §5º ao artigo 8º do ECA, estendendo a assistência psicológica a gestante e a mãe, no período pré e pós natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal, às gestantes e as mães que se encontrem em cumprindo o período de reclusão de liberdade.

O supra citado estatuto acrescentou também ao ECA, a garantia da gestante receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança, proteção que está disposta no art. 8º, §7º do ECA.

A propósito, o §10º do referido artigo, igualmente inserido pelo Estatuto da Primeira Infância, assegura:

> Art. 8º, §10º: Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

A respeito desse tema, a Lei de Execução Penal trata sobre os direitos dos presos, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, procurando assegurar à interna saúde, educação, assistência, remição, etc.

O Artigo 14 da LEP endossa as garantias estabelecidas constitucionalmente e em outros textos infraconstitucionais, estabelecendo assistência à saúde:

> Art. 14 §3º: Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Com relação a estrutura penitenciária, a LEP exige que possua os seguintes requisitos:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
>
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
>
> b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).
>
> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Nota-se que a imposição elencada no art. 89 é de suma importância, em virtude da exigência das penitenciarias femininas possuírem seção para gestante e parturiente, e ainda creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos.

A Lei n. 13.434 alterou o artigo 292, do Código de Processo Penal, proibindo o uso de algemas em mulheres grávidas durante o nascimento de seu filho. *In verbis*:

> Art. 292, Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Ainda no que diz respeito ao Código de Processo Penal, o art. 318 dispõe que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante.

Em virtude da decisão do Habeas Corpus Coletivo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que conferiu prisão domiciliar às mães gestantes e lactantes em prisão provisória, foi editado o art. 318-A do Código de Processo Penal, in verbis:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
>
> I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
>
> II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.
>
> Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Deste modo, para que haja conversão da prisão preventiva de mulheres gestantes ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, é necessário que sejam atendidas as seguintes condições: que a acusada não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, e nem tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

1.4 Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras

No plano internacional, destacam-se as Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Adotadas pelo Brasil, servem como diretrizes e corroborando as normas nacionais já existentes.

Merece evidencia a Regra 5:

> Regra 5: A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Outrossim, as Regras de Bangkok preceituam que as mulheres devem ser sempre informadas por profissionais de saúde sobre a importância da amamentação e nunca serem desencorajadas a amamentar, sendo obrigatório garantir as condições para que a mulher passe o maior tempo possível com o filho, e que as mães na prisão tenham acesso a serviços permanentes de saúde.

Acerca das disposições pós-condenações, a Regra de Bangkok 46 considera as necessidades intrínsecas das mulheres grávidas e com filhos dependentes, de modo que, quando possível e apropriado, entendem serem preferíveis as penas não privativas de liberdade para as reclusas grávidas, com filhos e lactantes. Aduz ainda que a pena de prisão será cabível quando o crime for grave ou violento ou a mulher representa ameaça contínua.

Imperioso destacar o conteúdo da Regra 51:

> Regra 51: Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários. 2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

despeito do momento da separação da mãe e da criança, a Regra 52 assinala que o Estado possui a responsabilidade de facilitar e auxiliar as visitas e contato entre eles, que deve ser estipulado caso a caso, sempre observado o melhor interesse da criança.

Com a finalidade de solucionar o os abalos comprometedores da vivencia em privação de liberdade, prevê o seguinte:

> Regra 69: Serão envidados esforços para revisar, avaliar e tornar públicas periodicamente as tendências, os problemas e os fatores associados ao comportamento infrator em mulheres e a efetividade das respostas às necessidades de reintegração social das mulheres infratoras, assim como de seus filhos/as, com o intuito de reduzir a estigmatização e o impacto negativo do conflito das mulheres com o sistema de justiça criminal nas mulheres e em seus filhos/as.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. A REALIDADE DO ENCARCERAMENTO E MATERNIDADE: DIREITOS NEGLIGENCIADOS

No período entre 25 de janeiro de 2018 a 05 de março de 2018, o Conselho Nacional de Justiça vistoriou 24 estabelecimentos penais femininos, constatando que à época, existiam 179 gestantes e 167 lactantes, constatando que a grande maioria destas cumprem a pena em situação de precariedade e insalubridade, como inexistência de condições mínimas de higiene, falta de berços e ainda detectou 21 crianças sem registro de nascimento vivendo dentro do cárcere.

Do total de 24 estabelecimentos vistoriados, apenas 4 foram apontadas como exemplos de boas práticas: Unidade Materno Infantil (RJ), a Penitenciária Feminina de Cariacica (ES), o Presídio Feminino Santa Luzia (AL) e a Colônia Penal Feminina do Recife (PE). Para a avaliação, foram consideradas instalações físicas, assistência médica disponível, equipamentos de apoio e tratamento conferido às detentas.

Tanto as normas penais quanto o sistema prisional em si foi construído por homens e para homens, sendo que as particularidades femininas foram desconsideradas. A imensa maioria das prisões femininas são adaptações das prisões masculinas, sendo ignoradas na prática as proteções que lhe são asseguradas teoricamente.

Ora, o nome e o patronímico são essenciais para inaugurar formalmente o vínculo existente entre os diferentes membros da família com a sociedade e com o Estado, e consequentemente, é imprescindível que sejam efetivadas as medidas necessárias para o registro da criança imediatamente após o seu nascimento.

O último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, atinente à Junho de 2014, constatou que no que diz respeito à infraestrutura das unidades que custodiam mulheres, menos da metade dos estabelecimentos femininos dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes (34%). Nos presídios que continham homens e mulheres, somente 6% das unidades dispunham de ambiente próprio para a guarda de gestantes.

Ainda conforme o relatório acima descrito, quanto à existência de berçário ou centro de referência materno infantil, 32% das unidades femininas dispunham do espaço, enquanto apenas 3% das unidades mistas o contemplavam. Além disso,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

apenas 5% das unidades femininas dispunham de creche, não sendo registrada nenhuma creche instalada em unidades mistas.

Apesar de o Brasil adotar Regras de Bangkok, assumindo compromisso internacional em cumpri-lo, e possuir ampla previsão protecionista normativa, ainda faltam políticas públicas para que aconteça o cumprimento efetivo desses preceitos.

As condições da mulher reclusa no Brasil, além de serem nocivas a elas próprias, intensificam as marcas da desigualdade de gênero à qual as mulheres são submetidas. Os efeitos do encarceramento feminino são prejudiciais não somente à mulher, mas para toda a sua família.

Ressalta-se que muitas dessas mulheres encarceradas têm em comum um histórico de violência física, psicológica ou sexual. Em um estudo realizado Sintia Soares Helpes, na penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires, em Juiz de Fora/MG, uma em cada quatro mulheres sofreu violência sexual durante a infância. Em relação a vida adulta, de um total de três mulheres indagadas, uma afirma que já sofreu violência física no âmbito doméstico.

É crucial que haja uma atenção diferenciada às mulheres nessas situações específicas decorre, portanto, das próprias condições inerentes à gestação e amamentação.

2.1 Perfil das presas

Através do Projeto Saúde Materno Infantil nas Prisões, realizado pela Fundação Oswaldo Cruz e pelo Ministério da Saúde em estabelecimentos prisionais de todo o Brasil, foi constatado que a mulher que dá à luz na prisão é jovem, negra e mãe solteira.

Em geral, assim como as mulheres presas, as grávidas presas possuem baixa renda e pertencem a grupos socialmente menos favorecidas. Grande parte se encontra reclusa devido acusação de crime relacionado ao tráfico de drogas.

Além disso, foi constatado que as mulheres reclusas em situação gestacional sequer tem ciência acerca de seus direitos assegurados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A privação de liberdade da mulheres reclusas que já são mães e das que vivem o período gestacional presas gera consequências, entre elas a destinação das crianças para abrigos, onde se corre o risco de a criança ser levada à adoção, caso não haja membros da família para deixá-las, bem como a ruptura dos laços de afeto e convivência com a mãe.

3. PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus Coletivo 143641 decidiu conceder a ordem, decretando substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, até 12 anos incompletos, conforme disposto no art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências.

Não obstante a aplicação de prisão domiciliar, o juiz no caso concreto poderá aplicar concomitantemente as medidas alternativas previstas no art. 319, Código de Processo Penal.

É oportuna a transcrição da ementa da célebre decisão:

> Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

Para o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetrante do habeas corpus, a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo demonstrou que o respeito e a integridade física e moral das presas em geral está longe de ser alcançada. São explicitas as violações aos direitos que ocorrem às mulheres em período gestacional em estabelecimentos prisionais feminino, pois ainda são desprovidas de acesso constante à saúde, acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

A mulher que se encontra reclusa no cárcere, na maioria das vezes, violou as normas penais por ser proveniente de camadas mais baixas da população, com chances de desenvolvimento social já escassos.

Neste período seria imprescindível à mãe e ao filho a criação de vínculo afetivo forte e estável através do tempo de permanência do bebê com a mãe, a construção de berçários e creches, e é dever do Estado garantir esses direitos.

O Estado não deve assumir papel inerte e omisso diante desse contexto, devendo propiciar condições adequadas e necessárias para um cumprimento de pena mais humanizado, atendendo as singularidades do gênero feminino. As normas garantidoras dos direitos dessas pessoas, em situação de vulnerabilidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

não são implementadas pelo Estado. Diante dessas deficiências nos presídios, a opção mais viável é a prisão domiciliar.

A busca de respostas para a problemática relatada exaustivamente ao longo desse trabalho começa na aplicação das leis já existentes, além da realização de mais pesquisas e políticas públicas voltadas para esse segmento. A política de encarceramento deve ser repensada da forma que é feita, aspirando um julgamento mais humano.

Por todo o exposto, é fundamental e de singular importância na busca da concretização dos direitos e garantias fundamentais a decisão do Supremo Tribunal Federal ao conceder Habeas Corpus coletivo às presas provisórias gestantes e puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, até 12 anos incompletos. Contudo, de cunho machista, o sistema carcerário nacional ainda é desprovido de políticas públicas consistentes de modo a efetivar o que preconiza o Estado Democrático de Direito, ou seja, a aplicação das sanções penais deve ter como escopo o papel ressocializador e reintegrador da pena, e não apenas a exclusão do indivíduo do meio social.

5. REFERÊNCIA

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 6ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. 1. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL, **Código de Processo Penal do Brasil.** Brasília, DF, Senado,1941.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP**, da 2ª Turma. Criminal. Pena alternativa. Prisão Preventiva revogada. Conversão em Prisão domiciliar especial. Legitimidade. Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE, nº 39, de 1º mar. 2018.Brasília.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**; tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo TrevelinMillan. – São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à lei 13.257/2016 (estatuto da primeira infância).** Disponível em: http://www.dizerodireito.com.br/2016/03/comentarios-lei-132572016-estatuto-da.html

CNJ. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.**

INFOPEN MULHERES. DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – JUNHO DE 2014.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCrim, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razós:teoriadel garantismo penal.** Trad. PerfectoIbáñes. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

HELPES, Sintia Soares. **Vidas em jogo: um estudo sobre as mulheres envolvidas com o tráfico de drogas.** São Paulo: IBCCrim, 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IDENTIDADE DE GÊNERO E O DIREITO À RETIFICAÇÃO DE NOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL

BÁRBARA DA CRUZ ALMEIDA: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil Campus Fernandópolis.

MARCIA KAZUME PEREIRA SATO

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo de discorrer acerca do direito de retificação de nome e gênero a que fazem jus as pessoas transexuais, tendo em vista que, nestes indivíduos há incongruência entre o gênero psíquico e biológico. Será feita uma breve abordagem sobre os conceitos de sexo, gênero e mais especificamente acerca de identidade de gênero, uma vez que o termo transgênero se refere a identidade de gênero, e não a orientação sexual. Por conseguinte, este trabalho dará enfoque aos direitos da personalidade à luz da transexualidade, sob a ótica civil constitucionalista. Serão demonstradas a discussão doutrinária sobre a questão e as dificuldades da retificação do prenome e sexo no registro civil dos transgeneros, pois há carência legislativa específica em relação ao tema, ocasionando, na prática, desproteção, preconceitos e consequentemente, exclusão destes cidadãos do convívio em sociedade. Por fim, será dado ênfase ao Provimento 73 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a alteração da certidão de nascimento sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo nem de decisão judicial, entretanto, reflete-se que a plena concretização dos direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição ainda está longe de ser alcançada.

Palavras-chave: Identidade de gênero; Retificação de nome e gênero; Direitos da personalidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the right of rectification of name and gender to which transsexual people are entitled, given that in these individuals there is an incongruity between the psychic and biological genres. A brief discussion will be given on the concepts of gender, gender and, more specifically, gender identity, since the term transgender refers to gender rather than sexual orientation. Therefore, this work will focus on the rights of the personality, from the standpoint

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

of civil constitutionality, taking into account, in particular, the principle of the dignity of the human person. Next, the topic of rectification of the name and sex in the civil registry of the transgender people is addressed, and finally, emphasis will be given to the Provision 73 of the National Council of Justice, which regulated the change of the birth certificate without the obligatory verification of the surgery of change of sex nor of judicial decision, allowing that the subject happens to be standardized nationally, and transmit and legal security.
Keywords: Gender identity; Rectification of name and gender; personality rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 1.1 Considerações acerca de sexo e gênero 2. IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUALIDADE 3. DIREITOS DA PERSONALIDADE 4. A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E O PROVIMENTO 73 DO CNJ 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A formação da identidade de gênero não origina-se apenas de determinismo biológico. Trata-se de uma experiência individual, que pode ou não corresponder ao sexo biológico.

Este artigo reflete acerca da divergência do estado psicológico do transexual em relação a seus documentos, e a dificuldade a pessoa transexual encontra ao garantir que seus direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstos, sejam efetivados.

Inicialmente, se faz necessário conceituar institutos importantes ao deslinde do tema, tais como sexo e gênero. Em seguida, adentra-se no conceito de identidade de gênero e transexualidade, direcionando a abordagem das peculiaridades da questão à uma análise jurídica.Além disso, será feita analise dos direitos da personalidade sob a ótica aos transgeneros, que são aplicados neste complexo cenário, haja vista que é dever do Estado tutelar pela saúde de todos, abrangendo bem-estar físico, mental e social.

O presente artigo será finalizado demonstrando-se a relevância do advento do Provimento 73 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou, a nível nacional, a alteração de nome e gênero extrajudicialmente, refletindo-se que não

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

há garantia de efetivação dos direitos da personalidade, bem como do princípio da dignidade humana, se não houve consonância entre nome, sexo e identidade psíquica do indivíduo.

1.1 Considerações acerca de sexo e gênero

Primeiramente, é imprescindível esclarecer os conceitos de sexo e gênero, e estabelecer suas principais diferenças.

O sexo corresponde às características biológicas que são os aparelhos reprodutores, seu funcionamento e às características decorrentes dos hormônios. O que determina as fêmeas é que estas têm vagina/vulva e os machos têm pênis, o que não determina a identidade de gênero, tampouco, a orientação afetiva sexual da pessoa.

Percebe-se que sexo é consubstanciado a partir de uma concepção biológica, remetendo-se ao conceito de gênero, feminino e masculino. Por outro lado, sexualidade ultrapassa o corpo físico, desenvolvendo-se através da cultura e história do homem. A Organização Mundial da Saúde assinala:

> A sexualidade forma parte integral da personalidade de cada um. É uma necessidade básica e um aspecto do ser humano que não pode ser separado dos outros aspectos da vida. Sexualidade não é sinônimo de coito e não se limita à presença ou não do orgasmo. Sexualidade é muito mais do que isso, é a energia que motiva a encontrar o amor, o contato e a intimidade e se expressa na forma de sentir, na forma de as pessoas tocarem e serem tocadas. A sexualidade influencia pensamentos, sentimentos, ações e interações e tanto a saúde física como a mental. Se a saúde é um direito humano fundamental, a saúde sexual também deveria ser considerada como um direito humano básico.

A definição sexo engloba diversos elementos: sexo cromossômico (XX ou XY), sexo gonodal (ovários ou testículos), sexo genital (vagina ou pênis), sexo morfológico (seios ou pelos no rosto), sexo psicológico (sentimento de identificação da pessoa), sexo social (influências externas das regras de comportamento socialmente definidas) e sexo jurídico (constante no Registro Civil, de acordo com aparência anatômica externa do recém-nascido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em contrapartida, conceitua-se gênero como uma construção social na qual é atribuída inúmeras características para diferenciar homens e mulheres.

Imprescindível registrar trecho do livro O Segundo Sexo, de Simone de Beauvoir:

> Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino.

Outrossim, é caracterizado por grande subjetividade, a julgar por sua essência é cultural e social. Influenciam na formação do gênero, ao longo de toda a vida, as instituições sociais como a família, a escola, a igreja, entre outros.

É notório na vivência em sociedade atualmente que transexuais são vítimas de preconceito e discriminação pois não se enquadram no gênero em que nasceram, e não são socialmente aceitos por possuírem uma característica física que lhes nega suas identidades: a genitália do oposto. Diante disso, Maria Berenice Dias conclui que vincular comportamento ao sexo, gênero à genitália, definindo o feminino pela presença da vagina e o masculino pelo pênis, remonta ao século XIX quando o sexo passou a conter a verdade última de nós mesmos

2. IDENTIDADE DE GÊNERO e TRANSEXUALIDADE

O fato de um indivíduo ter um conjunto de combinações cromossômicas, órgãos genitais e características reprodutivas e fisiológicas determinadas, não o define como sendo do gênero feminino ou masculino. Isso decorre de uma experiência individual, que pode ou não corresponder ao sexo biológico.

De acordo com cartilha divulgada pelo movimento Livres & Iguais da Organização das Nações Unidas (ONU), a identidade de gênero se baseia na experiência de uma pessoa com o seu próprio gênero, na qual pode se apresentar como homem, mulher, ambos ou mesmo como nenhum dos dois gêneros a partir de uma distinção sociológica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Identidade de gênero nada mais é que o sentimento interior de uma pessoa quanto ao gênero que lhe foi dado no registro de nascimento. Caso haja consonância desses fatores, denomina-se que o indivíduo é cisgênero. Pelo contrário, quando há contraste entre a identidade interior e a registral, encontrando-se a pessoa em desacordo com a conduta psicossocial que a sociedade espera de pessoas do seu sexo biológico, o indivíduo é chamado de transgênero, transexual ou pessoa "trans".

Maria Berenice Dias explana que a pessoa trans é aquela que não se reconhece de forma correspondente ao seu sexo biológico, sendo o homem transexual aquele que nasceu com a genitália feminina, mas não se identifica com ela e a mulher transexual, aquela que nasceu com a genitália masculina, mas, igualmente, não se identifica com esta.

Maria Helena Diniz assim conceitua transexualidade:

> "É a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose racional obsessivo compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado".

Os indivíduos transgêneros podem optar pela cirurgia de adequação sexual, tratamento hormonal, ou mesmo não ter recebido qualquer procedimento. Frisa-se que tais procedimentos não são necessários para caracterizar a transexualidade.

Importante destacar que a identidade de gênero difere da orientação sexual, visto que a última é a atração afetiva e/ou sexual que se sente por outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indivíduos. As orientações sexuais comuns são Homossexualidade, que é a atração emocional, afetiva ou sexual por pessoa do mesmo gênero; Heterosexualidade, por pessoas do gênero oposto; Bissexualidade, por indivíduos dos dois gêneros, e ainda assexualidade, quando há ausência de atração sexual por pessoas de ambos os gêneros.

Em 2018, a Organização Mundial da Saúde retirou a transexualidade da lista de doenças ou distúrbios mentais. Entretanto, permanece na CID (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde) como incongruência de gênero na categoria relativa à saúde sexual.

Em nota publicada no site oficial, a OMS entendeu:

> A lógica é que, enquanto as evidências são claras de que (a transexualidade) não é um transtorno mental, de fato pode causar enorme estigma para as pessoas que são transexuais e, por isso, ainda existem necessidades significativas de cuidados de saúde que podem ser melhores se a condição for codificada sob a CID.

A ideia de que a transexualidade era patologia foi construída com base em discurso arcaico, limitador e opressor sobre a ideia de gênero. Percebe-se que infelizmente, a questão dos transgêneros ainda é deixada de lado, tendo poucos avanços para essa parte da população viver plenamente em sociedade.

Grande conquista alcançada na luta pelo reconhecimento dos direitos das pessoas transexuais, vulneráveis perante a sociedade, foi a designação do Dia da Visibilidade Trans, em data de 29 de janeiro.

Acerca do tema, Tatiana Lionço pondera:

> A mudança de sexo vai além da vontade ou de um mero desejo de ser alguém do sexo oposto. O comportamento é originado da infância e a medicina está padronizando um comportamento, mas os sujeitos são diversos, pois a mesma condiciona a transexualidade ao desejo de fazer a cirurgia, mas nem sempre a transexualidade foi objeto do poder médico, e nem todos os transexuais encontram na cirurgia a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

resolução de todos os seus problemas, visto que cada indivíduo possui uma história diferente.

De acordo com informações divulgadas pelo IBGE em dezembro de 2016, a expectativa de vida da população transexual brasileira é de apenas 35 anos, metade da média geral da população. Mediante estudo realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), observou-se que cerca de 90% da população transexual estão na prostituição, 5% no mercado formal e as demais na informalidade, principalmente na rede de cuidados com a estética (salão de beleza, maquiadoras e etc) ou no comércio ambulante.

Na luta pela concretização de direitos e pela vivencia da plena cidadania, os trans são deixados de lado e esquecidos. Percebe-se que o transexual se vê diante de obstáculos que não estão ao alcance dos profissionais de saúde: a carência de legislação específica acerca dessa população minoria, e portanto, vulnerável. Diante disso, quando o indivíduo se depara com outra identidade de gênero, ou seja, diversa do sexo biológico constatado no registro de nascimento, faz-se imprescindível a adequação na qualificação jurídica desta pessoa.

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Consoante entendimento de Limonge França, tratam-se de faculdade jurídicas cujos objetos são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito – caracteres físicos, psíquicos e morais – bem como seus prolongamentos e projeções.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana perfaz o principal fundamento jurídico para os direitos da personalidade, não podendo a dignidade humana não pode ser medida, dependendo, portanto, do mínimo existencial.

Atualmente, a Dignidade da Pessoa Humana é considerada um valor constitucional, o que demostra que as situações jurídicas presentes nas vidas das pessoas ampliam-se cada vez mais, o que se reflete, de forma mais aprofundada e sensível no reconhecimento dos direitos da personalidade.

O enunciado 274 da CJF/STJ estipulou que "os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da clausula geral de tutela da pessoa humana, consubstanciada no princípio da dignidade da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Carta Magna. Caso haja conflito entre eles, como não pode haver prevalência de nenhum, deve ser aplicada a técnica da ponderação.

Podem ser classificados em adquiridos, em decorrência do status individual, e inatos, que sobrevalecem a qualquer condição legislativa. A título exemplificativo, o direito ao nome e a integridade moral.

Tartuce explana:

> [...] os direitos da personalidade são qualidades que se agregam ao próprio ser humano, sendo, portanto, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, cuja norma jurídica permite a defesa contra qualquer modo de ameaça.

O nome é um sinal indicador dentro da sociedade, sendo relevante não só ao seu titular, assim como ao reconhecimento de cada indivíduo dentro da sociedade em que vive.

A respeito do direito ao nome, à luz da identidade, Vitor Almeida entende:

> Depreende-se, portanto, que não é de hoje que a proteção ao nome da pessoa convive, de um lado, com o interesse social, em que surge a obrigação de uso do nome como instrumento de identificação no meio social e familiar, e de outro, sua afirmação enquanto direito, que se desdobra nas faculdades de uso, defesa e reivindicação. Diante desse contexto, é que se afirma que o nome é um misto de direito e obrigação.

Para Pontes de Miranda, a função identificadora do nome não é, por si só, justificativa para considera-lo inalterável, porque nenhum princípio jurídico determina a imutabilidade de prenome e sobrenome, cabendo a cada sistema jurídico adotar, por tradição, a regra da proibição da modificação do prenome

O Pacto San José da Costa Rica estabelece, no art. 18, que todos têm direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes, devendo a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

lei regular a forma de assegurar a todos esses direitos, mediante nomes fictícios, se for necessário.

O nome possui ainda aspectos primordiais à natureza personalíssima, tais como inalienabilidade, imprescritibilidade, exclusividade e indisponibilidade.

O prenome apenas pode ser alterado excepcionalmente, haja vista representar a identidade e identificação das pessoas no meio social, com fundamento no artigos 56 a 58 da Lei de Registros Públicos: "Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios".

No que diz respeito à imutabilidade do nome, trata-se de direito relativo, e não absoluto, isto porque a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 56, admite pedido de alteração de nome no primeiro ano depois de completada a maioridade civil. Em regra, a referida lei permite ainda, excepcionalmente, alteração posterior do nome, desde que motivada e autorizada por decisão judicial. A respeito da inalterabilidade do nome de pessoas trans.

Roxana Borges assinala:

> [...] a ratio que fundamenta a regra da imutabilidade do nome não está, historicamente, ligada à proteção dos direitos da personalidade, mas à proteção de interesses (legítimos) de terceiros, o que, estranhamente, não se coaduna com os fundamentos, nem com as finalidades dos direitos de personalidade. [...] Mais do que ser um elemento que integra o estado da pessoa, o direito ao nome é um direito de personalidade, e, assim considerado, volta-se mais aos interesses da própria pessoa titular do nome do que aos interesses de terceiros. Aí reside a possibilidade de exercício de certa autonomia jurídica sobre o direito ao nome.

O princípio da imutabilidade do nome deve ser relativizado quando for inequívoco o interesse individual e, inclusive, o benefício social da modificação, considerando-se que a verdade do registro civil originário já não é mais a verdade da vivência pessoal, nem da social da pessoa trans.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4. A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL E O PROVIMENTO 73 DO CNJ

São incontáveis as situações vexatórias que um transexual, mesmo se identificando e sendo identificado como mulher, passa ao ter se identificar perante à sociedade com o nome constante em seu registro de nascimento, gerando graves consequências nas nas mais diversas relações sociais do cotidiano, inclusive, obrigando-o a abandonar os estudos e a exclusão do mercado de trabalho formal.

Infelizmente, a burocracia jurídica e as dificuldades do acesso à justiça impossibilitam a efetivação dos preceitos constitucionais.

Todavia, um passo importante na mudança desse cenário de repleto de adversidades e preconceitos foi dado através de memorável decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em agosto de 2018, no julgamento da ADI n. 4.275, entendeu ser cabível a retificação de registro civil de pessoa transgênero diretamente pela via administrativa sem a necessidade de prévia autorização judicial, e independentemente de realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Trata-se de avanço histórico, porque anteriormente à essa decisão, somente era permitido alterar o prenome e sexo constantes do registro de nascimento os transexuais que se submetessem a cirurgia de redesignação sexual e buscassem a via judicial para obterem a devida alteração no assento de nascimento.

Consiste a cirurgia de redesignação sexual ou de transgenitalização nos procedimentos cirúrgicos denominados neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, permitindo a mudança do aparelho sexual, ocasionando tão somente em alterações estéticas, e não genéticas.

Trata-se de grave violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e aos direitos da personalidade obrigar uma pessoa a possuir um nome que não condiz com seu gênero, mas tão somente ao seu sexo, e também a realizar a cirurgia de redesignação sexual, tendo em vista que esta cirurgia não é essencial para que a pessoa seja considerada transexual.

A partir do julgamento do STF, foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça o Provimento 73, que não possui força de lei, porém surgiu no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

ordenamento jurídico para preencher a lacuna legislativa existente sobre a questão.

De acordo com o Provimento 73, são legitimados a requerer mudança do nome e do gênero, qualquer pessoa maior de 18 anos completos, habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Ressalta-se que a referida retificação também pode compreender a inserção ou a retirada de agnomes caracterizador de gênero ou descendência. Além disso, sobrenomes não podem ser excluídos.

O requerimento pode ser realizado propriamente no ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN) em que o registro de nascimento foi feito ou em cartório diverso, e, neste caso, conforme disposto no art. 3º, parágrafo único, deverá o registrador encaminhar o procedimento ao oficial competente, às expensas da pessoa requerente, para a averbação pela Central de Informações do Registro Civil (CRC).

O art. 4º, caput, deixa claro que a referida alteração será realizada com base na autonomia da pessoa requerente, devendo a pessoa, neste ato, declarar a inexistência de processo judicial que tenha por objeto a alteração pretendida. Poderá ser desconstituída na via administrativa, mediante autorização do juiz corregedor permanente, ou na via judicial.

De suma importância o disposto no art. 4º, §1º:

> "O atendimento do pedido apresentado ao registrador independe de prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como de apresentação de laudo médico ou psicológico."

O art. 4º, §3º do Provimento estipula uma enorme lista de apresentação dos documentos, contando com 17 incisos. Maria Berenice Dias critica a exigência de tantos documentos, e ressalta que quando em casos similares, como quando a mulher adere o apelido de família do marido após o casamento, nenhum documento é exigido.

Merece destaque o art. 4º §7º, que lista os documentos facultativos:

> §7º: Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos:

I – laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade;

II – parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade;

III – laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

O procedimento previsto pelo Provimento 73 possui natureza sigilosa, sendo assim, é vedado constar no registro a alteração. São exceções a essa regra, a solicitação da pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral.

Havendo dúvida no tocante ao desejo real da pessoa requerente, o registrador poderá recusar o pedido, em decisão fundamentada, encaminhando-o ao juiz corregedor permanente.

Por fim, ressalta-se que o procedimento de retificação do registro ocorrerá às expensas da pessoa requerente, sendo posteriormente comunicado, mediante ao oficial, os órgãos do RG, ICN, CPF e passaporte, assim como ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE).

O art. 7º, §2º e seguintes, faz menção a alteração no registro dos descendentes e cônjuge da pessoa trans:

§2º: A subsequente averbação da alteração do prenome e do gênero no registro de nascimento dos descendentes da pessoa requerente dependerá da anuência deles quando relativamente capazes ou maiores, bem como da de ambos os pais.

§3º: A subsequente averbação da alteração do prenome e do gênero no registro de casamento dependerá da anuência do cônjuge.

§4º: Havendo discordância dos pais ou do cônjuge quanto à averbação mencionada nos parágrafos anteriores, o consentimento deverá ser suprido judicialmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Dessa maneira, independente de realização de cirurgia, o indivíduo transgênero busca forma de viver sua própria vida com dignidade e em busca de seu bem estar, não devendo a transexualidade ser tratada como doença, sendo legítima o uso do nome e gênero a que se identificam.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como garantir a dignidade humana e a concretização dos direitos da personalidade, se uma pessoa têm socialmente um nome e um sexo que estão em completa dissonância com sua identidade de gênero, de como reconhece a si mesmo, tornando-se imperiosa a adequação do registro civil.

A retificação de prenome e gênero do assento civil consubstancia passaporte para os transgêneros se inserirem na sociedade conforme o sentimento que possuem de si mesmas.

Como discorrido ao longo do trabalho, o julgamento do STF e a posterior edição do Provimento 73 do CNJ não são os meios ideais para garantirem efetivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos transgêneros, sendo necessário a edição de lei específica para preencher a lacuna existente sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Káren Savanna Brilhante. **O direito do transexual operado à adequação de sua identidade jurídica a sua identidade psicossocial**. *Revista da ESMAPE*, Recife, 2012

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** 2003. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

COIMBRA, Thales. ***O direito à mudança de nome de transexuais: jurisprudência e antidiscriminação***. São Paulo, 2013. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

LIMA, Suzana Borges Veiga de. **A readequação civil como condição essencial para a realização da dignidade do transexual: alteração do prenome e do sexo no registro civil**, 2011.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora. **Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual.** In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (Org.). Homofobia & educação: um desafio ao silêncio. Brasília: Letras Livres/EdUnB, 2009

OMS, 1975, apud EGYPTO, Antônio Carlos. **Orientação Sexual na Escola**. Editora Cortez: São Paulo, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

VILA NOVA, Marcela. **Os direitos da personalidade e a transexualidade**. Disponível em:http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/os_direitos_da_personalidade_e_a _transexualidade.pdf.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE NA TUTELA PROVISÓRIA: IRREVERSIBILIDADE E O DEVER DE INDENIZAR

BEATRIZ DE CARVALHO SOARES:
Bacharelanda em direito na universidade Brasil.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo discorre sobre os requisitos necessários para concessão das tutelas provisórias, com ênfase na irreversibilidade dos efeitos das decisões. Deste modo, com base na jurisprudência e na doutrina, se observará a responsabilidade objetiva do beneficiário pelos danos causados à parte, após a revogação da tutela provisória ou julgamento de improcedência da lide.

Palavras-chave: Tutela Provisória. Irreversibilidade. Responsabilidade objetiva.

ABSTRACT: This article discusses the requirements for granting of provisional decisions, with emphasis on the irreversibility of the effects of decisions. Thus, based on the jurisprudence and doctrine, the objective liability of the beneficiary for damages caused to the party will be observed, after the revocation of the provisional injunction or judgment dismissing the lawsuit.

Keywords: Provisional Decisions. Irreversibility. Objective responsibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.COGNIÇÃO SUMÁRIA X COGNIÇÃO EXAURIENTE. 3.PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DAS TUTELAS: 3.1. REVERSIBILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA; 3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA; 3.3.EFEITOS DA CONCESSÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS. 4.LIMITAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O Processo Civil modifica-se com a evolução dos entendimentos, costumes, circunstancias sociais. Por esta razão, a legislação atual contemplou aspectos fundamentais como: o tempo de duração do processo para satisfação dos interesses das partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para isto, foi criada a "liminar", hoje denominada de "Tutela Provisória", na qual o provável direito da parte é concedido antes da sentença, mediante cognição sumária.

A tutela provisória é dividida em "tutela de urgência" e "tutela de evidência", a primeira é sucedida por meio dos seguintes aspectos: (1) probabilidade do direito; (2) perigo de dano ou (3) risco ao resultado útil do processo, já a segunda, a probabilidade do direito ocorre quando: (1) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (2) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (3) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (4) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Para tanto, a tutela só será concedida em qualquer hipótese se sua efetivação for reversível, ou seja, se os fatos anteriores a concessão sejam os mesmos após a sua revogação.

A doutrina assegura que a responsabilidade da parte é objetiva no tocante a efetivação da tutela, por isto, se a parte contrária suportou um dano, que posteriormente foi reconhecido ilegal, quem a deu causa responderá por todos os danos causados, independentemente do elemento "culpa", que é irrelevante para o litígio.

Deste modo, o presente artigo objetiva ressaltar a importância tanto das partes quanto do juízo em verificar minuciosamente o perigo de irreversibilidade da tutela concedida e os efeitos na responsabilidade objetiva pelos danos causados à parte, após a revogação da tutela provisória ou julgamento de improcedência da lide.

Para isto, o método de pesquisa será feito por revisão de literatura (doutrina) e análise de documentos (jurisprudência).

2. COGNIÇÃO SUMÁRIA X COGNIÇÃO EXAURIENTE

A cognição no âmbito jurídico é a capacidade do juiz em notar um provável direito diante das provas produzidas no curso do processo.

O professor Kazuo Watanabe, 2000, p. 58, defende que a cognição é um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do judicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.

A doutrina faz distinção entre a Cognição Sumária ou Cognição Exauriente, fundadas em diferentes momentos processuais, assevera Daniel Neves:

> Uma tutela concedida mediante cognição sumária é fundada em um juízo de probabilidade, considerando que nessa espécie de cognição o juiz não tem acesso a todas as informações necessárias para se convencer plenamente da existência do direito. Já uma tutela concedida mediante cognição exauriente é fundada em um juízo de certeza, porque nesse caso a cognição do juiz estará completa no momento da prolação de sua decisão. (NEVES, 2018, p. 113)

Em caráter sumário, há, portanto, um juízo fundado em mera probabilidade, isto é, antes de ouvir a outra parte, com a atenção aos requisitos elencados para concessão das tutelas de urgência, que nem sempre são pormenorizados nas decisões interlocutórias.

A tutela provisória colide frontalmente com a Constituição, uma vez que a técnica não permite o contraditório e a ampla defesa do réu.

A lei não dispôs nas disposições gerais da tutela provisória elementos específicos para a sua concessão, contudo, indicou no art. 300 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que a tutela será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou resultado útil ao processo.

O legislador não relacionou quais elementos são capazes de convencer o juiz a conceder a tutela, portanto, notabilizou o poder discricionário do juiz em decidir justificadamente que ficou evidente a probabilidade de direito da parte.

Como regra, as decisões precisam ser detalhadas, contendo para cada pressuposto, uma prova produzida pelo autor, mesmo que não haja um rol específico, o juiz deve analisar de prontidão o mérito e as provas documentais produzidas considerando que sua efetivação surte efeitos imediatos para as partes.

Caso o juízo não fundamente conforme exigido no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), sua decisão pode se tornar nula, suscetível de agravo de instrumento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, com juntada de provas, contraditório e todo procedimento comum, é proferida a sentença, fundada em juízo de certeza, conhecida como cognição exauriente.

3. PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DAS TUTELAS

É sabido que o tempo é a grande óbice no deslindar do processo, em vista disso, o legislador teve que adequar o processo de acordo com determinados critérios ao longo do seu desenvolvimento.

A forma de antecipação de tutela, como assentam Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, tem justamente por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo.

No entanto, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) inaugurou a fundamentação das tutelas de urgência e evidencia na probabilidade do direito, isto é,

> é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, 2016, p. 139)

Nesse passo, é necessário que o juiz se convença suficientemente de que há o *fumus boni iuris* e são prováveis as chances de vitória da parte, para tanto é necessário que o juiz apresente claramente as razões da formação do seu convencimento (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 597).

Não obstante a probabilidade do direito, a decisão deve se concentrar na verossimilhança entre as provas e o direito alegado, meras falácias sem suficiência de provas não devem ensejar a concessão da tutela.

Outro requisito para a concessão da tutela de urgência é o perigo de dano, previsto no art. 300 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Tal preceito está diretamente ligado à parte. Quando não concedida a tutela de urgência, ocorre o dano no caso concreto. Exemplo: O requerente pede cobertura de cirurgia em desfavor do plano de saúde, sendo esta imprescindível para sua vida.

Outrossim, o dano deve ser de difícil reparação para ensejar a urgência da demanda, como assenta os doutrinadores Didier Junior; Braga; Oliveira, 2015, o dano pode ser à saúde, a honra, a imagem, ao patrimônio, *seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa* (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA., 2015, p. 598).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Do mesmo modo, o artigo prevê o dano ao resultado útil do processo, este elemento é acerca da sua efetividade, a tutela nesse caso, protege a função jurisdicional.

Tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada, caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura em razão do perecimento do direito.

3.1. REVERSIBILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA

O provável direito da tutela antecipada vem semeado pelo que dispõe no art. 300, §3º, do Código De Processo Civil, (BRASIL, 2015), *"não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão"*.

Isto demonstra que o juiz não pode conceder a tutela quando puder trazer prejuízo irreversível ao réu.

Para que seja assegurado o provável direito exige-se que a efetivação da decisão possa ser revogada a qualquer tempo sem trazer nenhum ônus às partes.

O retorno ao *status quo ante* é o único meio de assegurar que a decisão do juiz não confronte a segurança jurídica que ela tem por objetivo trazer.

No tocante aos direitos indisponíveis, mesmo que essenciais, não são suficientes para a concessão da tutela, cabe ao juiz analisar a probabilidade do alegado.

Didier Junior; Braga; Oliveira, 2015, asseguram que:

> Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Equivaleria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, "ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo". (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 600).

O legislador, ao positivar "*efeitos da decisão*", demonstra que a irreversibilidade diz sobre os fatos envoltos a decisão e não somente sobre o seu provimento, uma vez que a tutela é sempre revogável, mas o retorno a situação fática anterior a concessão não é sempre possível.

No entanto, deve haver uma "recíproca irreversibilidade" na mensuração do direito das partes, o juiz deve ponderar o direito mais provável e aplicar o justo de acordo com o princípio da razoabilidade (NEVES, 2018, p. 517).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas até que ponto é ponderável a cognição do juiz para deferir a tutela? Há muita divergência entre juízes, por mais que o poder judiciário tenta manter um padrão de decisões por meio dos tribunais, sempre terá alguma decisão em primeiro grau que difere das outras de outro juízo do mesmo grau na mesma situação.

Isto ocorre porque o juiz tem o poder discricionário, que o dá liberdade para decidir conforme os fatos, sua cognição e os limites da lei. Por outro lado, o referido "poder" pode causar insegurança jurídica às partes e até a terceiros envolvidos nos efeitos da decisão.

3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Como assevera NEVES (2018, p.506), o Código De Processo Civil (BRASIL, 2015) dispõe que o beneficiário pela concessão e efetivação da tutela de urgência – cautelar e antecipada – poderá ser responsabilizado pelos danos suportados pela parte adversa caso se verifique no caso concreto uma das seguintes hipóteses:

> I - a sentença lhe for desfavorável;
>
> II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
>
> III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
>
> IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

No tocante a indenização, a doutrina elegeu a responsabilidade objetiva, uma vez que para comprovar o dever de indenizar basta comprovar o dano ao sujeito e o nexo de causalidade com a concessão dos efeitos da tutela.

NEVES (2018, p. 506) alude que se trata da "teoria risco-proveito", uma vez que, se de um lado a obtenção e efetivação da tutela são altamente proveitosas, por outro lado, os riscos pela sua concessão mediante cognição sumária são exclusivamente de quem se aproveitou.

Apesar do art. 302 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) não estar previsto nas disposições gerais da tutela provisória e sim na tutela de urgência por equívoco do legislador, sua aplicação prática também abrange as tutelas de evidência.

É notório que em qualquer modalidade da tutela, se posteriormente revogada, pode haver danos à parte, por isto, a aplicação do referido artigo na prática, abrange a natureza de qualquer tutela.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Não obstante as hipóteses elencadas, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou que julgada improcedente a demanda, é consequência natural a indenização pelos danos causados a parte adversa. Destaca-se a seguinte decisão do STJ:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO POPULAR. LOCAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. REITERAÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA MANTIDA. COISA JULGADA. REVOGAÇÃO POSTERIOR DE LIMINAR DEFERIDA. REPARAÇÃO DE DANO PROCESSUAL. PEDIDO QUE DEVE SER PROCESSADO NOS PRÓPRIOS AUTOS. RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.
>
> (...) 5. Esta Corte Superior compreende que **a obrigação de indenizar o dano causado pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada é consequência natural da improcedência do pedido, dispensando-se, inclusive, pedido da parte interessada.** 6. **A sentença de improcedência, quando revoga tutela concedida por antecipação, constitui, como efeito secundário, título de certeza da obrigação de o autor indenizar o réu pelos danos eventualmente experimentados, cujo valor exato será posteriormente apurado em liquidação nos próprios autos**. Precedente: REsp 1.548.749/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe 6/6/2016. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.767.956/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, DJe: 26/10/2018) (**g.n.)**

A natureza objetiva desta responsabilidade exclui o elemento "culpa" para sua configuração.

A revogação da tutela em decisão definitiva demonstra que não foram observados minuciosamente os requisitos para sua concessão.

3.3. EFEITOS DA CONCESSÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

As tutelas possuem diversos efeitos imediatos em razão da sua urgência, uma dela é a provisoriedade, com a principal função de assegurar ou satisfazer o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

direito da parte de maneira mais rápida, o caráter é denominado "temporário" devido a sua "modificabilidade" no tempo.

> A tutela cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. Além disso, tende a extinguir-se com a obtenção da tutela satisfativa definitiva - isto é, com a resolução da demanda principal em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.563)

A tutela antecipada (satisfativa) requerida em caráter antecedente tem efeito estável se não interposto o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que a concedeu. Isto não quer dizer que vai gerar coisa julgada, o "definitivo" tem prazo de dois anos para ser objeto de ação rescisória.

Há grande divergência na doutrina acerca da imutabilidade no tempo. Didier Junior; Braga; Oliveira, 2015 assegura que para o julgador verificar o preenchimento dos requisitos do direito, é exercida a cognição exauriente, e para verificar o direito de fato, a cognição será sumária.

O autor afirma também que a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado ou quando ele não for reconhecido, mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo, portanto a decisão é definitiva, mas seus efeitos são temporários. Nesse sentido, extrai o seguinte entendimento:

> Assim, por ser definitiva, a decisão final cautelar não pode ser tida como provisória (ou precária). Não é uma decisão provisória a ser, posteriormente, substituída por uma definitiva - que a confirme, modifique ou revogue. Ela é a decisão final, definitiva, para a questão. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 565)

Não obstante a este entendimento, Daniel Neves (2018, p. 529) sustenta que não há de se falar em imutabilidade e indiscutibilidade de uma decisão proferida mediante cognição sumária.

Assim como assegura que no §2º do art. 304 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), os efeitos da decisão permanecem até uma rescisória *rever, reformar ou invalidar*.

Ademais, não se trata de coisa julgada material, mas de um "fenômeno processual assemelhado", sua ausência deixou de ser condição para admissão de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ação rescisória uma vez que se trata de decisão terminativa, que no caso, julgou o mérito e só é cabível por não ser possível propor ação semelhante e não haver mais recursos.

Outro importante efeito das tutelas (antecipada e de evidência) é seu caráter satisfativo, permitindo que a parte usufrua da provável vitória, o que pode ser benéfico por um lado, e causar prejuízo do outro.

> As atividades processuais necessárias para a obtenção de uma tutela satisfativa (a tutela- padrão) podem ser demoradas, o que coloca em risco a própria realização do direito afirmado. Surge o chamado perigo da demora (periculum in mora) da prestação jurisdicional. (DIDIER JR., 2015, P. 562).

A exemplo da satisfatividade, o entendimento sobre os benefícios previdenciários até 2017 era de que por ter natureza alimentícia, os valores pagos em sede de tutela provisória de urgência eram irrepetíveis, portanto, mesmo que posteriormente a tutela seja revogada, os valores recebidos de boa-fé pelo beneficiário não seriam devolvidos.

O novo entendimento jurisprudencial trouxe outro parâmetro para concessão da tutela para recebimento do benefício, uma vez que, mesmo com caráter alimentício, o dano causado ao erário tem maior repercussão do que o dano causado a um só sujeito. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em v. Acórdão da lavra do Ministro Herman Benjamin:

> PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NATUREZA PRECÁRIA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO. POSSIBILIDADE. TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL. DEVOLUÇÃO DOS BENEFICIOS. OBRIGATORIEDADE. PARÂMETROS.
>
> 1. **Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada da decisão judicial**, (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. Malsucedida a demanda, o autor da ação responde pelo que recebeu indevidamente. 2. O argumento de que a parte confiou no juiz ignora o fato de que está representada por advogados no processo, os quais sabem que a antecipação de tutela tem natureza precária. (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 7. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa **a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.** 8. Assim, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e levando-se em conta o dever do segurado de devolução dos valores recebidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, deve ser observado o limite mensal de desconto de 10% (dez por cento) do benefício retirado. 9. Recurso especial conhecido e provido. Precedente: REsp 1731635/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 28/11/2018. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.776.878 - RS 2018/0286552-9 Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, 07/03/2019, DJe 03/04/2019) (g.n.)

Com toda razão assiste este a novo entendimento, em nenhum momento os magistrados deram atenção ao prejuízo causado ao patrimônio público, todavia, é de maior importância o prejuízo coletivo a um prejuízo individual.

No contemporâneo, os advogados devem se atentar ao pedido da tutela, verificando se estão presentes todos requisitos para concessão do benefício, uma vez que, se revogada por não preencher os pressupostos, o dinheiro será devolvido e o autor arcará com o dano.

Não pode ser considerado reversível um valor a título de alimentos, uma vez que se destinam à aquisição de bens de consumo imediato – assegura a sobrevivência do beneficiário - é inimaginável pretender que sejam devolvidos, por isto, os advogados ao ingressarem com ação de benefício previdenciário, devem deixar claro ao cliente os efeitos causados na concessão da liminar.

Já na tutela cautelar, as medidas assecuratórias possíveis, como: arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens dentre outras medidas cautelares tradicionais, podem também beneficiar o autor e causar dano a uma das partes.

Como assegurar que será irreversível o direito a cautelar se há dano a umas das partes do processo? Um exemplo comum do direito de cautela, é nos atos administrativos (processo administrativo disciplinar) e na ação civil pública para apurar atos de improbidade administrativa, o afastamento do cargo público, seja por quaisquer dos tipos de exercício.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A concessão desta cautela se limita as provas suficientes de que a permanência do agente em seu cargo, função ou emprego possa dificultar o tramite processual na busca da verdade real dos fatos.

A Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992) não estabeleceu prazo para o afastamento, apenas se limitou a dizer que a medida será cabível enquanto se fizer necessária na instrução processual.

Com a morosidade e o acúmulo de processos no judiciário, como será razoável o agente se afastar do cargo por tempo indeterminado? Se a ação perdurar anos, o sujeito continuará sem exercer sua respectiva função? Revogada a tutela concedida, há imediata reintegração ao cargo.

Mesmo que não haja prejuízo na remuneração, o servidor afastado indevidamente sofre inúmeros prejuízos sociais e psicológicos. Estes efeitos são irreversíveis, e cristalinam a ideia de que a tutela deve ser concedida somente se sua interferência possa prejudicar na colheita de provas. Seu caráter é sumário, mas o estudo para sua concessão deveria ser exauriente.

Outro exemplo relevante sobre o direito de cautela no momento da cognição sumária é quando o juízo de primeiro grau suspende os efeitos de um leilão extrajudicial que já ocorrera meses antes da propositura da ação, a fim de averiguar se há alguma nulidade na sua execução.

No presente caso, o resultado da inadimplência do devedor que firmou contrato com uma empresa de serviço de créditos é a transferência imediata do bem para quitação da dívida - uma vez que estipulado em contrato o bem como garantia -.

Nada impede o devedor a pleitear o pedido de anulação do procedimento se este não ocorrer da maneira correta. Ocorre que, o devedor entra com ação contra a empresa de créditos pugnando pela nulidade do leilão. Ao analisar o pedido, o juízo *a quo* suspende os efeitos do leilão até o fim da instrução processual a fim de amenizar os danos para o autor.

Por outro lado, a partir do momento em que o bem vai a leilão extrajudicial passa a surtir efeitos a terceiros.

A suspensão dos efeitos do leilão trouxe prejuízo ao arrematante do bem, que passou a investir no imóvel e teve seu direito de propriedade suspenso e transferida a posse do bem para o devedor-fiduciário.

Ocorre que, no fim da instrução processual, a demanda foi julgada improcedente e revogada a decisão de que suspendia o leilão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É sabido que, exercer a propriedade do imóvel traz alguns custos, dentre eles, IPTU, taxa de ocupação, água, luz, conservação do bem, dentre outros.

A responsabilidade pela tutela provisória concedida será sempre de quem a requereu, como no presente caso, o autor deve indenizar o arrematante do bem por sua ocupação indevida, sobre a desvalorização do bem e todos os demais prejuízos sofridos

Observe que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) em seu art. 302, inciso I, dispõe sobre a reparação pelo "dano causado a parte" se a sentença lhe for desfavorável, situação também abrangida pelo Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), contudo, a jurisprudência deixa claro que a irreversibilidade não diz respeito ao provimento e sim a "seus efeitos práticos":

> "Processual civil. Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Outorga de escritura definitiva de imóvel. Antecipação dos efeitos de tutela. Natureza do provimento antecipado. Perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada. Juízo de probabilidade. Tutela específica. Requisitos. Arts. 273 e 461 do CPC.- O provimento antecipado, consistente na outorga de escritura definitiva do imóvel não é de natureza irreversível.- **Quando o § 2.° do art. 273 do Código de Processo Civil alude à irreversibilidade, ele se refere aos efeitos da tutela antecipada, não ao provimento final em si, pois o objeto de antecipação não é o próprio provimento jurisdicional, mas os efeitos desse provimento**.- O perigo da irreversibilidade, como circunstância impeditiva da antecipação dos efeitos da tutela, deve ser entendido *cum grano salis*, pois, não sendo assim, enquanto não ultrapassado o prazo legal para o exercício da ação rescisória, não poderia nenhuma sentença ser executada de forma definitiva, dada a impossibilidade de sua desconstituição.- É sob a ótica de probabilidade de êxito do autor quanto ao provimento jurisdicional definitivo que o julgador deve conceder ou não a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.(...) Recurso especial não conhecido". Precedente: REsp n. 737.047/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/2/2006, DJ 13/3/2006, p. 321. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.522.663 - MA

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

(2015/0064692-1) Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado em 16/08/2018, DJe: 20/08/2018)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (...) 4 - Tratando-se de antecipação de tutela revogada na sentença, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 811, parágrafo único, do CPC, que autoriza a imposição de indenização quando a medida cautelar for julgada improcedente, sujeitando o beneficiário da ordem liminar a ressarcir, objetivamente, independente de culpa, as perdas e danos daquele que teve privado o exercício de sua posse. (...)" (TJMG; AR 1.0000.05.420613-1/000; Andradas; Sexto Grupo de Câmaras Cíveis; Rel. Des. Maurício Barros; Julg. 19/10/2005; DJMG 25/11/2005) (Publicado no DVD Magister nº 14 - Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007)"

No caso ora mencionado, o entendimento é majoritário em entender que os prejuízos sofridos podem incidir inclusive sobre terceiros, uma vez que a efetivação da tutela diz respeito exclusivamente sobre os seus efeitos e não somente sobre a suspensão do leilão.

Perceba que o leilão suspenso atingiu uma terceira pessoa – arrematante do imóvel - e todas as custas que envolveram o ato revogado: taxa de ocupação, IPTU, encargos tributários, água, luz, aluguel.

Desde então, ficou demonstrado que os efeitos da tutela antecipada de urgência concedida sem atenção aos requisitos, em especial o da irreversibilidade, surte efeitos irreversíveis, porém, indenizáveis.

É inadmissível conceder a tutela somente porque o réu ou terceiro possa converter o prejuízo em perdas e danos.

4. LIMITAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS

Considerando que a antecipação da tutela trouxe inúmeras vantagens para quem possui o provável direito, é válido resguardar os interesses de quem sofre os efeitos da tutela.

Para isto, de forma de amenizar os efeitos de uma futura improcedência da demanda, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) no art. 300, §1°, trouxe a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

previsão de prestação de caução ou fidejussória idônea para ressarcir o dano que a outra parte irá sofrer.

Apesar de tal disposição estar prevista nas disposições gerais da tutela de urgência, a regra também se aplica tanto a tutela cautelar como na tutela antecipada, conforme a disposição sobre reversibilidade.

Daniel Neves (2018, p. 504) salienta um ponto negativo sobre a caução:

> "Na praxe forense é inegável o desprezo dos juízes com os requisitos autorizadores da liminar na tutela cautelar, quando o autor apresenta caução. O que interessa é simplesmente a caução, o que leva julgadores ao absurdo de nem mesmo analisarem o teor da petição inicial, desde que já exista caução prestada nos autos. A caução nunca deve ser considerada como exigência automática para a concessão da liminar no mandado de segurança, cabendo ao julgador analisar sempre as circunstâncias do caso concreto para somente em situações excepcionais exigir a prestação da caução"

O juízo sempre deve se resguardar de todos os requisitos necessários para a concessão da tutela. A caução ou a fidejussória exigida é uma garantia excelente para resguardar o dano que o réu poderá sofrer.

Contando que a jurisdição tem por objetivo dar segurança jurídica as partes, não é possível reconhecer que a caução por si só é suficiente para resguardar os efeitos das decisões provisórias.

Outra cautela efetiva na concessão da tutela é estipular prazo determinado para surtir seus efeitos, uma vez que as ações propostas no contemporâneo e principalmente nos grandes centros perduram anos até o saneamento.

A estipulação de prazo para a provisoriedade é de grande valia, porque como visto no decorrer no projeto, art. 302 prevê que o juízo em cognição sumária pode se equivocar na concessão da liminar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Outrossim, para demonstração do direito, a lei estipula a justificação prévia, prevista anteriormente no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973). A audiência de justificação é uma forma do juiz ver pessoalmente a qualidade, características e a probabilidade do direito da parte.

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), traz também a previsão de justificação no processo de interdição. A pessoa que requer a curatela de uma pessoa civilmente incapaz, muitas vezes não possui prova robusta para receber de plano a curatela provisória, e em caso de urgência, o juiz pode designar audiência de justificação, ou melhor, entrevista com o interditando para formar sua cognição e verificar o nível de capacidade intelectual que este possui.

Nada mais é do que conceder a tutela provisória se precavendo de sua possível futura revogação.

5. CONCLUSÃO

Dentro do proposto, ficou demonstrado o rol de elementos básicos necessários para a concessão da tutela provisória. Como também foi elucidado que há diversos casos práticos de concessão de tutela sem atenção aos requisitos.

A legislação previu a responsabilidade objetiva do agente beneficiário em caso de improcedência da lide com a revogação dos efeitos da tutela. Ficou evidente que o próprio legislador programou o eventual "equívoco" do juízo.

O artigo favoreceu a ideia de que os efeitos do provimento que concede a tutela por diversas vezes são irreversíveis, o que causa insegurança jurídica tanto para as partes, quanto aos administradores da justiça.

Portanto, a melhor forma de amenizar os efeitos previsíveis é a fundamentação adequada do provável direito da parte pelo legislador com a utilização de todos meios disponíveis para comprovação do direito material e formal objeto dos litígios.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil, Brasília, mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Institui o Código de Processo Civil, Brasília, jan. 1973. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, Rio de Janeiro, jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 19 abr. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 674 p.

DVD – Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 6, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 923 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 1808 p.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp Nº 1.767.956 - RJ (2018/0037521-9). Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. DJ: 26/10/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89150132&num_registro=201800375219&data=20181026&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 19 abr. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL REsp Nº 1.776.878 - RS (2018/0286552-9). Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ 03/04/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93027506&num_registro=201802865529&data=20190403&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 19 abr. 2019.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. Campinas: Cebepej, 2000. 190 p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

UM PANORAMA DO ABORTO NO BRASIL E NO MUNDO

GUSTAVO HENRIQUE CARAMELO PAIS: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(Orientador)

RESUMO: O aborto desde que se tem conhecimento tem sido um tema polémico, sempre presente nos meios jurídicos, biológicos e religiosos ele divide opiniões trazendo a tona os mais variados motivos para discussão. Ao longo da história humana podemos observar uma grande variação no posicionamento em relação ao aborto, ora a população tente a ter uma aceitação maior de sua prática, ora uma onda maior de reprovação. O Brasil faz parte de parcela mundial que admite o aborto em determinados casos, a lei é taxativa neste quesito, todavia isso só faz com que cada vez mais mulheres recorram a clandestinidade para a realização do ato. Com o julgamento da ADPF 54 o aborto de feto anencéfalo deixou de ser crime, mas ainda há muito a ser buscado como nos casos de fetos microencefálicos.

Palavras chave: Aborto; gravidez; feto; anencefalia; microcefalia.

ABSTRACT: Abortion since it has been known has been a controversial subject, always present in the legal, biological and religious media, it divides opinions by bringing out the most varied reasons for discussion. Throughout human history we can observe a great variation in the positioning in relation to abortion, sometimes the population tries to have a greater acceptance of its practice, sometimes a greater wave of disapproval. Brazil is a part of the world that admits abortion in certain cases, the law is limited in this regard, but this only makes more and more women use the clandestine to perform the act. With the ADPF 54 judgment abortion of the anencephalic fetus ceased to be a crime, but there is still much to be sought as in cases of microencephalic fetuses.

Keywords: Abortion; pregnancy; fetus; anencephaly; microcephaly.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.BREVE HISTORIA EVOLUCIONAL DO ABORTO. 3. ABORTO X RELIGIÃO. 3.1 Cristianismo x aborto. 3.2Islamismo x Aborto.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.3Hinduísmo x Aborto. 4.O ABORTO NO BRASIL. 4.1 Panoramas gerais do aborto no Brasil. 5. ABORTO NOS CASOS DE FETO ANENCÉFALO. 5.1 Conceito e definição. 5.2 A Anencefalia no Brasil. 6. ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA. 6.1 Conceito e definição. 6.2 A microcefalia no Brasil. 7. O ABORTO AO REDOR DO MUNDO. 8. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará um dos assuntos mais polêmicos em nosso meio social atualmente, o aborto. Abordoado em diversas esferas de conhecimento, biológica, religiosa, jurídica, o mesmo não é recente, documentos remontam a até 2737 a.C.

O artigo oferece uma observância do ponto de vista jurídico, quanto ao direito de liberdade e dignidade da pessoa humana, sendo de crucial importância demarcar-se na legislação em vigência até que ponto estes direitos fundamentais são garantidos.

O Brasil é um dos países em que a prática do aborto é permitida apenas em alguns casos, todavia apesar da proibição a quantidade com que ocorre é gritante. Evidenciando assim a ineficácia da aplicabilidade da lei, já que ela não procura resolver a situação através de politicas publicas, e sim apenas controlar o resultado punindo essas mulheres. E isto não pode mais ser ignorado, se temos uma parcela da população recorrendo à clandestinidade para fazer valer uma vontade intima e pessoal, está na hora de reavaliarmos nosso ordenamento.

Trataremos ainda sobre os casos de feto anencéfalo onde a ADPF 54 descaracterizou o crime de aborto, mas que ainda tem gerado polémica, e também sobre o feto microencefálico, onde não obstante de trate de má formação cerebral, o aborto nesses casos ainda é considerado crime.

Por fim, demonstra-se a relevância de tal estudo, pois se trata de direitos básicos inerentes a todos, e, portanto deem ser reexaminados e melhor interpretados, para atender assim toda a população, afinal trata- se de direito “Erga omnes” e não “Inter partes”.

2. BREVE HISTORIA EVOLUCIONAL DO ABORTO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A palavra aborto tem origem etimológica no latim abortus, derivado de aboriri (“perecer”), composto de ab (“distanciamento”, “a partir de”) e oriri (“nascer”).

Apesar de sempre presente nas discussões sociais o aborto não é um assunto novo, sua pratica já era documentada nas antigas sociedades orientais, entre 2737 e 2696 A.C, foram encontradas receitas de abortíferos ingestivos, bem como a descrição da realização ações físicas violentas com o intuito de abortar.

No antigo mundo Greco-Romano a pratica do aborto era comum, e não era considerado crime na maioria dos casos, uma vez que era utilizado para controle de natalidade. O feto era entendido como parte do corpo da mulher e como a lei vigente na época tornava a mulher propriedade de seu marido, o aborto só poderia ocorrer com consentimento deste. Ocorria crime caso o aborto lesasse a vontade do homem em relação à escolha de ter ou não o bebe, ou a ainda a sua descendência.

> Platão em seu livro República defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos, isto porque ele entendia que mulheres novas geravam filhos saudáveis, e também acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento. (CARVALHO, p.4).

Contudo com a evolução da sociedade e com a entrada da religião no cenário a vida passou a ser vista sob uma nova ótica e ganhou um peso muito maior, levantando muitas discussões pelo mundo. O feto deixou de ser visto apenas como parte do corpo e passou a ter o status de ser vivo.

> Muitas das convicções que hoje são dados adquiridos constituem, na verdade, o fruto de um árduo trabalho amadurecido ao longo dos séculos: o papel da mulher, as formas de considerar o feto e a gravidez, as intervenções externas, os interesses políticos e os parâmetros de avaliação mudaram desde a Antiguidade até os dias de hoje, assumindo diferentes funções e significados. (GALEOTTI, 2007 p.21)

3. ABORTO X RELIGIÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

As religiões de forma geral, desde que se tem ciência sempre interferiram nas questões do Estado, na criação de leis, bem como na sua aplicação, moldando e direcionando o pensamento humano, no caso do aborto não seria diferente, contudo como pode ser observado, há uma grande difusão de religiões pelo planeta, de modo que cada região tem uma incidência diferente das religiões; sendo assim influenciado de formas diferentes. Portanto analisaremos como as três maiores religiões do mundo tratam o aborto.

3.1 Cristianismo x aborto

O cristianismo representa 31,4% de toda a população mundial (CIA 2018) sendo bem propagado pelo planeta, e engloba um grande numero de igrejas, mas a igreja católica conta com a maioria de seus adeptos e desse modo também é a maior defensora da vida do feto, lutando contra o aborto. Quem vê essa luta crê que desde sua fundação foi assim, porém engana-se, a igreja já tolerou o aborto, foi só em 1869 que passou a condenar o aborto.

"No século 4, Santo Agostinho defendia que só a partir de 40 dias após a fecundação se poderia falar em pessoa , e séculos depois São Tomás de Aquino utilizou-se do mesmo preceito para dizer quando então uma pessoa receberia uma alma racional." (SUPERINTERESSANTE, 2012)

Porém esta teoria sofria fortes contestações daqueles que acreditavam que o feto já se tratava de um ser vivo desde o momento da concepção. Então no século XIX em 1869 na Apostolicae Sedis esta teoria foi incorporada e o papa Pio IX condena toda e qualquer interrupção voluntária da gravidez. (SUPERINTERESSANTE, 2012)

3.2 Islamismo x Aborto

A doutrina islâmica iniciou-se com o profeta Maomé, e hoje reúne 23,2% dos fieis do mundo (CIA, 2018), predominante principalmente no oriente médio, sua mensagem principal é a submissão à vontade de Deus, os muçulmanos, como são chamados os seguidores do islamismo tem como livro sagrado o Alcorão, que segundo creem contem as palavras exatas de Deus, e é nas palavras do alcorão que os muçulmanos têm sua base para serem contrários ao aborto.

"Por isso, prescrevemos aos israelitas que quem matar uma pessoa, sem que esta tenha cometido homicídio ou semeado a corrupção na terra, será considerado como se tivesse assassinado toda a humanidade" (Alcorão 5.32).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

"Não mateis vossos filhos por temor a necessidade, pois nós os sustentaremos, bem como a vós. Sabei que sei assassinato é um grave delito". (Alcorão 17.31)

O Islamismo tem a vida humana em alta estima, portanto, não é extremista na contrariedade ao aborto, como em outras religiões há casos em que o mesmo é permito sem que haja reprimendas.

> No entanto, o Islão é uma religião muito prática. Inclui princípios pra lidar com casos excepcionais. Um desses princípios é que, quando a gravidez ameaça a vida da mãe, pode-se realizar o aborto. Embora as vidas da mãe e da criança sejam ambas sagradas, neste caso, é melhor salvar a vida principal, a vida da mãe. Mesmo neste caso será melhor se o aborto for feito antes de a alma entrar no feto. (YiossufAdamgy, 2007)

> Althoughthere are different opinions among Islamic scholars aboutwhenlifebeginsandwhenabortionispermissible, mostagreethattheterminationof a pregnancyafter four months – the point atwhich, in Islam, a fetusisthoughttobecome a living soul – isnotpermissible. ManyIslamicthinkerscontendthat in cases prior to four monthsofgestation, abortionshouldbepermissibleonly in instances in which a mother'slifeis in dangeror in cases of rape.(PewResearch center, 2013)

> Embora existam opiniões divergentes entre estudiosos islâmicos sobre quando a vida começa e quando o aborto é permissível, a maioria concorda que o término de uma gravidez após quatro meses - o ponto no qual, no Islã, um feto é considerado uma alma viva - não é permitida. Muitos pensadores islâmicos afirmam que, nos casos anteriores a quatro meses de gestação, o aborto deveria ser permissível apenas nos casos em que a vida de uma mãe estivesse em perigo ou em casos de estupro. (PewResearch center, 2013)

3.3 Hinduísmo x Aborto

O hinduísmo é uma das mais antigas religiões do mundo, com seu surgimento datando entre 6.000 e 4.000 a.C (WIKIPÉDIA,2019), compreendendo hoje 15% da população mundial (CIA,2018), seus adeptos estão concentrados principalmente na Índia e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

outros países do continente asiático. Em suma os adeptos desta religião são sempre carismáticos e gentis devido aos ensinamentos de não violência da religião, dentre as principais doutrinas do hinduísmo estão: Respeitar as coisas antigas e a tradição, acreditar nos livros sagrados, crer nas divindades, persistir no sistema de castas, confiar nos guias espirituais e acreditar a existência de encarnações anteriores.

Os hindus acreditam que a alma e a matéria se ligam desde a concepção, portanto, desde a mesma o feto já é tratado como pessoa.

Desse modo a pratica do aborto é contra todos os ensinamentos de não violência pregados pelo hinduísmo, exceto claro, quando necessário para salvar a vida da mãe. Ao considerar o aborto, o caminho hindu é escolher a ação que fará menos mal a todos os envolvidos: a mãe e o pai, o feto e a sociedade.

> Os textos clássicos hindus são fortemente opostos ao aborto:
>
> One text compares abortion to the killing of a priest another text considers abortion a worsesin thankilling one'sparents Another text says that a woman who abort sher child will osehercaste In practice, however, abortionis practiced in Hindu culture in India, because there ligious banon abortionis sometimes overruled by the cultural preference for sons.Thiscan lead to abortion to prevent the birth of girl babies, which is called'female fo eticide'. (BBC, 2009)
>
> Um texto compara o aborto ao assassinato de um padre Outro texto considera o aborto um pecado pior do que matar os pais Outro texto diz que uma mulher que aborta seu filho vai perder sua casta Na prática, entretanto, o aborto é praticado na cultura hindu na Índia, porque a proibição religiosa do aborto é às vezes anulada pela preferência cultural por filhos. Isso pode levar ao aborto para evitar o nascimento de bebês meninas, que é chamado de "feticídio feminino".(BBC, 2009)

Diante de tudo ora exposto percebe-se que, se todos os adeptos das religiões citadas seguirem fielmente seus ensinamentos teremos 69,6% da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

população mundial contraria ao aborto, salvo quando necessário para salvar a vida da mãe.

4. O ABORTO NO BRASIL

O tema surgiu no meio jurídico com o Código Criminal do Império de 1830, este não criminalizava a aborto praticado pela própria gestante, apenas o praticado por terceiros, com ou sem o consentimento desta. O delito esta previsto nos artigo 199 e 200:

> Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.
>
> Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.
>
> Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.
>
> Penas - dobradas.
>
> Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.
>
> Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.
>
> Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.
>
> Penas-dobradas. (Brasil, 1830)

Vigorando por 60 anos o código criminal do império foi substituído em 1890 pelo Código Penal da República, que por sua vez passou a aplicar punição também a gestante que voluntariamente resolvesse interromper a gravidez, todavia esta teria sua pena atenuada se houvesse cometido o aborto para esconder a própria desonra, ficando claro que além da segurança da mulher e da vida do feto, a honra feminina era algo tutelado, como disposto nos artigos 300, 301 e 302:

> Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

No primeiro caso: - pena de prisão cellular por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão cellular de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prissãocellular por um a cinco annos.

Paragraphounico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com reducção da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonrapropria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrtonecessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellular por dousmezes a dousannos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condenação. (BRASIL, 1890)

50 anos depois em 1940, foi promulgado o código penal que utilizamos até os dias atuais, redigido de forma mais clara e abrangente nas tipificações deixa mais clara a ação da gestante quanto a sua responsabilidade no auto aborto.

"(CP, art.124 – a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art.125- o aborto é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art. 126 – o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante)" (Capez, 2012 p.130).

O artigo 127 traz as formas qualificadas, e o artigo 128 nos traz as excludentes de ilicitude, o que torna conhecido também "aborto legal".

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 terceiros

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 débil 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 provoca-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> **Aborto necessário**
>
> I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> **Aborto em 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. (BRASIL, 1940)

No crime de aborto os sujeitos passivos e ativos do crime variam de acordo com a modalidade praticada: No auto aborto (art. 124) a genitora é quem o provoca ou consente para que isso ocorra, portanto trata-se de um crime próprio, onde apenas a gestante pode figurar como sujeito ativo, enquanto que o sujeito passivo será sempre o feto. No aborto provocado sem consentimento (art.125) o sujeito ativo é o terceiro que o realiza, já neste caso temos dois sujeitos passivos a gestante e o feto. No aborto provocado com consentimento (art.126) o sujeito ativo é novamente o terceiro envolvido que realiza o aborto e também a gestante que conscientemente concorda com o ato, o sujeito passivo assim como no auto aborto é apenas o feto.

Vale destacar ainda a previsão do "aborto legal" ou necessário e sentimental previsto no Art. 128 do código penal, que dispõe de excludentes de ilicitude nos casos da pratica do aborto, afastando a regra geral e fazendo com que o médico e a gestante não sejam penalizados.

Em relação ao aborto necessário, ocorre que diante da adversidade as vidas da mãe e do feto são colocadas em uma balança, e há uma valoração entre ambas, protegendo-se sempre o direito da mãe, considerando que sua morte seria pior que a morte de um feto.

> Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mais sem exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislado optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. (Capez, 2012 p.142)

Neste caso não é necessário consentimento familiar ou mesmo da gestante, basta à constatação médica de que não há outra forma de salvar a vida da gestante.

Referente ao aborto resultante de estupro, ou aborto sentimental ou humanitário, visa-se resguardar a dignidade da mulher, bem como sua integridade psicológica, como dispõe Nucci:

"Em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São dois valores fundamentais, mais é melhor preservar aquele que já existente". (Nucci, 2014 p.622)

Nos casos de abortos sentimentais, é indispensável o consentimento da gestante ou de seu representante legal, sendo o médico proibido de realiza-lo por vontade própria, contudo, é dispensável a apresentação de Boletim de Ocorrência que para que se faça uma efetiva comprovação do estupro para a realização do aborto legal, conforme a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes elaborado Área Técnica de Saúde da Mulher, vinculada ao Ministério da Saúde prevê:

> De acordo com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 128, inciso II do Código Penal brasileiro, o abortamento é permitido quando a gravidez resulta de estupro ou, por analogia, de outra forma de violência sexual. Constitui um direito da mulher, que tem garantido, pela Constituição Federal e pelas Normas Internacionais de Direitos Humanos pelo ECA, no Capítulo I: do Direito à Vida e à Saúde, o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva. .
>
> O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher. Assim, a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> abortamento. O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde, portanto não cabe ao profissional de saúde duvidar da palavra da vítima, o que agravaria ainda mais as consequências da violência sofrida. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados a Polícia ou Justiça. (p.68,69)

4.1 Panoramas gerais do aborto no Brasil

Apesar da tipificação do aborto no Brasil a Pesquisa Nacional do Aborto (Pna) mais recente realizada em 2016 aponta que são realizados cerca de 500.000 (quinhentos mil) abortos por ano. A pesquisa ainda revela que aproximadamente 1 (uma) a cada 5 (cinco) mulheres até os 40 (quarenta) anos já abortou de forma voluntária pelo menos uma vez. (PNA, 2016). Dentre os cerca de 500.000 (quinhentos mil) realizados, apenas 1.500 (mil e quinhentos) foram legais. (SUPERINTERESSANTE, 2017)

Ademais segundo o Guttmacher Institute em uma pesquisa realizada em 2017, a incidência de abortos é maior em países onde é proibido do que onde é liberado, sendo de 37 (trinta e sete) e 34 (trinta e quatro) para cada 1.000 (mil) mulheres respectivamente. (GUTTMACHER INSTITUTE, 2017)

Como já abordado no capítulo anterior a religião tem forte influencia sobre o pensamento humano, pelo senso de 2010 realizado pelo IBGE apenas 8% da população brasileira se declarou sem religião, e, portanto podemos dizer livre dos paradigmas que vem com elas. (IBGE, 2010)

Contudo o fato de estar ligado a uma religião e consciente de seus ensinamentos não foi fato impeditivo para que as mulheres abortassem segundo a PNA 2016 apenas 12% das mulheres entrevistadas disseram não seguir nenhuma religião, dentre as mulheres que abortaram 56% eram católicas, 25% protestantes ou evangélicas, 7% pertencentes a outras religiões. (PNA, 2016)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Entre as mulheres que abortaram 50% revelaram estar utilizando um método contraceptivo durante a relação que ocasionou a gestação, porém nem sempre é o suficiente, pois não existe nenhum método 100% seguro. (SUPERINTERESSANTE, 2017)

No Brasil o aborto não é uma questão de legalidade ou não, pode-se dizer que o aborto é livre! De acordo com seu saldo bancário. Mulheres pobres e principalmente negras não tem acesso a um aborto clandestino de que pode ser definido como de qualidade, em sua maioria são feitos em fundo de quintais. Enquanto a mulher branca de classe média alta terá acesso a clinicas ainda que clandestinas, mas com médicos enfermeiras e toda uma equipe para lhe prestar suporte.

5. ABORTO NOS CASOS DE FETO ANENCÉFALO

5.1Conceito e definição

A anencefalia é uma doença congênita letal que se dá pela má formação do tubo neural, o que se caracteriza pela ausência parcial do encéfalo e do crânio. Contudo, para que melhor se defina a anencefalia dispõe o Dr. Heverton Neves Pettersen:

> A formação cerebral como a conhecemos: o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo [...] e pelo tronco cerebral. Então, o termo anencefalia – é fácil de entender – seria a não-formação completa do encéfalo; ou seja, para o diagnóstico de anencefalia precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo a cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio. (2º dia de audiência pública ADPF-54, 2008 p.24)

O diagnóstico pode ser obtidoa partir da 12ª semana, de duas formas: através de dosagem de alfa-fetoproteína ou ultrassonografia, no caso da ultrassonografia opta-se por repetir o exame dentro de algumas semanas para confirmação do resultado.

5.2 A Anencefalia no Brasil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O Brasil é o 4º (quarto) país no mundo em casos de anencefalia, a ocorrência é de cerca de 1 (um) para cada 700 (setecentos) nascimentos. (UOL, 2012)

Após 2012 com o julgamento da ADPF-54 de relatoria do ministro Marco Aurélio, definiu-se que posteriormenteao diagnóstico de anencefalia a gestante tem o direito de escolher prosseguir ou não com a gestação. Não sendo necessário nenhum tipo de ação judicial, apenas a avaliação da equipe médica.

Todavia, apesar de ser matéria já julgada pelo STF ainda hoje duvidas se manifestam na sociedade se tal modalidade de aborto não seria uma forma de aborto eugênico (proibido no Brasil). Porém segundo o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADPF, este tipo de aborto é classificado como aborto necessário, por já ter ficado claro que traz riscos a saúde da gestante.

Não se pode falar ainda em aborto eugênico, referindo se a eugenia de raças como os nazistas fizeram uma vez que não há vida para que se selecionem padrões sociais para esta.

Hoje no Brasil e no mundo é utilizado como com parâmetro para definir e constatar a morte de fato o encerramento das atividades cerebrais. Portanto podemos nos utilizar da analogia e dizer que para constatar a vida é necessário à atividade encefálica, podemos dizer então que os fetos anencefálicos, ou como também são chamados natimortos cerebrais, não carecem de proteção jurídico-penal.

"Aborto é uma interrupção de uma potencialidade de vida. O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida." (José aristodemopinotti,2008 2º dia de audiência ADPF 54 p. 76,77)

O feto Anencefálico não possui nenhuma expectativa de vida, então diante de situações como essas há que se levar em conta principalmente o direito da gestante, seu direto a vida que reitera-se, a gestação de anencéfalo gera mais riscos que uma gestação convencional, mais principalmente deve-se levar em conta seu direito a saúde, o estado emocional e psíquico em que esta mulher se encontra. É inimaginável a dor de uma mãe que se encheu de expectativas ao engravidar e em uma consulta de rotina descobre que seu bebê não terá condições de sobreviver.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> Ela pode inclusive desencadear um quadro psiquiátrico grave. Aí, sim, um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio. (Talvane Martins de Moraes, 4º dia de audiência pública ADPF 54, 2008 p.62).

Ante todo o exposto fica claro que considerar inconstitucional o a interpretação que tipificava o aborto de feto anencéfalo foi um acerto do Supremo Tribunal Federal, livrando incontáveis mulheres de levar uma gestação até o fim apenas para sair do hospital e seguir direto para o cemitério para enterrar seu filho.

6. ABORTO NOS CASOS DE MICROCEFALIA

6.1 Conceito e definição

Microcefalia (do grego micrón, pequeno e céphalon, cabeça) é um distúrbio neurológico onde durante a formação a cabeça não atinge o tamanho esperado para a idade e sexo da criança, devido a má formação do cérebro; Devido a esta má formação as crianças portadoras de microcefalia geralmente apresentam algum tipo de deficiência intelectual, podendo apresentar também problemas relacionados a fala funções motoras, autismo, paralisia, epilepsia, nanismo ou baixa estatura, deficiência visual ou auditiva, e/ou outros problemas associados com anormalidades neurológicas.

Existem várias possíveis causas para o surgimento da microcefalia, dentre elas: Distúrbio cromossómico incluindo síndrome de Down, Craniossinostose, um defeito de nascença identificado pelo fechamento prematuro de uma ou mais juntas entre os ossos do crânio antes do completo crescimento cerebral, meningite bacteriana, uso abusivo de drogas e álcool durante a gravidez, exposição química ou a radiação, e infecções perinatais maternas entre elas por Rubéola e ZikaVirus.

Após o surto do vírus Zika que ocorreu entre o segundo semestre 2015 e 2016 vários estudos foram realizados e já se tornou consensual sua relação com a microcefalia.

O Diagnóstico ainda na gravidez se dá através de ultrassonografia, ou outros exames realizados durante o pré natal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6.2 A microcefalia no Brasil

O artigo 128 do código penal é taxativo nos casos em que o aborto é permitido, não podemos, portanto fazer uma interpretação extensiva do mesmo; contudo como observamos com o julgamento da ADPF-54 o STF de certa forma abriu caminho para que novos pedidos relacionados a diferentes doenças fossem solicitados.

Diferentemente da anencefalia em que a taxa de mortalidade é de 100%, no caso da microcefalia há uma expectativa de vida extrauterina para a criança, todos sabemos que será uma vida cheia de limitações, porém ela terá uma vida; e é nisto que se baseia a corrente que é contraria ao aborto dos fetos microencefálicos.

Há quem diga que a hipótese de aborto de feto microencefálico se caracteriza como aborto eugênico, ou seja, a busca pela raça pura e perfeita, entretanto, há que se dizer que não é assim por que não se trata de um aborto pelo fato de a cor dos olhos ou da pele ou a qualidade dos cabelos não serem do agrado dos genitores e sim do fato de o feto ser portador de uma enfermidade incurável.

Todavia, devem ser levados em conta os direitos da genitora, pois uma escolha como esta causará mudanças em todo seu futuro, deve ser escolha principalmente da mãe levar esta gestação até o final, baseado em seu direito fundamental de liberdade e também no direito da dignidade da pessoa humana.

7. O ABORTO AO REDOR DO MUNDO

O primeiro país a regulamentar a prática do aborto foi a antiga União Soviética em 1920, a pratica era gratuita e sem restrições para as mulheres que estivessem dentro do 1º trimestre. (ESQUERDA DIÁRIO, 2018) Em pesquisa divulgada em 2007 a Rússia tem o índice de aborto para mulheres compreendidas na idade fértil entre 15(quinze) e 44(quarenta e quatro) anos, sendo de 53,7(cinquenta e três inteiros e sete décimos) para cada 1.000 (mil) mulheres. (UN DATA, 2007)

A politica abortiva é bem irregular ao redor do mundo, variando de países que não impõem nenhum tipo de restrição, a outros que não o permitem em nenhuma circunstância, a exemplo de Sam Marino.

A América Latina é uma das regiões que concentra a maior parte dos países onde o aborto é proibido ou permitido apenas em casos de risco de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

morte. Apenas cinco países têm legislações permissivas: Argentina, Cuba, Guiana, Porto rico e Uruguai.

Atualmente 60% da população se encontram em países onde, são mais amplas as legislações que permitem o aborto sem ou com pequenas restrições. Contudo, os números relacionados o aborto ainda são assustadores; Entre 2010 e 2017 ocorreram anualmente aproximadamente 56 milhões de abortos, dos quais 45%, ou seja, 25 milhões não foram legais ou seguros. Destes 95% ocorreram em países em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina. (EXAME, 2018)

Desta forma destaca-se que criminalizar o aborto não o diminui, apenas leva as mulheres para a clandestinidade, e o que poderia ser resolvido de forma simples e rápida na grande maioria das vezes termina em morte e complicações.

Muitos estudos já comprovaram que em países onde ocorreu a descriminalização do aborto, houve uma brusca queda nos casos de morte da genitora, e também dos casos de aborto em si, por que a legalização sempre vem acompanhada de politicas públicas que visam dar segurança e de prevenção à gravidez indesejada, assistência social e educação sexual.

8. CONCLUSÃO

Podemos afirmar, apesar do quão estranho possa parecer num primeiro momento que defender o direito ao aborto é, defender a vida, por que quando falamos em aborto não podemos considerar apenas a vida do feto, temos a genitora envolvida, é fato que a proibição não põe fim ao aborto, apenas o torna mais arriscado e inseguro, levando a morte de milhares de mulheres por ano no mundo todo.

Outrossim, quando o aborto não termina com a morte do feto e da genitora, nós temos uma gravidez que é levada até o final contra a vontade da mãe o que pode ocasionar diversos problemas psicológicos e ao fim dessa gravidez teremos mais uma criança incorporada ao sistema de adoção se esta tiver sorte. Essas crianças se forem oque podemos chamar de muito sortudas, encontram uma família que lhes deem amor carinho e respaldo, quando não a tem ao atingirem a maioridade devem deixar os abrigos e encontrar meios de sobreviver, recebem um respaldo é claro, mais este nem se aproxima daquele que uma família daria.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As crianças mais desafortunadas acabaram em bueiros, latas de lixo e etc, como vemos não raras vezes na mídia. Estes quando não morrerem crescerão nas ruas, sem o mínimo de dignidade humana, sobrevivendo de comidas encontradas nos lixos e caridades alheias, muitas vezes vão ao encontro do caminho do crime para se manter. Agora será que aqueles que defendem a criminalização podemrealmente dizer que esta é a melhor forma de garantir a vida?

A legalização somada com a educação sexual pode reduzir o total de abortos, uma vez que a educação sexual conscientiza não somente as mulheres mais também os homens sobre os seu papel na gravidez. Em matéria publicada pela revista Veja em janeiro de 2019 o Papa Francisco Pontífice da igreja católica defendeu a educação sexual nas escolas: "Creio que nas escolas é preciso dar educação sexual. Sexo é um dom de Deus, não é um monstro. É o dom de Deus para amar, e se alguém o usa para ganhar dinheiro ou explorar o problema é diferente. Precisamos oferecer uma educação sexual objetiva e sem colonização ideológica".

Atualmente vivemos em um mundo onde todos temos direito a opinião, apesar de não poucas vezes vermos as opiniões alheias serem sufocadas por verdades ditas absolutas, todavia, já está na hora de quebrarmos esses paradigmas impostos a nós e mostrarmos que todos podemos expor pensamentos e opiniões, afinal critérios e convicções pessoais não podem ser impostos como se verdades absolutas fossem!

REFERENCIAS

ABORTO. **O Aborto.** Aborto: Sim ou Não?Disponível em: <https://abortosimounao.webnode.com.pt/aborto/o-aborto/ > Acesso em: 23 de janeiro de 2019.

ALCORÃO. **Sura 005.** Disponível em: < http://www.estudos-biblicos.eu/Alc005.32.htm > Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

ALCORÃO. **Sura 017.** Disponível em:**<** http://www.estudos-biblicos.eu/Alc017.31.htm >Acesso em : 15 de janeiro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ARNONI, Danielle Silveira. ABORTO EM CASO DE MICROCEFALIA. **Disponível em:** < https://juridicocerto.com/p/danielle-arnoni/artigos/aborto-em-caso-de-microcefalia-3645 > **Acesso em: 15 de Janeiro de 2019.**

BBC. **Scripture.** Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/religion/religions/hinduism/texts/texts.shtml > Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

BBC. Hinduismandabortion. **Disponível em:**<http://www.bbc.co.uk/religion/religions/hinduism/hinduethics/abortion_1.shtml> **Acesso em: 16 de janeiro de 2019.**

BRASIL. **20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil.** Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livreto.pdf > Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

BRASIL. **ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863 > Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL.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: 16 de janeiro de 2019.

BRASIL. **CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890**Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html > Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts.121 a 212) / Fernando Capez.—12.ed.— São Paulo : Saraiva, 2012. p.130.

CAPEZ. 2012 p.142.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. **The world factbook.** Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/xx.html#field-anchor-people-and-society-religions > Acesso em: 18 de Janeiro de 2019.

D´ANGELO, Karin Hueck, Helô .8 mitos sobre o aborto. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/8-mitos-sobre-o-aborto/ > Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

Diniz, D; Medeiros, M;Madeiro, A. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016.** Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=pt&nrm=iso > Acesso em 23 de Janeiro de 2019.

ESQUERDA DIÁRIO. **A situação do direito ao aborto ao redor do mundo.** Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/A-situacao-do-direito-ao-aborto-ao-redor-do-mundo > Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

FERNÁNDEZ, Alexandre. **O aborto na antiguidade.** Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/O-aborto-na-antiguidade > Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

GALEOTTI, Giulia**. História do aborto**. Coimbra. Editora: Edições 70. 2007 p. 21

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF). **Disponível em:** < https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928488/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf > **Acesso em: 15 de janeiro de 2019.**

HISTÓRIADIGITAL. **20 curiosidades sobre o Aborto.** Disponível em:<https://historiadigital.org/curiosidades/20-curiosidades-sobre-o-aborto/> Acesso em: 18 de Janeiro de 2019.

HISTÓRIADIGITAL. **Uma breve história do aborto.** Disponível em: <https://historiadigital.org/artigos/uma-breve-historia-do-aborto/> **Acesso em: 15 de janeiro de 2019.**

JOHNS HOPKINS MEDICINE. **Vírus da Zica.** Disponível em: <https://www.hopkinsmedicine.org/virus-da-zika/microcefalia.html> Acesso em; 25 de janeiro de 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ADOLESCENTES** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf> Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

MORAES, Talvane Martins de. **ADPF-54.** <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_16908.pdf> p.62 Acesso em 17 de janeiro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza **Código penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada / Guilherme de Souza Nucci. – 14. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. P.622

PETTERSEN, Heverton Neves **ADPF 54**. Disponível em**:** <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf> p. 24 Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

PEW RESEARCH CENTER. **ReligiousGroups' OfficialPositionsonAbortion.**Disponível em: <https://www.pewforum.org/2013/01/16/religious-groups-official-positions-on-abortion/> Acesso em 15 de janeiro de 2019.

PINOTTI José aristodemopinotti, **ADPF-54.** Disponível em: **<**http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf>p.76,77 Acesso em: 17 de janeiro de 2019.

PRONIN, Tatiana. **Brasil é o quarto país com maior número de casos de anencefalia.** Disponível em: < https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm > Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

RUIC, Gabriela. **Como o aborto é tratado pelo mundo**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/como-o-aborto-e-tratado-pelo-mundo/> Acesso em: 26 de janeiro de 2019.

SÁ, André Beltrão Gadelha De. **Evolução histórica do aborto.** Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html> Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

SOUSA, Rainer Gonçalves. **Islamismo - História do Islamismo.** Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/religioes/islamismo.htm> Acesso em: 22 de Janeiro de 2019.

SUPERINTERESSANTE. **A igreja já tolerou o aborto**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/a-igreja-ja-tolerou-o-aborto/> Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

UNDATA A WORLD OF INFORMATION. **Abortion rate.** Disponível em: <http://data.un.org/Data.aspx?d=GenderStat&f=inID%3A12> Acesso em : 02 de fevereiro de 2019.

VEJA. **Papa Francisco diz ser a favor de educação sexual nas escolas.** Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/papa-francisco-diz-ser-a-favor-de-educacao-sexual-nas-escolas/> Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

WIKIPÉDIA, A ENCICLOPÉDIA LIVRE. **História do aborto. Disponível em:<**https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_do_aborto> Acesso em : 15 de janeiro de 2019.

WIKIPÉDIA, A ENCICLOPÉDIA LIVRE. **Religião e o aborto.** Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_e_o_aborto> Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

WIKIPÉDIA, A ENCICLOPÉDIA LIVRE. **Religião e o aborto.** Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_e_o_aborto#cite_note-PewForum-4> Acesso em: 18 de janeiro de 2019.

WIKIPÉDIA, A ENCICLOPÉDIA LIVRE. **Hinduísmo**. Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Hindu%C3%ADsmo> acesso em: 25 de janeiro de 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Worldwide, anestimated 25 millionunsafeabortionsoccureachyear.** Disponível em: <https://www.who.int/en/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year> Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

YIOSSUF ADAMGY. **Conceito do aborto no Islão.** Disponível em: <http://www.estudos-biblicos.net/aborto-YA.html> Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

ENTRE O INTERVENCIONISMO E O NEOLIBERALISMO: PRINCIPAIS BASES TEÓRICAS PÓS-CRISE DE 29 E AS CONSEQUÊNCIAS NO ESTADO BRASILEIRO MODERNO

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA: Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo pretende por meio de uma análise acerca da Grande Depressão compreender a motivação que trouxe o intervencionismo de Roosevelt que tinha como base teórica os ensinamentos de Keynes como solução para a primeira grande crise do Capitalismo. Enfatiza o pensamento dos neoclassicistas em contraposição ao pensamento marxista. Identifica o advento do neoliberalismo como doutrina política e econômica responsável pelo esfacelamento da rede de proteção social garantida pelos ordenamentos jurídicos nacionais, inclusive no Brasil. Tipifica como pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves: Liberalismo. Grande Depressão. Intervencionismo. Neoclassicistas. Neoliberalismo.

ABSTRACT: The present article looks for through an analysis on the Great Depression of motivation that brought the interventionism of Roosevelt that had as theoretical base the teachings of Keynes like solution for a great crisis of the capitalism. Emphasizes the thinking of the neoclassicists as opposed to Marxist thought. It identifies the advent of neoliberalism as a political and economic doctrine responsible for the collapse of the social protection network guaranteed by national legal systems, including in Brazil. It typifies as a bibliographic research.

Key-words: Liberalism. Great Depression. Interventionism. Neoclassicists. Neoliberalism.

1 INTRODUÇÃO

É notável que existe uma relação íntima entre Direito, Estado, Política e Economia, da qual surgem modelos econômicos e modelos de Estado, tais como o Estado Liberal e liberalismo econômico, Estado Social, capitalismo moderado, Estado Democrático de Direito, dentre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O liberalismo se apoia na ação individual, o interesse próprio, autorregulação do mercado e obediência da lei de oferta e demanda, de forma que o Estado se abstivesse o máximo possível para que a liberdade dos indivíduos fosse resguardada.

Contudo, essa política acabou levando às crises do início do século XX, em especial a de 1929, o que gerou forte questionamento do modelo que havia sido implementado. Assim, surge o paradigma do Estado Intervencionista desenvolvido por Keynes - um dos fundadores do planejamento estatal, do Estado Intervencionista e do Welfare State (Estado de Bem-Estar Social) - ainda que desde a segunda década do Século XX existissem alternativas ao modelo dominante. A intervenção do Estado, não só no setor econômico, propôs a garantia das prestações voltadas para a sociedade, almejando a igualdade material entre os cidadãos.

Ocorre que, em oposição aos intervencionistas, foram retomados os ideais outrora abandonados, dando origem assim ao chamado "neoliberalismo". Friedrich Von Hayek retoma os pressupostos liberais, com ênfase na regulação natural dos mercados sob justificativa de que a intervenção do Estado na Economia viola a livre concorrência e a liberdade dos cidadãos, pelo que, conduziria a humanidade à servidão moderna. Milton Friedman, por sua vez, argumentava que o pagamento de subsídios públicos cerceia a liberdade e incentiva a "preguiça", dizendo que desemprego involuntário é uma ilusão, porque todos que querem trabalhar e aceitariam o salário vigente e estariam empregados.

A verdadeira mudança aqui é a do papel atribuído ao Estado no neoliberalismo. Urge o Estado mínimo, que nada mais é do que o discurso ideológico (no sentido de falsa realidade) do neoliberalismo, em realidade faz com que o Estado não desapareça nem se apague, mas mude de papel. Na realidade, é o Estado que promove a norma da concorrência, não só entre empresas no mercado, mas sobretudo através da ampliação da lógica da competição para as esferas fora do mercado.

2 A RELAÇÃO ENTRE A GRANDE DEPRESSÃO E A SUPERPRODUÇÃO

Nos anos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos que saíra vitorioso, era o país mais rico do mundo, possuía um grande mercado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

consumidor interno, era o maior produtor de aço, enlatados, petróleo e carvão, além de, ser uma grande referência em exportações. Com isso, seu mercado continuou crescendo, o que acarretou uma imensa gama de apostas de empresários que viam nisso, uma oportunidade para cada vez maior de aumentar seus lucros, logo surgiu a expressão *"American Way of Life"* (Modo de Vida Americano), que serviu para demonstrar com excelência a imensa e crescente economia do país. No início da década de 20, a economia estava em um ponto tão alto que logo se deu também a denominação "Loucos Anos 20", cinemas, redes de *fast-food* estavam cada vez mais crescentes, o mundo inteiro passou a venerar o estilo de vida americano.

Na segunda metade dos anos 20, houve uma crescente diminuição nas exportações em toda a Europa e, por conta disso, as grandes empresas americanas foram adquirindo estoques cada vez maiores de produtos, acarretando intensa diminuição nas vendas, o que consequentemente ocasionou uma crise de superprodução. Com isso, essas empresas estavam cada vez mais desvalorizadas no mercado, sendo elas também proprietárias de ações na Bolsa de Valores de Nova York e milhões de cidadãos norte-americanos possuíam investimentos nestas ações. No dia 24 de outubro de 1929, a "Quinta-Feira Negra", teve-se conhecimento da quebra da Bolsa de Nova York, o que deu início à maior crise econômica da história do Capitalismo.

Segundo economistas, o principal motivo que acarretou a essa crise econômica foi a superprodução. Um dos modelos econômicos que pode ter desencadeado essa crise de superprodução se chama Fordismo, criado em 1914. Esse modelo econômico de fabricação teve como maior nome Henry Ford, que defendeu a fabricação em massa e tinha como objetivo a redução dos custos de produção e com isso o barateamento do produto e o aumento seu consumo.

Sendo pertinente deste tema, faz-se mister ressaltar que a teoria econômica de Marx contrapõe a filosofia de Ford, afirmando que as crises do capitalismo serão cíclicas por conta da dinâmica da produção crescente e descontrolada do capital, gerando uma superprodução do capital, essa anarquia na produção leva a uma queda na taxa de lucro quando se acaba todas as contra-tendências à queda dessa taxa. A superprodução irá se concretizar através do excesso de produção de produtos que possuem facilidades para serem negociados, não porque não existam indivíduos necessitados desses produtos, mas sim por conta da concentração de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

riqueza, que vai tirando cada vez mais da população o poder de compra. (MARX, 1986)

3. A DIVERGÊNCIA ACERCA DA CONTRIBUIÇÃO DO LIBERALISMO PARA A CRISE DE 29

De modo grosseiro, o liberalismo é: uma corrente político-econômica que tem como principal objetivo a liberdade individual, o não intervencionismo estatal e a autorregulação do mercado. Entretanto, percebe-se que o conceito de liberalismo é um tanto complexo, mutável e remoto assim como de Capitalismo, como assim apresenta Ludwig Von Mises:

> O liberalismo não é uma doutrina completa nem um dogma imutável. Pelo contrário, é a aplicação dos ensinamentos da ciência à vida social do homem. Assim como a economia, a sociologia e a filosofia não permaneceram imutáveis desde os dias de David Hume, Adam Smith, David Ricardo, Jeremy Bentham e Wilhelm Humboldt, assim também a doutrina do liberalismo é diferente hoje do que foi à sua época, muito embora seus princípios fundamentais tenham permanecido inalteráveis. Durante muito tempo, ninguém tomou a si a tarefa de apresentar uma exposição concisa do significado essencial dessa doutrina. (MISES, 2010)

Em sua teoria, Marx afirma que as crises no sistema capitalista serão sempre recorríveis, independentemente do sistema econômico adotado, ou seja, havendo ou não intervenção estatal:

> Até aqui, só demonstrámos com evidência a indiferença recíproca dos momentos singulares do processo de valorização; que interiormente eles se condicionam, e que exteriormente se procuram, mas que eles podem ou não se encontrar, separar-se ou não, corresponder-se ou não uns aos outros. A necessidade interna daquilo que forma um todo; e, ao mesmo tempo, a sua existência autónoma e indiferente, que já constitui a base das contradições. Mas, estamos longe de ter terminado. A contradição entre a produção e a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> valorização — na qual o capital constitui a unidade — deve ser apreendida de forma ainda mais imanente, como manifestação indiferente e aparentemente independente dos diferentes momentos singulares do processo, ou, mais exatamente, da totalidade de vários processos que se opõem (MARX, 1857-1858).

Complementa ainda dizendo que:

> A crise manifesta a utilidade dos momentos promovidos à autonomia relativamente uns aos outros. Não existiria crise sem esta unidade interna de elementos aparentemente indiferentes uns em relação aos outros. Ela não é mais do que a instalação violenta da unidade das fases do processo de produção, que se autonomizaram uma face à outra. É o estabelecimento pela força da unidade entre os momentos promovidos à autonomia e à autonomização pela força de momentos que estão essencialmente unidos. (MARX, 1976).

Há muita divergência entre economistas acerca da contribuição ou não do liberalismo para a crise de 29, uma corrente defende que o liberalismo influenciou sim na crise, uma vez que era o modelo econômico posto na sociedade naquele determinado momento e por isso, a produção desenfreada, a autorregulação do mercado e a falta de leis estatais que se propusesse um sistema econômico mais seguro, e por isso, influenciou decisivamente na economia. Já a segunda corrente argumenta que o modelo econômico estadunidense contemporâneo da crise era uma sociedade mista, ou seja, haviam pequenas intervenções estatais que por conta de sua existência a crise se desencadeou.

Tom Whoods, em uma palestra divulgada no blog de Rodrigo Constantino afirmara que a situação econômica dos Estados Unidos da década de 20 era totalmente "bagunçada":

> Naquele ano o desemprego havia pulado de 4% para quase 12%, o PNB havia declinado 17%. Não é de se estranhar, portanto, que o então Secretário de Comércio [equivalente ao nosso Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior] Herbert Hoover – até hoje falsamente descrito como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> um entusiasta do laissez-faire – tenha instado veementemente o então presidente Warren G. Harding a fazer uma série de intervenções para reativar a economia. Mas Hoover foi ignorado. Ao invés de um "estímulo fiscal", Harding reduziu o orçamento do governo praticamente à metade entre 1920 e 1922: os gastos federais declinaram de $6,3 bilhões em 1920 para $5 bilhões em 1921 e $3,3 bilhões em 1922. E o restante da abordagem de Harding foi igualmente laissez-faire: o imposto de renda foi diminuído para todos os grupos de renda e a dívida nacional foi reduzida em 33%. A atividade do Federal Reserve, o banco central americano, foi praticamente imperceptível. Como um historiador econômico escreveu, "Apesar da severidade da contração econômica, o Fed não utilizou seus poderes para aumentar a oferta monetária e combater a recessão. No terceiro trimestre de 1921, os sinais da recuperação já eram visíveis. No ano seguinte, o desemprego caiu para 6,7%, e em 1923 já estava em 2,4%".

4 O USO DO INTERVENCIONISMO ESTATAL COMO SOLUÇÃO

Em 1933, ainda no auge dos efeitos proporcionados pela crise de 29, Frank Delano Roosevelt assumiu o cargo de Presidente dos Estados Unidos, prometendo solucionar a economia com o Intervencionismo Estatal. Sua primeira medida foi a implementação do *New Deal* ou Novo Acordo. Este plano consistia principalmente em investimento em Infraestrutura, especialmente em pontes, rodovias, aeroportos, usinas, hidrelétricas, portos dentre outros, esses investimentos tinham como principal fundamento a geração de empregos. Contudo, o plano não se resumiu apenas a isso, também fora feito uma reforma no sistema bancário, controle na produção das empresas, incentivos agrícolas e criação de medidas voltadas para a área social. Então pode-se dizer que o plano obteve sucesso, uma vez que estabilizou a economia estadunidense com a geração de empregos, além de colocar em prática o "*Welfare State*" ou Estado de Bem-Estar Social, keynesiano.

5 O PENSAMENTO DO ECONOMISTA JOHN MAYNARD KEYNES: a economia keynesiana

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

John Maynard Keynes nasceu no auge do império britânico e da expansão capitalista, convivendo com as crises e as guerras mundiais, momento político que influenciou sua prática, orientando-a para o enfrentamento e superação da baixa do capitalismo.

Entendendo o contexto no qual viveu o economista britânico, o capitalismo viveu uma baixa por volta da década de 80 do século XIX, para depois recuperar-se até o advento da Primeira Guerra Mundial, momento no qual permaneceu retraído até o período entre guerras e entrar em crise em 1929, alongando-se até o fim da Segunda Guerra Mundial.

Promoveu uma revolução na doutrina econômica, opondo-se, principalmente, ao marxismo e ao classicismo. Seus objetivos eram de, principalmente, explicar as flutuações econômicas ou flutuações de mercado e o desemprego generalizado, ou seja, o estudo do desemprego em uma economia de mercado, sua causa e sua cura.

Keynes, assim, critica a ortodoxia liberal que se pautava na ideia de que não deveria existir excedente de produção em relação ao consumo, porque toda produção geraria sua própria demanda, gerando sempre um equilíbrio à longo prazo. Deste modo, o capitalismo não entraria em recessão, segundo as ideias de David Ricardo (acreditando que as produções seriam sempre compradas).

Esta determinação, conhecida como "Lei de Say", mostrou-se insustentável com o advento da Primeira Guerra Mundial e, mais fortemente, na Grande Depressão de 1929. Desse modo, Keynes repensou a economia em crise (crise de subconsumo, segundo o economista), as formas de seu enfrentamento e sua superação, fugindo da corrente ortodoxa do liberalismo.

Para ele (DURIGUETTO E MONTAÑO, 2011, p. 56), em contraposição à Lei de Say:

> é a demanda que determina a oferta de bens e não o contrário. Assim, nos períodos de crise, o 'livre mercado' pode não gerar a demanda (ou consumo de mercadorias) suficiente para garantir o lucro dos capitalistas e o 'pleno emprego' dos trabalhadores, devido à redução de investimento na economia e ao aumento das poupanças (improdutivas) ou 'entesouramento'. Nessas ocasiões seria aconselhável que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Estado interviesse (aumentando o investimento público e criando 'déficit fiscal', em função do seu gasto ser maior que sua arrecadação) para ampliar a demanda efetiva (o consumo), a taxa de lucro e procurar o 'pleno emprego'.

Deste modo, todo dinheiro não investido na produção ou no consumo (dinheiro improdutivo) é dinheiro "entesourado". Portanto, o Estado deveria criar as condições econômicas para reduzir as incertezas e aumentar as expectativas de venda e lucro, reduzindo os juros, aumentando o capital circulante, promovendo o consumo para assim incentivar o investimento na atividade produtiva, o que geraria um "efeito multiplicador". No livro "Inflação e deflação" (KEYNES, 1985), o economista aduz que:

> um país se enriquece não pelo simples ato negativo de indivíduos não gastarem todos os seus rendimentos em consumo corrente. Enriquece-se pelo ato positivo de usar essas poupanças para aumentar o estoque de capital do país. Não é o avaro que se torna rico, mas o que aplica seu dinheiro em investimento frutífero. O objetivo de concitar o povo a poupar destina-se a criar a capacidade de criar casas, estradas e assim por diante.

O entesouramento, deste modo, é tido como o principal responsável pela queda de demanda, que levaria à queda da produção e ao desemprego. Visando o maior fluxo de capital, Keynes defendia que o Estado deveria intervir na economia. Inspirado no "New Deal" de Roosevelt nos Estados Unidos, Keynes escreve "A teoria geral do emprego, do juro e da moeda" (em 1936), onde substitui a "mão invisível do mercado", conceituada por Adam Smith e o *laissez-faire* pela "regulação estatal do mercado", ou seja, a intervenção do Estado na economia, incentivando o investimento na atividade produtiva, gerando mais empregos e maior renda, além de impulsionar o consumo.

Evidentemente, não há aqui uma teoria do Estado, mas uma proposta do papel do Estado para "salvar o capitalismo" de suas deficiências naturais, como um ente a serviço da economia, capaz de promover o equilíbrio entre oferta e demanda, superando aquela crise. A intervenção estatal, portanto, será orientada pelo: a) aumento do gasto público estatal, para suprir o déficit do investimento privado nos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tempos de recessão; b) emissão de maior quantidade de dinheiro circulando no mercado, aumentando o nível de transações comerciais haja vista a existência de maior renda geral; c) aumento da tributação, devido ao endividamento público e do fator inflacionário pela emissão de moeda; d) redução da taxa de juros, que desestimularia a atividade especulativa e o entesouramento improdutivo (expectativa de lucro superior à taxa de juros corrente); e) Estímulo do investimento da atividade produtiva e comercial; f) estímulo ao aumento da demanda efetiva, ampliando o consumo e o lucro capitalista.

A política keynesiana além de fornecer a saída para a crise do capitalismo no segundo pós-guerra, resulta também, em longo prazo, forte inflação e elevado déficit fiscal estatal, o endividamento público, levando a um novo período de crise. A intervenção do estado em suprir a demanda efetiva e impulsionar as taxas de emprego, garantindo serviços estatais e direitos sociais e trabalhistas, torna-se inviável para o capitalismo – conforme se observa em 1973.

Concluímos, portanto, que Keynes era um intervencionista e é válido destacar que suas referências a Marx quase sempre foram em tom crítico. Opondo-se ao pensamento marxista, Keynes acreditava que o capitalismo poderia ser mantido, desde que fossem feitas reformas significativas, já que o capitalismo houvera se mostrado incompatível com a manutenção do pleno emprego e da estabilidade econômica.

Afirmava que não havia razão para o socialismo do Estado, pois não seria a posse dos meios de produção que resolveria os problemas sociais, ao Estado compete incentivar o aumento dos meios de produção e a boa remuneração de seus detentores. Propôs intervenções estatais na economia com o objetivo de estimular o crescimento e baixar o desemprego.

Em contraposição ao pensamento marxista também podemos enfatizar a posição de Marx sobre o intervencionismo. Marx não era um intervencionista, mas sim um defensor do *laissez-faire*. Como ele imaginava que o colapso do capitalismo - e sua consequente substituição pelo socialismo - ocorreria somente quando a capitalismo estivesse plenamente maduro, ele era a favor de deixar o capitalismo se desenvolver plenamente. Marx acreditava que medidas intervencionistas eram prejudiciais, pois elas atrasavam a chegada do socialismo. O autor também alegava que intervenções prejudicavam os interesses dos trabalhadores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6 REFLEXÕES DE MILTON FRIEDMAN SOBRE O LIBERALISMO ECONÔMICO E O CONSENSO DE WASHINGTON

O economista da escola austríaca Friedrich Von Hayek, convocou, em 1947, um encontro numa pequena cidade suíça denominada Mont Saint Pelèrin, para o qual foi convidado um conjunto célebre de economistas e ideólogos – dentre eles, Milton Friedman, Karl Popper, Walter Lippman, Salvador de Madariga, Ludwig von Mises e Karl Polanyi – dando origem ao que ficou conhecido por "Sociedade de Mont Pèlerin", que passaria a se reunir a cada biênio.

Este grupo fazia severas críticas ao surgimento e expansão do Estado de Bem-Estar Social, de aspiração keynesiana e eminentemente voltado à social-democracia. A oposição era fruto de, segundo eles, o modelo de Estado em ascensão possuir inúmeros encargos sociais cuja função regulatória das atividades de mercado estaria lesando a liberdade dos indivíduos e a possibilidade de competição – fatores sem os quais, para a Sociedade de Mont Pèlerin, não existiria prosperidade.

Milton Friedman, fundador da Escola Monetarista de Chicago, foi um dos principais defensores do liberalismo econômico e um dos idealizadores do neoliberalismo. Seus principais ideais defendidos são: liberdade econômica com mínima participação do Estado; democracia política; valorização da competição (concorrência) econômica; diminuição do tamanho do Estado; economia de Mercado como fonte para a prosperidade do país e das pessoas; política fiscal baseada na redução de impostos.

O momento histórico de tomada de posição anti-estatal ocorreu na metade do século XX, exatamente quando o capitalismo alcançara grande crescimento tanto nos Estados Unidos (consequência direta do *New Deal*) quanto na Europa. Antônio Carlos Wolkmer (2000) coloca como marco do retorno do pensamento liberal no debate político um delicado momento da história mundial, senão vejamos:

> A retomada do liberalismo ocorreu através da Escola Austríaca (fundada por Ludwig Von Mises) entre as duas guerras mundiais, sendo uma resposta ideológica à crise econômica do Estado intervencionista, ao programa do keysenianismo, às tendências socialistas e ao poder significativo do sindicalismo. Além de contar entre seus principais

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

divulgadores Milton Friedman – integrante da Escola de Chicago -, tem, em Friedrich Hayek, seu mais importante representante teórico.

De acordo com a Sociedade de Mont Pèlerin os fatores que desencadearam a crise cíclica do capitalismo no século XX foram os gastos excessivos por parte do Estado, o excessivo poder que os movimentos de trabalhadores e sindicatos possuíam, capaz de pressionar por aumentos salariais e encargos sociais do Estado (o que minaria o lucro das empresas, acarretando na inflação), e o intervencionismo do Estado na economia.

Friedman influenciou diversos governos desde Nixon (EUA) até Margareth Thatcher (Grã-Bretanha) e Ronald Reagan (EUA) do qual foi conselheiro. Os dois últimos abriram a fase do neoliberalismo e construíram as bases para o Consenso de Washington.

O Consenso de Washington foi uma recomendação internacional elaborada em 1989, que visava a propalar a conduta econômica neoliberal com a intenção de combater as crises e misérias dos países subdesenvolvidos, sobretudo os da América Latina.

Tal recomendação foi criada a partir de reunião nos EUA entre funcionários do governo americano, organismos financeiros internacionais, FMI, o Banco Mundial e o BID – especializados em assuntos latino-americanos – que chegaram a conclusões que afirmavam a excelência da proposta neoliberal que vinha sendo recomendada como condição indispensável para a concessão de cooperação financeira externa.

As conclusões do Consenso de Washington formam um conjunto de medidas, compostas de dez regras básicas, para promover o ajustamento macroeconômico dos países em desenvolvimento. As 10 regras são: 1) Disciplina fiscal – o Estado deve limitar os gastos à arrecadação, eliminando o déficit público; 2) Redução dos gastos públicos; 3) Reforma fiscal e tributária, na qual o governo deveria reformular seus sistemas de arrecadação de impostos e ampliar a base sobre a qual incide a carga tributária, com maior peso nos impostos indiretos; 4) Abertura comercial e econômica dos países, a fim de reduzir o protecionismo e proporcionar um maior investimento estrangeiro; 5) Taxa de câmbio de mercado competitivo; 6) Liberalização do comércio exterior; 7) Investimento estrangeiro direto, eliminando as restrições; 8) Privatização, com a venda das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estatais; 9) Desregulamentação, com o afrouxamento das leis de controle do processo econômico e das relações trabalhistas; 10) Direito à propriedade intelectual.

A princípio, essas conclusões do Consenso possuíam caráter acadêmico, mas acabaram virando um receituário imposto para a concessão de créditos. O Consenso de Washington tornou-se, dessa forma, uma "receita de bolo" para a execução das premissas neoliberais em toda a região latino-americana, que acatou as suas ideias principalmente pela pressão e influência exercidas pelo governo dos Estados Unidos e por instituições como o FMI, o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD).

Nesse sentido, Edmundo Lima de Arruda Junior (1995, p. 36) elenca a estratégia neoliberal como:

> Privatização; desregulamentação; flexibilidade; dívida externa acentuada nos países periféricos; ajuste sem protencionismo; adjudicação de recursos junto à sociedade e ao Poder; transnacionalização intensa da economia, da política e da cultura. No nível jurídico, as políticas neoliberais implicam confiscos trabalhistas; eliminação da estabilidade dos funcionários públicos: ajuste fiscal para "equilíbrio" da receita/despesas do governo, entre outros [...]

Evidencia-se que as políticas neoliberais aplicadas no processo de globalização fazem a defesa da transferência, para a esfera privada, das obrigações sociais do poder público, fazendo com que todas as questões fossem resolvidas no campo do mercado - fazendo com o que o público seja o inimigo do privado.

Esses programas e planos, impostos e fortemente apoiados pelo Consenso de Washington, baseiam-se, na verdade, no conceito de oferta e demanda. O mercado livre e o livre comércio empresarial são tidos como os melhores meios para obtenção do equilíbrio ideal. Para chegar a esse resultado, dois tipos de reformas são impostos aos Estados: as reformas internas e as reformas externas – de maneira a permitir o resultado mais eficiente para a economia e para a "pilhagem" de riquezas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Importante comparar os ideais defendidos por Friedman com os ideais marxistas, como vimos, Friedman era um liberalista e Marx era defensor da liberdade econômica e ao mesmo tempo um crítico do liberalismo e da economia burguesa. Karl Marx talvez tenha sido o teórico que mais se destacou em dirigir críticas qualificadas e contundentes ao Liberalismo. Segundo os princípios marxistas, a divisão do trabalho proposta por Smith agia no sentido de alienar o trabalhador. A livre concorrência, por sua vez, em função de impelir o burguês a reduzir os custos de produção, culminaria na exploração do trabalhador e num processo que recebeu a nomenclatura de mais-valia.

7 O ADVENTO DO NEOLIBERALISMO: Conceito e principais características e sua inclusão no Brasil contemporâneo.

Sobre o advento do neoliberalismo, preceitua Perry Anderson:

> O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é "O Caminho da Servidão", de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política. (1995, p.9)

Apesar de as iluminuras neoliberais terem origem na década de 40, tais ideias mantiveram-se "mortas" até a crise da década de 70 do século XX, vez que o sistema capitalista acabara de atingir um ponto em que baixo crescimento econômico (estagnação e recessão) convergia com o aumento da inflação. Em 1973 ocorreu a segunda crise cíclica do capitalismo no século XX – após a Grande Depressão de 1929, com o *crack* da bolsa de Nova Iorque – gerada pela elevação dos preços do barril do petróleo, culminando na recessão do sistema capitalista.

Francisco de Oliveira (2009), falando do advento do neoliberalismo no Brasil, apresenta o processo de fragmentação do Estado como fruto da ditadura militar e que teve prosseguimento durante o governo Sarney, momento no qual se observou a apropriação, pelo particular, do aparato estatal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesta toada, o governo Collor evidenciou a abertura do mercado aos produtos de origem estrangeira. Contudo, foi no período da presidência de Fernando Henrique Cardoso que o programa neoliberal atingiu seu ápice. Ainda que no exercício de Fernando Collor de Mello houvesse a tentativa de avanço do neoliberalismo, a iniciativa não obteve apoio das elites brasileiras, já que contrariava seus interesses em se tratando da abertura comercial, corte de subsídios e reversão de políticas protecionistas.

É que o "Plano Collor", de 1990, teve como fundamentos: a reforma monetária pelo bloqueio de 70% dos ativos financeiros do setor privado, congelamento de preços, liberalização cambial, ajuste fiscal, liberalização do comércio exterior e o programa de privatização.

Assim, a elite também propôs o *impeachment* de Collor (FERNANDES, 2008), representando uma vitória contra o neoliberalismo no Brasil, refletindo a instabilidade política que acompanhava as tentativas de implantação dessa agenda num país como o daquela época. Segundo os analistas mais abalizados (OLIVEIRA, 2009), Collor não detinha capacidade intelectual para conseguir implantar essa ideologia, ao contrário de FHC, que tinha capacidade política de elaborar e encontrar-se à frente de um projeto que incorporasse o tempo futuro e adapta-o às necessidades dos blocos dominantes no Brasil.

Com a saída de Collor e liderança de Itamar Franco, o contexto hiperinflacionário acabou forjando o cenário sócio-econômico ideal para a fixação dos pressupostos neoliberais. É nesse momento – eleições de 1994 – FHC elege-se, contando com a coalizão de setores intelectuais do eixo Rio-São Paulo, que esperavam uma política de abertura e independência sem limites, primando pelo interesse nacional num mundo onde não existiam mais fronteiras, trazendo o discurso neoliberal como sinônimo de modernização.

A absorção das medidas neoliberais foi sustentada pelos setores oligárquicos e burgueses, que outrora apoiaram o governo militar, resultando em uma frente de centro-direita ampla e heterogênea. Além disso, havia o apoio do governo norte-americano representado por Bill Clinton e a comunidade internacional (FIORI, p. 229). Este apoio possibilitou à FHC a possibilidade de abertura de fronteiras e aposta no advento globalitário, acarretando na fragilização do Brasil sob o ponto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

de vista internacional – fato que levou o Professor Fiori a elencar essa gestão como 'a mais antinacional da história republicana'.

Como destaque ao período citado (1995-2002), é de se mencionar o volume de emendas constitucionais elaboradas durante o governo FHC, com vias de encaixar o ordenamento jurídico brasileiro às diretrizes neoliberais "sugeridas" pelo Consenso de Washington, levando ao ex-presidente ao desfazimento de restrições legais para modificar o que fosse necessário para manutenção da nova política econômica, enfraquecendo a Constituição para que esta se adequasse às regras do jogo – em especial, no capítulo da "Ordem Econômica" (como será citado em breve).

Ilustrando o período em questão, Aloysio Biondi, autor do livro "O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do estado" (1999), assevera que a privatização no Brasil foi uma verdadeira enganação, já que não conseguiu injetar capital estrangeiro no país (ao contrário da propaganda a favor da privatização), pois o pagamento pelas empresas estatais fora realizado através de financiamento público, aumentando a dívida interna. Nesse sentido, o jornalista analisa que:

> A venda das estatais, segundo o governo, serviria para atrair dólares, reduzindo a dívida do Brasil com o resto do mundo – e, salvando o real. E o dinheiro arrecadado com a venda serviria ainda, segundo o governo, para reduzir também a dívida interna, isto é, aqui dentro do país, do governo federal e dos estados. Aconteceu o contrário: as vendas foram um negócio da China e o governo engoliu dívidas de todos os tipos das estatais vendidas; isto é, a privatização acabou por aumentar a dívida interna. Ao mesmo tempo, as empresas multinacionais ou brasileiras compraram as estatais não usaram capital próprio, dinheiro delas mesmas, mas, em vez disso, tomaram empréstimos lá fora para fechar negócios. Assim, aumentaram a dívida externa do Brasil. É o que se pode demonstrar, na ponta do lápis, neste balanço das privatizações brasileiras, aceleradas a partir do governo Fernando Henrique Cardoso.

Entretanto, com o fim da Era FHC e a ascensão de um torneiro mecânico à Presidência da República, na figura de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

representou a reversão das políticas neoliberais implementadas, de forma que a presença do Estado na economia continuou sendo reduzida (Câmbio Flexível, Liberalização da Conta Comercial, Liberalização da Conta Financeira, Desestatização, Redução da Seguridade Social).

Marques (2016) aduz que, quando Lula assume o governo, a situação social e econômica do Brasil não são favoráveis, na medida em que:

> Depois de mais de 20 anos de iniciada a crise da dívida externa, assiste-se o produto interno bruto (PIB) registrar crescimento irrisório, o desemprego bater todos os recordes de sua história e a elevação dos preços voltar a ser alvo de preocupação, já atingindo dois dígitos. No campo do setor público, após ter sido efetuada, de forma sistemática, a redução do nível das despesas federais, vê-se o Fundo Monetário Internacional acenar com a possibilidade de exigir ainda um maior "esforço" de geração de superávit no critério das contas primárias no orçamento federal (receitas menos as despesas, desconsiderando os juros). Essa exigência, que era de 3,25% do PIB em 2001, passou a 3,75%. A retração da despesa pública afetou diferentes setores, criando situações tais como o racionamento da energia elétrica e a insuficiência de recursos nas áreas sociais, que volta e meia é notícia na mídia brasileira.

FHC, em sua gestão, já havia firmado compromisso com o equilíbrio fiscal – sob influência do FMI e do Banco Mundial (culminando com a edição da Lei Complementar 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal), observando metas de inflação, juros altos, câmbio flutuante, superávit primário e ajuste fiscal permanente, o que gera um forte crescimento da dívida pública, deixando de lado o crescimento econômico.

O que surpreende é que, para além das consequências da redefinição de agenda, o governo Lula não se propôs a alterar a essência do modelo desenvolvimentista adotado (FILGUEIRAS e GONÇALVES, 2007), caracterizado pela vulnerabilidade extrema estrutural e pela lógica financeira, levando a uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

baixíssima taxa de crescimento do PIB em comparação a outros países em desenvolvimento e crescimento da dívida externa.

Filgueiras (2006) acredita que no primeiro mandato de Lula (2003-2006), o governo aumentou o grau de comprometimento do orçamento público com o superávit primário (diminuindo a capacidade do Estado de investir). O autor (2006, p. 9) ainda acrescenta que:

> Em particular, o Governo Lula deu prosseguimento (radicalizando) à política econômica implementada pelo segundo Governo FHC, a partir da crise cambial de janeiro de 1999: metas de inflação reduzidas, perseguidas por meio da fixação de taxas de juros elevadíssimas; regime de câmbio flutuante e superávits fiscais acima de 4,25% do PIB nacional. Adicionalmente, recolocou na ordem do dia a continuação das reformas neoliberais - implementando uma reforma da previdência dos servidores públicos e sinalizando para uma reforma sindical e das leis trabalhistas -, além de alterar a Constituição para facilitar o encaminhamento, posterior, da proposta de independência do Banco Central e dar sequência a uma nova fase das privatizações, com a aprovação das chamadas Parcerias Público-Privado (PPP), no intuito de melhorar a infra-estrutura do país - uma vez que a política de superávits primários reduz drasticamente a capacidade de investir do Estado. Por fim, completando o quadro, reforçou as políticas sociais focalizadas (assistencialistas).

Um fator relevante para a análise do arranjo político-econômico e institucional do Estado Democrático de Direito no pós-ditadura, principalmente durante o governo Lula, são os fortes indicadores sociais provenientes, sobretudo, de programas sociais de transferência de renda. Coutinho (2007, p. 23) aponta que:

> O governo Lula, com efeito, manteve os Programas criados no governo FHC, apenas ampliando a denominada "Rede de Proteção Social", que se compõe de Programas de "Assistência Social" e de "Transferência de Renda", além de outros benefícios sociais. Durante os governos FHC (1995-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 2002) integravam a intitulada "Rede de Proteção Social" (...) um total de 15 programas ou benefícios, sendo 04 (quatro) Programas de Transferência de Renda e 06 (seis) Programas de Assistência Social, além de 04 (quatro) benefícios sociais. Em realidade alguns desses programas ou benefícios já existiam até mesmo antes do início do governo FHC, tais como o Abono Salarial (1970), Benefício de Prestação Continuada (1986), Previdência Rural (1960), Seguro Desemprego (1986).

Já no segundo mandato do Presidente Lula (2007-2010), o governo se preocupou em retomar o crescimento econômico (à exemplo da elaboração do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento), aumentando o investimento estatal e favorecendo a ampliação do investimento privado, gerando emprego e renda. Tais medidas, ainda, foram tomadas com fito de evitar as consequências da crise econômica de 2008.

O retorno da forte atuação do Estado não aconteceu apenas no Brasil, de forma que se impõe como mecanismo para contrabalancear os efeitos da crise citada, por meio da intervenção estatal na economia, evitando a contração do produto e a elevação do desemprego.

Em relação ao Governo Dilma (2011-2015), a manutenção das políticas estabelecidas pelos seus antecessores, aliadas à crise do preço das *supercommodities* (principais responsáveis pela notoriedade recente do Brasil entre as maiores economias mundiais) e a redução do crescimento da China, principal parceiro econômico do Brasil, produziram um cenário de instabilidade interna, que culminou com o aumento da agenda de arrocho fiscal.

A insatisfação com o governo possibilitou – apesar das controvérsias jurídicas – a abertura do processo de impeachment e seu afastamento, elevando Michel Temer à Presidente Interino da República (Maio de 2016), que já deu sinais de abertura de mercado, fragmentação de direitos sociais e ajustes fiscais sob o pretexto de retomada do crescimento econômico.

Diante da configuração político-econômica do Brasil após a redemocratização, é possível perceber que o arranjo jurídico sofreu diversas modificações com fito de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

adequar-se ao ideário econômico adotado. Como consequência, agravam-se as mazelas sociais que caracterizam esta nação e que poderiam ser solucionadas caso houvesse o cumprimento da Constituição Federal de 1988, que pretensamente traria o caminho e os instrumentos capazes de remediar ou resolver os maiores problemas da nossa sociedade.

8 CONCLUSÃO

O trabalho exposto acima mostra, inicialmente, que a compreensão da realidade não pode ser compreendida dentro de modelos fechados retratados pelos teóricos existentes os momentos de organização social e política da história humana, já que analisam apenas formalmente o mundo em que vivemos, quando se sabe que os contextos são permeados por fatores que fogem do campo de análise do pensamento.

Extremamente importante ressaltar e analisar a importância dos modelos econômicos citados acima principalmente o liberalismo econômico e o intervencionismo estatal nos moldes keynesianos no que se refere ao determinado momento em que eles foram aplicados, e também como se encaixaram nesses casos, se propuseram a solução adequada para uma readaptação da sociedade que se achava submersa em uma crise, uma vez que eles tiveram seu momento de apogeu no tempo que se fazia necessário e após tempos depois entraram em colapso.

A despeito de avanços ligados à ascensão de uma nova classe média, o Brasil continuou com níveis brutais de desigualdade. Grande parcela da riqueza gerada circula pelas mãos de um grupo bastante restrito, com demandas de consumo cada vez mais ostentatórias, e como o governo mostrou-se incapaz de modificar tal situação através de políticas sociais de caráter profundo, estrutural, criou-se uma situação em que a parcela mais abastada da população pressiona o custo de vida para cima, deteriorando rapidamente os ganhos das classes mais baixas. Além disso, os salários brasileiros continuaram baixos e sem perspectiva de mudanças pra melhor. Dos empregos criados nos últimos dez anos, 93% pagam até um salário mínimo e meio. Portanto, ainda que a nova classe média tenha sido inserida no processo de consumo, é certo que continuam pobres.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ANDERSON, Perry. **Balanço do neoliberalismo**. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.) Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9

BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do estado**. [S.l.]*:* Fundação Perseu Abramo, 1999. p. 6.

COUTINHO, Aldacy Rachid**. Pobreza e fome**: discurso no governo Lula. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLSAN DE MORAIS, José Luís; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Estudos constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 23.

DURIGUETTO, Maria Lúcia; MONTAÑO, Carlos. **Estado, classe e movimento social.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

Entrevista com Tom Whoods. Disponível em:<http://rodrigoconstantino.com/artigos/o-mito-do-liberalismo-como-culpado-pela-crise-de-1929/>. Acesso: 26 de Janeiro, 2017.

FERNANDES, Luís**. Neoliberalismo e reestruturação capitalista in Pós-neoliberalismo – As políticas sociais e o Estado Democrático**. Paz e Terra: São Paulo, 2008, p. 54

_____. **A ilusão do desenvolvimento in Brasil no espaço**. Vozes: Petrópolis, 2001

FILGUEIRAS, L.; GONÇALVES, R. **A economia política do governo Lula.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2007. p. 106.

KEYNES, John M. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda [e] inflação e deflação**. São Paulo: Nova Cultura, 1985. (Col. Os Economistas.)

MARQUES, R M A. **Previdência Social no governo Lula - os desafios de um governo democrático e popular**, p. 9. Disponível em:<http://matisse.univ-paris1.fr/ID/id030328.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016

MARX, Karl. **O Capital: crítica da Economia Política**. Livro III, vol. IV e V. São Paulo: Nova Cultura, 1986.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MARX, Karl. **Manuscritos de 1857-1858**, op. cit. tomo I, p. 354.

MARX, Karl. **Théories sur la plus-value**. Paris: Editions sociales, 1976, tomo 2, p. 84.

MISES, Ludwig Von. **Liberalismo segundo a tradição clássica**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2010, p.35.

OLIVEIRA, Francisco de. **À sombra do manifesto comunista: globalização e reforma do estado na América Latina.** In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. Pós-neoliberalismo II: que estado para que democracia? 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 73

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.117.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TRÂNSITO, EMBRIAGUEZ, E OS AVANÇOS NA FISCALIZAÇÃO VIÁRIA

GIULLIA ROBERTA ARAUJO RESPLANDES: Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Católica de Tocantins - TO.

WELLINGTON GOMES MIRANDA[1]

(Orientador)

RESUMO: Esse estudo objetivou explanar sobre o projeto de lei 317/2015 da câmara dos deputados no desenvolvimento da fiscalização de trânsito frente à inexistência de mecanismos de aferição imediata de drogas ilícitas, visando inibir e punir o consumo de substâncias psicotrópicas e entorpecentes por condutor de veículo automotor. Bem como constatar a necessidade de aprimoramento dos instrumentos de fiscalização de trânsito na prevenção e repressão da embriaguez ao volante. Apontar a insuficiência de fiscalização e identificação do uso de substâncias ilícitas, à luz do principio da não autoincriminação e citar medidas tomadas pela união para sanar as deficiências da fiscalização de trânsito brasileiro. Para tanto, foi utilizado como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica, tem objetivo de cunho explicativo e abordagem qualitativa de natureza aplicada A partir da análise de dados foi possível perceber a importância da implantação de um mecanismo capaz de aferir de imediato o consumo de substâncias ilícitas ao conduzir veículos automotores. Enfim, por meio de todo o estudo realizado foi possível confirmar que o dispositivo proposto pelo projeto de lei 317/2015 é realmente necessário para a conscientização e diminuição do número de acidentes de trânsito no Brasil.

Palavras-Chave: fiscalização de trânsito, dirigir sob uso de substancias ilícitas, avanços na fiscalização viária.

ABSTRACT: This study aimed to explain the bill 317/2015 of the Chamber of Deputies in the development of traffic control in the absence of mechanisms for the immediate measurement of illicit drugs, aiming to inhibit and punish the consumption of psychotropic and narcotic substances by motor vehicle drivers . As well as to note the need to improve the instruments of traffic control in the prevention and repression of drunken driving. To point out the insufficiency of inspection and identification of the use of illicit substances, in light of the principle

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

of non-self-incrimination and to mention measures taken by the union to remedy the deficiencies of the Brazilian traffic control. For that, the bibliographic research was used as a method for data collection, it has an explanatory purpose and a qualitative approach of an applied nature. From the analysis of data it was possible to perceive the importance of the implantation of a mechanism capable of immediately assessing the consumption of illicit substances when driving automotive vehicles. Finally, through all the study carried out it was possible to confirm that the device proposed by bill 317/2015 is really necessary for the awareness and reduction of the number of traffic accidents in Brazil.

Key Words: control of traffic, driving under the use of illegal substances, advances in road surveillance.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Culpa consciente ou dolo eventual nos crimes executados por condutores sob uso de substâncias ilícitas? 3. Síntese histórica do código de trânsito brasileiro e a relevância da legislação de trânsito nas vivências sociais. 4. O problema da embriaguez ao volante e suas repercussões normativas. 5. A busca por instrumentos capazes de reprimir o uso de outras substâncias ilícitas. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Para compreender melhor a temática aqui apresentada, é necessário contextualizar a influência do uso de drogas ilícitas relacionadas à direção. Vejamos como exemplo, a condução agressiva e o excesso de velocidade que são fatores típicos dos condutores sob a influência de cocaína, uma das substâncias mais consumidas no Brasil. Seus efeitos agudos aparecem imediatamente após única dose e desaparecem dentro de poucos minutos ou horas.

De acordo com o Código de trânsito brasileiro a conduta é tipificada como infração meramente pelo ato de executar a ação, mesmo que esta não ocasione ferir o bem jurídico tutelado ou cause danos a outrem, pois torna-se fato típico apenas por apresentar perigo abstrato. Todavia, os órgãos responsáveis pela fiscalização de trânsito brasileiro têm seus métodos voltados para outros aspectos no rol de prevenções utilizadas em campo, sendo de extrema importância a implantação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

um método eficaz que tenha capacidade de aferição imediata na constatação de drogas, buscando diminuir o número de acidentes de trânsito.

De forma geral, este artigo delimitou-se em colher informações sobre de que forma o desenvolvimento da fiscalização de trânsito pode refletir ou contribuir na constatação de motoristas que conduzem sob o uso de substâncias ilícitas. A fiscalização de trânsito no Brasil comparada a outros países é extremamente escassa. É certo que, o sistema de trânsito em países de primeiro mundo utilizam métodos mais eficazes, entretanto o desenvolvimento desta mesmo com tamanhas modificações no código de trânsito brasileiro não trouxe quaisquer contribuições para com a aferição imediata de drogas ilícitas, objeto de fiscalização que atualmente não tem previsão legal que tragam resultados comprobatórios imediatos.

O objetivo das leis atuais visa alcançar apenas condutores infratores que dirigem sob efeito de álcool. Isso, porque o desenvolvimento da fiscalização deixa a desejar. Um dos passos a ser realizado para alcançar o objetivo geral da pesquisa é demonstrar a necessidade de aprimoramento da fiscalização de trânsito. E assim, constatar a insuficiência de mecanismos convencionais para a constatação imediata de entorpecentes. E por fim, analisar o princípio da não autoincriminação que é um forte aliado daqueles que infligem a lei, muitas vezes com a intenção de fazer jus ao direito supracitado esquivando-se da responsabilidade pressuposta.

2. CULPA CONSCIENTE OU DOLO EVENTUAL NOS CRIMES COMETIDOS POR CONDUTORES SOB USO DE SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS?

Considera-se crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A distinção de condutas previstas no código penal se dá pela descrição destas, portanto quando o código omite a designação de determinado crime como culposo possivelmente inexiste a probabilidade do agente que tenha praticado tal crime vir a ser julgado diferente do previsto. (GRECO, 2016), afirma que dolosa ou culposa toda conduta tem sua finalidade, a diferença entre elas é que na conduta culposa a finalidade é quase sempre lícita, os meios escolhidos e empregados pelo agente para atingir a finalidade lícita é que foram inadequados ou mal utilizados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Como bem nos assegura De Bem (DE BEM , 2017), um crime doloso de homicídio não se converterá automaticamente em crime culposo de trânsito. É interessante, aliás, observar que o consumo abusivo de substância psicoativa não se equipara com o consumo moderado, entende-se que o condutor que as consome abusivamente cria um perigo intenso ao bem jurídico penal. É sinal de que há, enfim, distinção no código penal entre dolo eventual e crime culposo de trânsito, pois não seria correto enquadrar no mesmo tipo penal aqueles que consomem exageradamente e aqueles que consomem de forma moderada.

Conforme explicado acima, a equiparação do consumo moderado com o consumo abusivo de substâncias psicoativas seria o mesmo que aplicar as mesmas sanções penais em condutores infratores que utilizaram diferentes tipos e quantidades destas.

Conforme verificado cerca de 5% da população mundial entre 15 e 64 anos, porcentagem correspondente a uma média de 250 milhões de pessoas usa drogas ilícitas de acordo com o último relatório mundial sobre drogas divulgado pelo escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. O autor deixa claro que o número de pessoas que apresentam transtornos relacionados ao consumo de drogas sofreu um aumento desproporcional desde a última pesquisa. Assim, reveste-se de particular importância o elevado índice de mortes que teriam sido evitadas se intervenções adequadas tivessem sido tomadas (SAÚDE, 2016).

Conforme mencionado pelo autor, "mortes poderiam ter sido evitadas" (SAÚDE, 2016). Neste contexto, fica claro que o número de indenizações por acidentes de trânsito e o número de usuários de drogas é extremamente alto. O mais preocupante, contudo, é constatar que atualmente não há intervenção adequada que se mostre eficaz tanto no aspecto de distinção entre os agentes, qualificando-os nas esferas de dolo eventual ou crime culposo, quanto no combate à acidentes de transito e diminuição do percentual daqueles que abusam de substâncias psicoativas combinadas com direção. Não é exagero afirmar que não existem estatísticas que demonstrem a quantidade de acidentes de trânsito provocados por usuários de drogas, é importante que haja conscientização sobre os perigos causados por aqueles que abusam de tais substâncias ao conduzir.

Ora, em tese, ao julgar um caso em concreto o juiz não pode aplicar a lei mais branda à um crime culposo cometido por imprudência, por exemplo, podemos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

apontar como imprudente aquele que abusa de substancias ilícitas e logo em seguida toma a direção de veículo automotor assumindo o risco de produzir acidentalmente resultados indesejáveis. É importante considerar que os crimes culposos não são premeditados, mas no caso em questão o agente tem a consciência de que os meios utilizados para obter a finalidade desejada é que foram inadequados, seja porque há insuficiência de uma política que correlacione o abuso de drogas e seus malefícios combinados com direção ou até mesmo por falta de conhecimento das possíveis reações de seu organismo em determinada situação. Julgo pertinente trazer à baila a inexistência de pesquisas que demonstrem a quantidade de acidentes de trânsito causados exclusivamente por culpa daqueles que abusam de drogas ilícitas, claramente há omissão de dados e estatísticas sobre o assunto em questão. Conforme explicado acima, a imprudência também é caracterizada pela falta de informação. É dever do Estado alertar, a falta de informação e principalmente politicas que tragam informação sobre o perigo da condução sob uso de entorpecentes pode ser um fator principal para a diminuição de acidentes.

Muito bem observa este fenômeno Fragoso (FRAGOSO, 2006):

A diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente encontra-se no elemento volitivo que, ante a impossibilidade de penetrar-se na psique do agente, exige a observação de todas as circunstâncias objetivas do caso concreto, sendo certo que, em ambas as situações, ocorre a representação do resultado pelo agente. Deveras tratando-se de culpa consciente, o agente pratica o fato ciente de que o resultado lesivo, embora previsto por ele, não ocorrerá.

Conforme citado acima o autor deixa claro a diferença substancial entre dolo eventual e culpa consciente, em outras palavras, a discussão entre estas duas vertentes é extremamente importante pois condiz diretamente em distinguir de que modo será julgado o acusado, por exemplo, em crime de homicídio no trânsito, se será julgado por homicídio culposo pelo juiz ou por homicídio doloso pelo tribunal do júri.

Melhor ainda, identificando-se plenamente com a presente pesquisa nos fala Silva (SILVA, 2013):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Logicamente, apenas leis mais severas não são suficientes para sanar as necessidades da sociedade senão acompanhadas da devida fiscalização e aplicação efetiva da lei. Em que pese à necessidade, a realidade se mostra diversa ao passo que legalmente falando não há no código de trânsito qualquer previsão quanto ao dolo seja ele de forma direta ou mesmo eventual.

Conforme citado acima, o autor deixa claro a importância e a necessidade de investimento na fiscalização de trânsito. É preciso, porém, ir mais além do que apenas o que está previsto em lei. É exatamente o caso da regulamentação legal prever penalidade para aqueles que conduzem sob efeito do álcool e ao mesmo tempo para aqueles que abusam de substâncias ilícitas ao dirigir. Por todas essas razões, é relevante que se dê atenção especial aos crimes de trânsito cometidos por usuários de drogas ilícitas sejam suas condutas consideradas provenientes de culpa consciente ou dolo eventual, é notório que isso resulta de inobservância do caso concreto ao prever em legislação algo que não é executado na prática. O que importa, portanto, é modificar a forma com que a fiscalização de trânsito e os respectivos órgãos responsáveis conduzem situações semelhantes.

3. SÍNTESE HISTÓRICA DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E A RELEVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO NAS VIVÊNCIAS SOCIAIS

Pode-se dizer que o Sistema Nacional de Trânsito é um conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Neste contexto, fica claro que os papeis destas entidades se baseiam na regulamentação da politica nacional de trânsito. Não é exagero afirmar que sua atuação é imprescindível para o aprimoramento de técnicas que podem ser utilizadas no processo de distinção de condutores infratores, ocorre que todos estes institutos visam de alguma forma englobar o trânsito em território nacional fixando, padronizando, sistematizando e estabelecendo planos e diretrizes capazes de atender as demandas existentes com alicerce suficiente para atender à todos de maneira eficaz (BRASIL, 1997).

Conforme mencionado por Santos (SANTOS, 2009):

Apesar da garantia legal, por intermédio de um direito humano fundamental especifico erigido pelo código de trânsito brasileiro, de um trânsito em condições seguras, a realidade é caótica e notória, com estradas precárias, vítimas diárias, desrespeito constante, prejuízos econômicos, ausência de comprometimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

todos com o direito fundamental promulgado, gerando uma crise na sociedade em encontrar soluções que correspondam aos anseios de um trânsito de realidade distinta do nosso dia a dia.

Conforme citado acima, o autor deixa claro que a realidade do trânsito brasileiro é de vítimas constantes. O mais preocupante, contudo, é constatar que as soluções cabíveis referentes ao assunto não correspondem ao anseio da sociedade. Assim, preocupa o fato de que o desrespeito nas vias públicas aumente gradativamente os prejuízos gerados pela ausência de amparo legal. Outra realidade do trânsito brasileiro é o uso de entorpecentes combinados com direção.

De acordo com Martorell (MARTORELL, 2014):

A maconha também pode inibir a memoria, a rapidez de pensamento e o desempenho escolar, bem como reduzir a percepção, o estado de alerta, o intervalo de atenção, o discernimento e as habilidades motoras necessárias para a condução de veículos e, assim, contribuir para acidentes de trânsito

De acordo com o autor citado acima, a preocupação com o efeito de drogas além do álcool na condução de veículos reveste-se de particular importância para o trafego. Segundo a Organização Mundial da Saúde (SAÚDE, 2016):

É fundamental que a lei sobre a direção sob a influência de drogas seja aplicada de maneira visível e regular. Além disso, devem ser impostas sanções apropriadas para apoiar o cumprimento das exigências da lei. Sem a aplicação visível e sanções imediatas, uma lei desse tipo tem pouca chance de modificar comportamento.

Conforme verificado é vedada toda e qualquer substância que altere ou afete a coordenação motora do condutor. À vista disso é comprovado cientificamente que a condução de veículos automotores sob influencia de drogas afeta diretamente a qualidade de locomoção, assim como também diminui a percepção e discernimento da realidade. O mais preocupante, contudo, é constatar que o código de trânsito brasileiro não prevê um mecanismo de aferição imediata de entorpecentes que deva ser implantado na fiscalização de trânsito, por exemplo, o fato de que mesmo que o sujeito seja abordado, este pode passar ileso por não apresentar indícios de que está conduzindo sob influência de substancias ilícitas,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consequentemente colocando em risco a vida de terceiros. "Os toxicantes mais associados a acidentes de transito incluem drogas ilícitas e fármacos controlados, como cocaína, benzodiazepínicos, maconha e fenciclidina." (KLASSEN e WATKINS III, 2012).

Em vista disso, pode-se dizer que a dificuldade de constatação de motoristas que conduzem sob influência de substâncias tanto licitas quanto ilícitas no Brasil é um problema que pode ser sanado com o desenvolvimento da fiscalização de trânsito. Leal (LEAL, 2018) mostra o desenvolvimento de um país de primeiro mundo quanto à fiscalização de trânsito:

Acompanhei, a convite das autoridades de trânsito da capital espanhola, operações de fiscalização, inclusive com foco na direção sob influência de bebida alcoólica. Na Espanha, não se usa esse formato de blitz popularizado no Brasil. Os agentes responsáveis ficam em uma van descaracterizada que reúne todos os equipamentos necessários para fiscalização - de computadores conectados a sistemas centrais para a checagem de documentos de condutores e veículos aos nossos conhecidos bafômetros.

De acordo com o exposto anteriormente, obviamente países desenvolvidos estão sempre um passo à frente em todos os quesitos, mas não significa que, o Brasil por estar em baixo patamar em relação aos demais, não tenha capacidade de desenvolver-se na área em discussão. Sob o ponto de vista dos autores ora supracitados, substâncias ilícitas são de extrema periculosidade combinadas com direção. Afinal, trata-se de uma área do campo da fiscalização de trânsito que atualmente tem sido invisível aos olhos do legislador. Essas questões são, contudo, obviamente de difícil acesso levando em conta principalmente o ponto de vista econômico deste país. Mas nesse caso, o que estaria acontecendo na verdade é a ineficácia da lei e a imperícia do sistema nacional de trânsito como maior responsável pelo déficit ora supracitado.

3. O PROBLEMA DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E SUAS REPERCUSSÕES NORMATIVAS

O manual brasileiro de fiscalização no trânsito trás consigo uma serie de exigências e posicionamentos referentes aos procedimentos utilizados na abordagem e quanto aos mecanismos utilizados na fiscalização. Avaliar as técnicas e os instrumentos disponibilizados pelo estado para fiscalização, compreendendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a eficácia e ineficácia da lei quanto à sua aplicação e execução é um fator muito importante para entendermos o grau de desenvolvimento e evolução do sistema nacional de trânsito, assim, colabora na criação de um senso critico relacionado ao assunto em discussão. "Os problemas decorrentes do consumo de bebidas alcoólicas entre motoristas são estudados internacionalmente de forma ampla, e considerados um importante problema de saúde publica, principalmente nos países em desenvolvimento." (Revista de saúde pública, 2007).

A principio podemos apontar, os mecanismos utilizados quanto à sua classificação das modalidades de fiscalização eletrônica de trânsito que são divididas em: aplicações metrológicas e não metrológicas. As metrológicas são referentes à fiscalização de velocidade e as não metrológicas são referentes às infrações que podem ser distinguidas pela captura de uma imagem, como por exemplo, invasão de semáforo vermelho, parada sobre faixa de pedestres, usada até mesmo na averiguação da veracidade de fatos narrados relativos à acidentes de trânsito. Entretanto, esses tipos de mecanismos geralmente não conseguem evitar acidentes, muito menos registrar todos os acidentes que acontecem nas rodovias devido à grande demanda.

"Para se buscar uma rigidez de penas e uma mais efetiva fiscalização por parte das autoridades, será necessária uma legislação que permita essas mudanças, subsidiando a ação dos que promoverão essa mudança" (OLIVEIRA, 2015).

Pode-se dizer que o mais preocupante, contudo, é constatar que a ação daqueles que são responsáveis pelo desenvolvimento da fiscalização de trânsito é insuficiente. De acordo com Cannell e Gold (CANNELL e GOLD, 2001):

O fundo nacional de segurança e educação de trânsito (Funset), previsto no artigo 320 da lei 9.503/97 do CTB, visa custear as despesas do Denatran com a operacionalização da segurança e educação de trânsito. O fundo recebe 5% do valor das multas de trânsito arrecadadas pela união, pelos estados, pelo distrito federal e pelos municípios. A fiscalização eletrônica, principalmente as iniciativas municipais, tem forte impacto na arrecadação deste fundo.

O autor deixa claro a porcentagem monetária arrecadada pelo Estado para custear a fiscalização eletrônica, ainda assim, esta não é utilizada de maneira eficaz para alcançar a modernidade de equipamentos utilizados por países desenvolvidos.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além da fiscalização eletrônica temos como ferramenta a abordagem pelos agentes de trânsito, os mecanismos imediatos utilizados nesta abordagem são: etilômetro, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova previstos. Atribuem-se também como meios de prova o exame toxicológico e exame clínico, porém a probabilidade do condutor ser submetido aos exames citados é mínima, pois além de ter direito à não autoincriminação, a média de tempo levado do deslocamento do sujeito até o local de realização dos exames pode alterar o resultado deste.

Todo sistema tem suas falhas, e a mais intrigante nas abordagens feitas pelos agentes de trânsito, trata-se da não autoincriminação que de acordo com Albuquerque (ALBUQUERQUE, 2008):

A garantia de não autoincriminação destaca-se como verdadeira autolimitação e meio de regulação do dever-poder de punir do Estado, que não reconhece como válida uma persecução possivelmente mais eficiente, quando levada a cabo a partir de agressões às integridades física, psíquica e moral do investigado/acusado. Todavia, para além disso, invocar o *nemo tenetur se detegere* passa a ser um exercício abusivo da garantia fundamental por parte do indivíduo e sua legitimação pelo poder público (seja por intermédio de leis, seja por meio de decisões emanadas em processos administrativos ou pelos órgãos do poder judiciário) acaba por configurar injustificável conivência com as práticas criminosas que violam direitos fundamentais dos membros da sociedade e desta como unidade.

Portanto, conforme verificado o principio da não autoincriminação trata-se de uma vertente do direito que gera a possibilidade do individuo recusar-se à produzir prova contra si mesmo, como por exemplo, o sujeito que se recusa à soprar o etilômetro (bafômetro). Sob essa ótima, ganha particular relevância o posicionamento do Ministério Público Federal que trás consigo a ideia de que a recusa de um condutor em verificar a porcentagem de álcool no sangue não pode ser usada para aplicação de multa e suspensão da carteira por estar "supostamente" dirigindo embriagado, pois o procedimento do bafômetro viola o direito de defesa, que impede que uma pessoa seja forçada a produzir prova contra si mesma.

RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. RECUSA EM REALIZAR TESTE DE ALCOOLEMIA (BAFÔMETRO). SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ARTS. 165 E 277 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. APLICAÇÃO DE MULTA E DE SUSPENSÃO DO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DIREITO DE DIRIGIR. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA EMBRIAGUEZ.- PARECER NO SENTIDO DO DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL (MPF, 2018).

Seria um erro, porém, atribuir ao código de trânsito brasileiro caráter absoluto tendo em vista a sua inobservância para com a previsão legal que prevê a proibição da direção sob influência de entorpecentes no mesmo artigo que veda a direção em estado de embriaguez. Trata-se inegavelmente de uma lacuna nas técnicas e mecanismos utilizados pela fiscalização, assim, reveste-se de particular importância a implantação de um sistema semelhante ao etilômetro que consiga detectar drogas ilícitas.

Por todas essas razões, o desenvolvimento da fiscalização é escasso, insuficiente e não trás melhoria há anos, é notório que isso resulta de inobservância da lei para com a realidade na prática. É preciso, porém, ir mais além do que apenas continuar a utilizar os mesmos instrumentos. O que importa, portanto, é modificar as técnicas de abordagem e implantar um sistema compatível que consiga sanar a ausência de aferição imediata para o uso de drogas. Essa, porém, é uma tarefa difícil, mas não impossível, tendo em vista que alguns países já utilizam mecanismos capazes de aferir a influência de psicoativos no corpo humano utilizando apenas a saliva e com resultado imediato, como por exemplo, "cientistas da Escola Politécnica Federal de Zurique (ETH, na sigla em alemão), estão em estágio final de desenvolvimento de um sensor que detecta o uso da droga, inalada ou fumada como crack, por meio de uma amostra de saliva. O teste é instantâneo" (Suíços desenvolvem ‘salivômetro’ para cocaína, 2016).

Diante do exposto, o projeto de lei 317/2015 trás consigo redação que alcança efetivamente na prática não só a embriaguez ao volante, mas também a condução sob influência de psicotrópicos. O referido projeto de lei encontra-se arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados tendo como sua ultima ação legislativa 31 de janeiro de 2019. De acordo com o diário da câmara dos deputados registrado em 18 de agosto de 2018, o deputado Hugo Legal vota pela aprovação e discorre:

Verificamos que ainda não temos uma fiscalização efetiva do consumo de substâncias psicoativas no trânsito como existe para o consumo de álcool por meio das operações “Lei Seca”, embora já se tenha conhecimento de que existem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

equipamentos que podem ser utilizados para essa finalidade. Por essa razão, considerando a finalidade pretendida pelo autor e pela relatora, temos a oportunidade de inserir a previsão específica da possibilidade de utilização de equipamento homologado pelo DENATRAN. Com isso, certamente estaremos incentivando o investimento em pesquisa para a aprovação de alguns dos diversos modelos que já estão sendo utilizados em outros países, os populares "drogômetros", o que garantirá uma fiscalização efetiva dessa conduta que é tão ou mais arriscada do que o consumo de álcool. (LEAL, 2017)

Parece óbvio que há previsão legal, mas não na prática. Conforme explicado acima sob o ponto de vista de alguns votos positivos o projeto de lei em questão trata-se de um assunto de extrema relevância. Afinal, trata-se de grande parte da população usuária de substâncias psicotrópicas que ao conduzir colocam em risco a vida de terceiros, sendo essencial a implantação de um método semelhante ao etilômetro que desempenhe a mesma função relacionada à drogas. O autor deixa claro que ao sofrer alterações em seu dispositivo legal, a lei seca tornou-se ainda mais severa, e trouxe consigo diminuição no número de acidentes por embriaguez ao volante, da mesma forma acredita-se que a alteração da lei relacionada aos psicotrópicos trará resultados ainda maiores.

4. A BUSCA POR INSTRUMENTOS CAPAZES DE REPRIMIR O USO DE OUTRAS SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS

Os órgãos de trânsito responsáveis pela fiscalização têm o dever de assegurar que seja procedimento operacional rotineiro a aferição da alcoolemia e outras substâncias psicoativas que determinem dependência (BRASIL, 2013). É interessante, aliás, que os procedimentos adotados pelo código de trânsito brasileiro em sua grande parte sejam impostos ao condutor meramente após acidentes de trânsito, mas há um fato que se sobrepõe ao afirmado anteriormente, muitas vezes a fiscalização é acionada por denuncias anônimas. Mesmo assim, não parece haver razão para que as autoridades continuem inertes quanto à implantação de mecanismos eficazes. É sinal de que há lacunas na legislação que, por sua vez não consegue alcançar na prática um procedimento operacional rotineiro. Segundo Brasil (BRASIL, 2013):

Art. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor: I exame de sangue; II – exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência; III –

teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV – verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

§ 2º Nos procedimentos de fiscalização deve-se priorizar a utilização do teste com etilômetro.

§ 3° Se o condutor apresentar sinais de alteração da capacidade psicomotora na forma do art. 5º ou haja comprovação dessa situação por meio do teste de etilômetro e houver encaminhamento do condutor para a realização do exame de sangue ou exame clínico, não será necessário aguardar o resultado desses exames para fins de autuação administrativa.

O artigo citado anteriormente expõe sobre como os órgãos responsáveis pelos mecanismos de aferição executam suas atividades na prática, é notório o fato de que nem todos os meios utilizados trazem resultados imediatos. A previsão legal da utilização do etilômetro é seguida à risca pelos agentes de trânsito, entretanto, é preocupante o fato de que os mecanismos utilizados para aferição da condução sob influência de entorpecentes não trazem resultados imediatos semelhante ao funcionamento do etilômetro para com a comprovação da alcoolemia. De acordo com Pechansky, Duarte e Boni (PECHANSKY, DUARTE e BONI, 2010):

Os efeitos clínicos e sociais causados pelo consumo de álcool e outras drogas no trânsito são considerados atualmente um dos maiores problemas de saúde e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

segurança pública. A viabilidade das análises para a verificação do uso de substâncias psicoativas é fundamental para o controle e prevenção do uso e constitui uma área emergencial a ser desenvolvida em âmbito nacional e internacional. Entretanto, inúmeros fatores devem ser considerados e superados para que o monitoramento possa ser considerado em abordagens de rotina no Brasil, como padronização de técnicas analíticas, disponibilidade de equipamentos, credenciamento e acreditação de laboratórios de referência e prospecção de profissionais qualificados.

Neste contexto, o autor deixa claro que não há abordagens de rotina com disponibilidade de equipamentos capazes de detectar substâncias psicoativas no sistema de fiscalização de trânsito. Sendo assim, ressalta-se que os aspectos clínicos são de fundamental importância para com a veracidade dos fatos, e dependem minuciosamente de uma cultura nacional de valoração dos achados laboratoriais (PECHANSKY, DUARTE e BONI, 2010). Não é exagero afirmar que a insuficiência de mecanismos referentes à detecção imediata de substâncias que venham a causar alteração na condução de veículos, por si só dão uma extensa abertura na legislação a fim de esquivar-se de medidas administrativas e coercitivas, pois os argumentos utilizados em recursos para livrar-se de tais medidas são facilmente deferidos na Junta Administrativa de Recursos de Infração (JARI).

Verifica-se que os efeitos colaterais de drogas no organismo são quase imperceptíveis à olho nu, pois gera reações psicológicas que influênciam no modo de direção do individuo, sendo praticamente impossível a identificação destes ao serem abordados em uma fiscalização de trânsito pela autoridade fiscal responsável. De acordo com Santos (SANTOS, 2010):

O uso da cocaína pode levar o motorista a assumir comportamentos de risco, à diminuição da concentração e atenção, levando-o a cometer atos no trânsito muitas vezes fatais. O ecstasy deixa o indivíduo agressivo e posteriormente apático, o que certamente aumenta o comportamento de risco dos motoristas sob efeito dessa substância. A heroína induz à euforia e analgesia deixando a pessoa num estado de sonolência, fora da realidade, aumenta o tempo de reação do indivíduo e afeta o ato de dirigir. Já os alucinógenos, como o LSD, provocam sonolência e alucinações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É importante ressaltar que os autores citados acima concordam na ideia de que o consumo de drogas no trânsito é um fator prejudicial para o trafego, mas, acima disso, a legislação vigente não prevê mecanismos que mudem essa realidade. Nesse sentido, observa-se que além do aumento do número de acidentes relacionados ao assunto em questão, há também aumento na quantidade de recursos sustentados por argumentos relacionados à não comprovação da veracidade dos fatos narrados pelo fiscal de trânsito responsável, como por exemplo, o sujeito infrator que é submetido ao exame toxicológico, mas devido ao intervalo de tempo, entre o horário da abordagem e a realização do exame em laboratório, o resultado deste mostrou-se alterado em razão do limite de tempo em que a substância permanece no corpo. De acordo com o tipo de exame oferecido pela equipe responsável pela constatação não é garantido a aferição correta, pois apenas exames mais aprofundados conseguem identificar substâncias utilizadas com maior espaço de tempo. Essa versão não é a única pela qual cabe dizer que o sistema de fiscalização quanto ao consumo de drogas é ineficaz, pois na maioria dos casos a autoridade responsável só consegue levantar a suspeita do uso de drogas após o acontecimento de acidentes, muitas vezes com vitimas fatais.

A melhor maneira de compreender esse processo é considerar que a implantação ou alteração dos métodos e mecanismos utilizados na captação de infratores deveria ser um procedimento operacional rotineiro obrigatório. Não se trata de falta de recursos, pois existem diversos estudos desenvolvidos sobre um mecanismo de aferição imediata que capta substâncias ilícitas pela saliva, entre outros. De acordo com Santos (SANTOS, 2015):

Atualmente a viabilidade da utilização, pelas agências fiscalizatórias do trânsito, de um aparelho capaz de constatar a presença de drogas, apelidado “drogômetro”, está em fase de testes pelo Centro de Pesquisas em Álcool e Drogas do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (CPAD). O funcionamento desse instrumento consiste na coleta de uma amostra de saliva para análise onde, em 5 minutos, se pode verificar se o usuário consumiu alguma droga. A exemplo do que ocorreu com o aparelho usado para a verificação da presença do álcool no organismo humano (etilômetro), o “salivômetro” (nome oficial do aparelho em testes) poderá trazer uma eficácia bastante significativa no sentido da redução dos acidentes de trânsito.

Julgo pertinente trazer á tona que a viabilidade das analises é fundamental para o desenvolvimento do sistema nacional de trânsito, não é certo o fato de que,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

a realidade do Brasil hoje são analises laboratoriais para constatação de drogas, executadas apenas após acidentes de trânsito, e ainda sim, em sua grande parte apenas quando o culpado encontra-se em situação de extrema alteração psicológica. "Faz-se necessário que os integrantes das diversas agências fiscalizatórias recebam treinamento qualificado, de modo a realizar um trabalho eficaz durante as blitze ou quando em atendimento a ocorrências de trânsito nas vias públicas." (SANTOS, 2015).

Conforme explicado acima o autor deixa claro que, o que importa, portanto, é a adoção de um método de aferição imediato eficaz que consiga sanar as necessidades da fiscalização de trânsito. Essa, porém, é uma tarefa que necessita de maior observação do governo e identificação de pessoas prejudicadas pela inobservância da lei na prática. Vê-se, pois, que a quantidade de condutores infratores é extremamente alta. É preciso ressaltar que a facilidade com que as pessoas conseguem burlar a lei pelo simples fato de terem o direito de recusar-se a produzir provas contra si mesmo, infelizmente, abre lacunas que além de evidenciar para todos a ineficácia da legislação, também prejudica aqueles que andam de acordo com as leis do país. Por fim, salienta-se que a necessidade de implantação instrumental beneficiando a fiscalização é fundamental para a segurança pública, cuja execução é objetivo maior do Estado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do sistema de trânsito brasileiro tendo como foco prncipal uma breve avaliação dos mecanismos utilizados pela fiscalização de trânsito atualmente. Essa, porém, é uma tarefa que exige conhecimentos aprofundados na área em discussão, vê-se, pois, que no decorrer da pesquisa foram expostas diversas vertentes do código de trânsito brasileiro, tanto na sua forma regulamentada em lei quanto em sua área prática na fiscalização, apreensão e julgamento daqueles que venham a infringir a lei.

De um modo geral, a fiscalização de trânsito e seus avanços tem se mostrado ineficazes quanto à aferição imediata de entorpecentes. Nesse sentido, é possível vislumbrar a ausência de um mecanismo que consiga aferir o uso de substâncias ilícitas na fiscalização atual, no entanto, tal mecanismo encontra-se como assunto principal do projeto de lei 317/2015 da câmara dos deputados que tem como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

objetivo inibir e punir o consumo de substâncias psicotrópicas e entorpecentes por condutor de veículo automotor.

Diante das pesquisas apresentadas, dos números de acidentes, indenizações por mortes, invalidez, lesões, os crescentes números de usuários de substâncias ilícitas e seus efeitos colaterais ficou evidente que o objetivo maior de demonstrar a falha na fiscalização de trânsito foram realmente alcançados.

Dada à importância do tema, torna-se necessário a conscientização sobre os perigos da condução combinada com o uso de psicotrópicos, assunto pouco abordado por órgãos responsáveis pela conscientização no trânsito. É evidente que a maior concentração de politicas de conscientização seja em prol da condução sob efeito do álcool. Espera-se, dessa forma que o consumo de substâncias psicotrópicas e entorpecentes por condutor de veículo automotor nas situações mencionadas ganhe maior atenção.

Nesse sentido, o projeto de lei citado anteriormente trás consigo redação que alcança a fiscalização de trânsito brasileiro na prática proporcionando a implantação de mecanismos de aferição imediata que consigam detectar o consumo de substâncias psicotrópicas e entorpecentes por condutores.

7. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE,. **Garantia de Não Auto-Incriminação Extensão e Limites**. 1ª. ed. Belo Horizonte: DEL REY LDA, v. 1, 2008. p.46.

BRASIL. Art. 5º e 6º da LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997. **código de trânsito brasileiro**, Brasilia, DF, 23 set 1997.

BRASIL. Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013. **código de trÂnsito brasileiro**, brasilia, DF, 23 jan 2013.

CANNELL, A. E. R. C. E. R.; GOLD,. **Reduzindo acidentes:** o papel da fiscalizac?ão de trânsito e do treinamento de motoristas. 1ª. ed. Washington: IDB, 2001. p.40.

DE BEM ,. **Direito Penal de Trânsito**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.72 .

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal- Parte Geral**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.173.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GRECO, R. **Curso de direito penal**. 18ª. ed. Niterói: Impetus, 2016. p.300.

KLASSEN, D.; WATKINS III, B. **fundamentos em toxicologia**. 2ª. ed. SÃO PAULO: AMGH, v. 1, 2012. p.413.

LEAL, H. **Diário da câmara dos deputados**. 141. ed. Brasília: [s.n.], 2017. p.397.

LEAL, H. **Lei seca – 10 anos:** A lei da vida. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Mauad, v. 1, 2018.

MARTORELL, G. **o desenvolvimento da criança do nascimento à adolescência**. 1ª. ed. Porto Alegre: AMGH, v. 1, 2014.

MPF. RECURSO ESPECIAL Nº 1720065/RJ. Relator: MINISTRO Sérgio Kukina DJ:19/04/2018. **Ministério Público Federal**, 2018. Disponivel em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/punicao-apenas-por-recusa-de-teste-do-bafometro-e-inconstitucional-defende-mpf>. Acesso em: 31 jan 2019.

OLIVEIRA, J. A. D. S. O. **Dolo Eventual Nos Crimes De Transito Praticados Por Autor Alcoolizado**. 1ª. ed. Joinville: Clube de Autores (managed), v. 1, 2015. p.18.

PECHANSKY, F.; DUARTE, D. C. A. V.; BONI, R. B. D. **Uso de bebidas alcoolicas e outras drogas nas rodovias brasileiras e outros estudos**. 1ª. ed. Porto Alegre: Digitalcom Comunicação & Design Ltda, v. 1, 2010. p.45.

REVISTA de saúde pública. **Faculdade de Higiene e Saúde Pública da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 41, n. 4ª, p. 1059, 29 set 2007. ISSN 41.

SANTOS, J. A. D. O CRIME DE DIRIGIR VEÍCULO SOB INFLUÊNCIA DE SUBSTÂNCIA PSICOATIVA E A OPERACIONALIDADE DO JUS PUNIENDI ESTATAL. **JurisWay**, 2010. Disponivel em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4529#_edn6>. Acesso em: 23 jan 2019.

SANTOS, J. A. D. A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE MACONHA PARA CONSUMO. **egov universidade federal de santa catarina**, out 2015. Disponivel em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_descriminalizacao_da_posse_de_maconha_para_consumo_pessoal_e_seus_reflex.pdf>. Acesso em: 23 jan 2019.

SANTOS, J. V. **trânsito em condições seguras**. 1ª. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, v. 1, 2009. p.86 .

SAÚDE, O. M. D. Word Health Organization. **WHO**, 2016. ISSN WHO / MSD / MSB16.01. Disponivel em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<https://www.who.int/substance_abuse/drug_use_road_safety/en/>. Acesso em: 22 jan 2019.

SILVA, K. S. D. **Direito Penal e os Crimes de Trânsito:** aplicabilidade do instituto do perdão judicial. Ribeirão Pires: Clube de autores, 2013. p.71.

SUÍÇOS desenvolvem 'salivômetro' para cocaína. **Veja**, São Paulo, fev 2016. Disponivel em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/suicos-desenvolvem-salivometro-para-cocaina/>. Acesso em: 31 jan 2019.

2 Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos; Orientador deste artigo de conclusão de curso;Wellington.gomes@catolica-to.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: SEU RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL E A MULTIPARENTALIDADE

ISABELA FARIA GONÇALVES: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil Campus Fernandópolis.

MARCIA KAZUME PEREIRA SATO

(Orientadora)

RESUMO: A estrutura da família brasileira tem se transformado nas últimas décadas, e o ordenamento jurídico pátrio, ao acompanhar tais mudanças, se viu compelido a ampliar o sentido jurídico do conceito de família, a fim de incluir sob a tutela estatal as novas formas de filiação. Desse modo, tem sido reconhecido o valor jurídico do afeto nas relações familiares, através do princípio da afetividade. O presente artigo tem o objetivo de demonstrar as peculiaridades da filiação socioafetiva e da multiparentalidade, abordando primeiramente um breve histórico da evolução do modelo patriarcal de família. Em seguida, será dado enfoque ao Provimento 63 editado pelo Conselho Nacional de Justiça, que admitiu a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade. Ao final, essa pesquisa demonstra os efeitos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade, principalmente em relação aos seus impactos no direito sucessório, expondo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais majoritários adotados atualmente, tendo em vista que o tema ainda carece de legislação regulamentadora.

Palavras-chave: Filiação socioafetiva; Multiparentalidade; princípio da afetividade.

ABSTRACT: The structure of the Brazilian family has been transformed in the last decades, and the juridical legal order, accompanying such changes, was compelled to extend the juridical meaning of the concept of family, in order to include under the state tutelage the new forms of membership. In this way, the legal value of affection in family relationships has been recognized through the principle of affectivity. This article aims to demonstrate the peculiarities of socio - affective affiliation and multiparentality, first approaching a brief history of the evolution of the patriarchal concept of family. Next, a decision will be given to the Provision 63 issued by the National Council of Justice, which admitted the possibility of extrajudicial recognition of multiparentality. In the end, this research demonstrates

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

the effects of the recognition of multiparentality, mainly in relation to its impacts on the succession law, exposing the doctrinal understandings and jurisprudential majority adopted today, considering that the subject still lacks regulatory legislation.

Keywords: Socio-affective affiliation; Multiparentality; principle of affectivity.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO 2. DA FAMÍLIA 2.1 As transformações no modelo de família 3.DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA 3.1 Do princípio da afetividade 3.2 Conceito de filiação socioafetiva 3.3 Posse de estado de filho 4.MULTIPARENTALIDADE 4.1 Provimento 63 do CNJ: reconhecimento extrajudicial 4.2 Efeitos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade 5.CONSIDERAÇÕES FINAIS 6.REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o escopo analisar o instituto da filiação socioafetiva. Primeiramente, será feito breve histórico a respeito das transformações no conceito de família, até o presente momento, em que a filiação socioafetiva se demonstra como um avanço e solução para incontáveis entidades familiares que se enquadram neste cenário, sendo demonstrado ainda que não se trata de uma questão de escolha entre prevalecer a família biológica ou afetiva, mas sim de os dois conceitos coexistirem, surgindo a multiparentalidade.

Em seguida, salienta que, apesar de a legislação não ter consagrado tal instituto, a doutrina e a jurisprudência, notadamente com base no princípio da afetividade, vem buscando conceituar e fixar os pressupostos para caracterização da filiação sociofetiva.

Além disso, destaca-se o Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça, que possibilitou o reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva e consequentemente da multiparentalidade.

Por fim, o trabalho faz reflexões acerca das consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade, visto que surgem diversos questionamentos no âmbito patrimonial, bem como no âmbito sucessório.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.DA FAMÍLIA

2.1 As transformações no modelo de família

A família é base de nossa sociedade e, como tal, representa uma construção de regras e valores culturais, sociais e jurídicos. Ela se funda em uma comunhão de vida entre as pessoas, de uma forma pública, contínua e duradoura.

O ser humano, desde os primórdios de sua existência, sempre teve a necessidade de viver em conjunto, em comunidade. É a partir dessa necessidade de uma companhia que a família surgiu.

Temos vivenciado muitas mudanças na esfera familiar desde que se rompeu de forma definitiva a família patriarcal, a qual era fundada na figura paterna e girava em torno de suas vontades. Ao longo do tempo a família passou por diversas transformações sociais, as quais fizeram com que houvesse transformações em nossa legislação para que a mesma se adequasse com a sociedade.

É notável a grande diferença da concepção de família atual daquela do início do século XX, em que só era aceita como família aquela que fosse constituída pelo matrimônio. Em decorrência disso, só eram considerados filhos aqueles havidos pelo casamento, fazendo com que qualquer outro que fosse havido fora da relação matrimonial não tivesse sua filiação estabelecida ou fosse considerado como filho ilegítimo.

Entretanto, frente a transformações tecnológicas, econômicas e sociais, surgiram também novos obstáculos a serem enfrentados, tornando complexa a convivência harmônica no âmbito familiar, diante de situações antes desconhecidas. Com isso, surgiram cada vez mais situações envolvendo principalmente crianças e adolescentes que, afastados dos seus pais no plano biológico ou jurídico, passaram a se relacionar no campo afetivo com pessoas outras que assumiram faticamente a posição de pai e mãe.

A família passou por muita discriminação e vale dizer que ainda passa. Antes da Constituição Federal de 1988, algumas entidades familiares não eram reconhecidas e não possuíam respaldo legal. Com a promulgação da mesma, tivemos uma adaptação das normas e o reconhecimento de novos grupos familiares e da importância do afeto na família.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Juntamente com esse reconhecimento também foram revogadas disposições que tratavam os membros da família de maneira desigual, como a condição entre filhos. É o que dispõe o artigo 22, § 6º, da Constituição Federal: "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".

As mudanças no conceito de família decorreram da evolução do ser humano, tanto histórica quanto científica, a qual também modificou a sociedade e sua forma de encarar algumas relações familiares.

Uma das maiores mudanças foi revogar qualquer dispositivo que tratasse de forma diferente os filhos não havidos na concepção do matrimonio, fazendo com que não houvesse distinção entre eles e que ainda tivessem os mesmos direitos e deveres.

A Constituição de 1988 trouxe a igualdade entre o homem e a mulher e de todos os membros de uma família, deixando clara a necessidade e a importância de ser reconhecer suas outras formas, além daquela que era taxada, como a união estável, a família monoparental, a igualdade entre os filhos havidos na constância do matrimonio, os havidos fora desta, os adotivos, a família homo afetiva e também a socioafetiva.

Além da igualdade, nossa Constituição trouxe também inúmeros direitos e deveres para a família. Em seu artigo 226, dispõe que a família possui especial proteção do Estado e que a mesma é considerada a base da sociedade; em seu artigo 227, §6º, traz a igualdade de direitos e o fim da discriminação relativa à filiação, dispondo que não importa se o filho foi concebido em matrimônio, fora dele ou se é adotivo, terá esse os mesmos direitos que os outros.

Destarte, a doutrina e jurisprudência majoritária entendem que o rol do art. 226, CF não é taxativo, e sim meramente exemplificativo, ou seja, não se limitam as hipóteses previstas em tal dispositivo. Desse modo, admite-se novas modalidades, criadas pela dinâmica das relações sociais, às quais têm reconhecido direitos e garantias, principalmente em relação a alimentos e direitos sucessórios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Corroborando com o posicionamento descrito acima, Giselda Hinoraka explica:

> Não há rol taxativo pelo qual seja possível designar todas as estruturas familiares (...) temos observado que a nossa legislação tem se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, embora o não reconhecimento legal.

Dessa forma, o conceito de família se estendeu, mostrando que não se trata apenas de uma relação entre pais e filhos, mas também entre companheiros e conviventes, pessoas ligadas por vínculos além do biológico, como a afinidade e o afeto. Assim dispõe Maria Berenice Dias:

> A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função - lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, como um LAR: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, Maria Berenice, 2016, p. 47).

Assim, a ideia de família trazida por nossa Constituição é de que é um núcleo de pessoas formado por laços consanguíneos ou afetivos através do casamento ou da união estável, em que seus integrantes encontram apoio uns nos outros, se protegem e possuem uma relação de amor, fraternidade e carinho.

Acerca do tema, relevante entendimento de Jédison Daltrozo Maidana:

> "(...) pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter. Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento".

Com a chegada da Constituição de 1988 e os direitos fundamentais trazidos por esta, surgiu a necessidade da readequação de nossa legislação civil. No ano de 2003 entrou em vigor nosso Código Civil de 2002, totalmente readaptado e em conformidade com a Constituição e com as mudanças da sociedade.

Algumas delas no tocante à família foram consideráveis. Logo em seu primeiro dispositivo, no capítulo referente à filiação, traz a igualdade entre os filhos, abolindo qualquer discriminação que possa existir. Essa proibição de discriminação entre os filhos foi bastante adequada, já que por muito tempo se mostrava o termo "ilegítimo" para aqueles filhos não concebidos na relação matrimonial, o que causava situações constrangedoras aos intitulados como ilegítimos. Tivemos também a substituição da expressão "legitimidade", qual era usada pelo antigo Código, por "paternidade", colocando fim as antigas categorias de filhos.

O artigo 1.597 do Código Civil originou a presunção da paternidade, elencando em seus incisos os casos que se enquadram nesta situação. É a partir de seu inciso V, o qual prevê a modalidade de reconhecer como filho, independente do vínculo genético, desde que tenha autorizado a reprodução heteróloga, que temos uma espécie de filiação que independe de vínculo biológico e se estrutura no afeto, a filiação socioafetiva.

3. DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

3.1 Do princípio da afetividade

O Princípio da afetividade não foi consagrado expressamente na Constituição Cidadã de 1988, entretanto, ao assegurar inúmeras direitos e garantias individuais e sociais, está contido de forma subentendida no texto constitucional, conforme elucida Cristiano Chaves de Farias:

> A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

Em que pese o Código Civil não estabelecer dispositivos apenas acerca do afeto, este instituto é mencionado no Artigo 1.584, §5º:

> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
>
> §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.
>
> Entende-se que o afeto é de suma importância para a relação familiar, pois é um dos requisitos para que a pessoa fique com a guarda da criança.

Apesar do Princípio da Afetividade não se encontrar positivado nas legislações pátrias, na jurisprudência vem sendo aplicado nos casos concretos pelos Tribunais. A título de exemplo, o Superior Tribunal no julgamento do REsp nº1.525.454/RJ, empregou o seguinte argumento: "...O que deve balizar o conceito de "família" é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico."

O jurista João Baptista Villela escreveu em 1979 um artigo sobre a desbiologização da paternidade, abordando a afetividade como principal fator para estabelecimento da paternidade. Merece destaque, *in verbis*:

> "a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade"

Conclui-se que, quando não houver afeto, não haverá paternidade, haverá apenas um genitor.

3.2 Conceito de filiação socioafetiva

A paternidade e a filiação socioafetiva, as quais constituem uma convivência familiar independente de vínculo biológico, tiveram um grande avanço em nosso país. Sua denominação agrupa duas realidades, sendo a primeira a integração da pessoa no grupo social familiar e, a segunda, a relação afetiva formada entre aquele que assume o papel de pai – ou mãe – e aquele que assume o papel de filho. Cada uma dessas realidades, se separadas, permaneceria sem nenhuma relevância no mundo jurídico, porém o agrupamento delas se destacou em nosso ordenamento. Essa migração só foi possível devido a mudança substancial do direito brasileiro com o ingresso da Constituição de 1988, a qual traçou as linhas fundamentais para o Código Civil de 2002.

Paternidade socioafetiva é o vínculo que une pai e filho por meio do afeto. É um direito-dever que se constrói na relação entre ambos e que assume o encargo de cumprir com os direitos fundamentais para a formação do indivíduo intitulado como filho. Quem assume esse direito-dever é chamado de pai (ou mãe), mesmo que não seja o genitor.

O artigo 227 de nossa Constituição Federal exemplifica bem a questão dos direitos fundamentais da pessoa em formação, dispondo o seguinte:

> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Ressalta-se que esse complexo de direitos e deveres deve ser mutuamente considerado, pois o pai é o titular do estado de paternidade bem como o filho é o titular do estado de filiação em relação àquele.

A relação socioafetiva se revela no decorrer da convivência. É somente por meio desta que se consegue estabelecer os outros aspectos necessários para considerar a existência de um vínculo afetivo entre as partes. Podemos dizer que é uma conquista cotidiana, em que pouco a pouco vai se criando o amor e o carinho um para com o outro.

Nem sempre existe uma vontade recíproca entre as partes logo de cara. Muitas vezes, o desejo de ser pai é que vai construindo aos poucos na outra parte o desejo de também ser filho, ou vice versa. Isso normalmente ocorre devido à questão biológica, pois na maior parte dos casos socioafetivos existe a figura biológica, seja ela paterna ou materna, que de certa forma acaba deixando a criança (ou adolescente) confuso sobre seus sentimentos, sobre quem são realmente seus pais.

A questão é que a paternidade socioafetiva ultrapassa esse vínculo biológico, chegando a ser algo maior e mais importante do que este. Afinal, de nada adianta ter o mesmo DNA se não existe se quer o sentimento de amor, que é o elemento base para se construir uma relação.

Mesmo sem expressa previsão legal, a filiação socioafetiva teve sua existência reconhecida pela doutrina. O artigo 1.593 do Código Civil dispõe que "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Houve então a interpretação do termo "outra origem" e foi através desta que a filiação socioafetiva se baseou, aceitando-se então a posse de estado de filho. Assim dispõe Julie Cristine Delinski, citada por Maria Berenice Dias:

> A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. (DIAS, Maria Berenice, 2016, p. 678).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.3 Posse de estado de filho

Como visto, a noção de posse de estado de filho não é expressa em nossa legislação, devendo ser esta interpretada pela doutrina e jurisprudência. Para tanto, são trazidos pela doutrina três aspectos para o reconhecimento da posse do estado de filho: tractatus, nominatio e reputatio.

A primeira expressão se refere ao tratamento do filho pelos pais, como ele é criado, sua manutenção social, econômica, psicológica e moral, a educação que lhe é dada e como ele é apresentado como "filho" pelos pais perante a sociedade. É necessário que, neste referido aspecto, os pais tenham contribuído para a formação do filho como "ser humano". Sem dúvida, este é o aspecto de maior valor.

Na segunda expressão, temos a referência ao nome de família, ou melhor, à utilização deste pelo suposto filho, mas que não é algo considerado de extrema necessidade. Quanto à terceira, esta se refere à opinião pública, como é evidenciada a relação de pai e filho ante a sociedade, ou seja, é a exteriorização da filiação socioafetiva.

Ressalta-se ainda o Enunciado 256 da Jornada de Direito Civil: "Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o ato do nascimento, mas sim em um ato de vontade recíproca das partes, em que há uma construção do vínculo paterno-filial baseado na afetividade.

Não mais se fala em legitimidade, mas sim na posse de estado de filho, a qual já deve ser considerada uma máxima prova da filiação, afinal, a mesma se constitui no cotidiano, no convívio entre o "suposto pai" e o "suposto filho", no reconhecimento contínuo e perseverante que só consegue se construir na base do afeto.

Importante ressaltar que por mais que existam esses aspectos elencados pela doutrina, os mesmos não constituem uma regra, sendo totalmente possível o reconhecimento da posse de estado de filho quando não preenchidos.

Entretanto, quando demonstrados os requisitos, a posse do estado de filho é acolhida com mais facilidade. Para tal comprovação, pode-se dispor de elementos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

de todos os meios legais como documentos, testemunhas, depoimentos pessoais, entre outros. O importante é não deixar dúvidas quanto ao vínculo afetivo existente, ficando demonstrada a existência de um vínculo de amor e afeto pelas partes.

Destaca-se que o estado de filho é algo irrenunciável, imprescritível, e uma vez declarado gera suas consequências e seus efeitos jurídicos.

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes, segundo enunciado do IBDFAM. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos. (DIAS, Maria Berenice, 2016, p. 680).

O Enunciado 519 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe o seguinte: "reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais".

Sem prejuízo do convívio entre os possíveis genitores e os pretensos filhos, deve ser demonstrado, de modo incontroverso, que as partes dessa relação tem o desejo de exercerem seus papeis que lhes é dado em uma família, assim como o tratamento, bem como o nome e os fatores caracterizadores da posse do estado de filho.

Portanto, a posse de estado de filho representa a essência da verdadeira filiação, que se sustenta no desejo de se estabelecer uma relação entre as partes. Por ela não são designados vínculos parentais com o nascimento do indivíduo, mas sim na vontade de ser pai ou de ser mãe, que se sedimenta no campo da afetividade.

4. MULTIPARENTALIDADE

Quando há o casamento ou união estável entre duas pessoas, normalmente existem filhos envolvidos, de relações anteriores — seja em decorrência de viuvez,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

separações, divórcios, dissoluções de uniões estáveis ou do pai e mãe solteiros que criam sozinhos seus filhos Por conseguinte, no momento em que é desvinculada a função parental do genitor biológico, sendo a paternidade e a maternidade atividades realizadas em prol do desenvolvimento dos filhos menores, a realidade social brasileira tem mostrado que essas funções podem ser exercidas por "mais de um pai" ou "mais de uma mãe" simultaneamente, sobretudo, no que toca à dinâmica e ao funcionamento das relações interpessoais travadas em núcleos familiares recompostos, pois é inevitável a participação do pai/mãe afim nas tarefas inerentes ao poder parental, pois ele convive diariamente com a criança; participa dos conflitos familiares, dos momentos de alegria e de comemoração. Também simboliza a autoridade que, geralmente, é compartilhada com o genitor biológico. Por ser integrante da família, sua opinião é relevante, pois a família é funcionalizada à promoção da dignidade de seus membros. Manifestou-se, a partir disso, a necessidade da coexistência entre as paternidades biológica e afetiva.

Conceitua-se a multiparentalidade como a possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e/ou do genitor afetivo de invocarem os princípios da dignidade humana e da afetividade para ver garantida a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais, na concepção de Karina Azevedo Simões de Abreu.

A multiparentalidade existe independente de regularização normativa, posto que surge a partir das relações afetivas criadas nos ambientes familiares e por esse motivo é necessário que haja uma maior flexibilização do ordenamento jurídico para dirimir seus conflitos.

A multiparentalidade não busca tão somente o reconhecimento da inclusão do sobrenome do pretenso pai ou mãe, mas também a possibilidade da adição do nome do deste no registro de nascimento da criança, sem a exclusão do nome do pai ou da mãe biológico.

Insta esclarecer que a paternidade socioafetiva não exclui necessariamente a biológica, e uma não deve prevalecer sobre a outra. A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça entende que, em havendo conflito entre os dois institutos, prevalecerá a preservação do interesse do menor, sendo preferível o reconhecimento da multiparentalidade, visto que garante estabilização das relações

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

familiares, preservando direitos individuais e o melhor interesse da criança. A respeito disso, o STJ decidiu:

> (...)1.A paternidade há de ser reconhecida não como um fato da natureza, cuja origem se radica em oura base biológica, mas um fato cultural, que se assenta na circunstância de amar e servir, fundada no exercício da liberdade e autodeterminação. 2. Aquele que assume com todo o carinho, amor e dedicação, a criação de uma pessoa desde seu nascimento, numa convivência diária, outra denominação e reconhecimento não se pode dar, que não a do pai verdadeiro. 3. Existência de mutuo afeto, em relação já constituída com o pai registral, havendo reconhecimento da figura paterna pelo infante, não obstante sua tenra idade. 4. Relação de socioafetividade presente, que não pode ser desconsiderada com fundamento na inexistência de vinculo biológico ou em razão do arrependimento do pai biológico em não ter assumido o filho oportunamente. (STJ – 1663298 MG 2017/0066839-7, Rel Min. Marco Buzzi)

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário 898060, estabelecendo que não há prevalência entre as formas de vínculos parentais, entendendo a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades. A tese fixada dispõe: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

4.1 Provimento 63 do CNJ: reconhecimento extrajudicial

Não obstante a paternidade socioafetiva estar consolidada no direito civil brasileiro há mais de duas décadas, ateriormente ao surgimento do Provimento 63 do CNJ, a via extrajudicial não era uma alternativa permitida. Para que houvesse reconhecimento de uma relação sociafetiva, somente era possível utilizar-se do Poder Judiciário através de uma demanda judicial para viabilizar o registro do vínculo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Marcia Fidelis Lima, "uma vez verificada a filiação socioafetiva, construída no decorrer do tempo de convívio, todos os procedimentos, prerrogativas, facilitadores, direitos, obrigações e efeitos, comparados com a paternidade/maternidade biológica, devem ser análogos".

O Provimento 63, dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva. Além disso, Através do Provimento 63, foi regulamentado o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetivas extrajudicialmente. Ademais, o procedimento previsto no Provimento possibilitou padronização do instituto em todo território nacional.

Interessante consignar que, conforme prevê o art. 10 §1º do Provimento, 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.

Já no art. 10, §2º, estão fixados os legitimados a requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filhos os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil. Em seguida, o §3º estipula que não poderão reconhecer tal instituto os irmãos entre si nem os ascendentes. Finalmente, o §4º impõe que o pretenso pai ou a mãe será pelo menos 16anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

O reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva poderá será feitodiante do oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, sendo obrigatória 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.

Caso o filho seja maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

Em havendo suspeita de fraude, falsidade, má fé, vicio de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Necessário esclarecer que o controle jurisdicional não será excluído, visto que caso o registrador possuir dúvida acerca da veracidade dos vínculos de socioafetividade, deverá solicitar a intervenção do Poder Judiciário. O Provimento do CNJ proporcionou segurança jurídica tanto a sociedade brasileira, bem como ao Direito de Família nacional.

Na acepção de Bernardes:

> "Acreditamos, por certo, que este instituto jurídico familiar identificado como paternidade socioafetiva, mesmo ainda não respaldado com solidez pela legislação civil em voga, mas que já vem sendo admitido pelos Tribunais do país, enquadrado como um fato e integrado ao sistema de direto, concretizará como a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, onde seguirão como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição, tendo um significado mais profundo do que a verdade biológica"

Esclarece-se que o reconhecimento da paternidade socioafetiva extrajudicial deve preencher os pressupostos acima citados, haja vista que sem eles, poderá ocorrer fraudes, sequestros, comércio de crianças, entre outros crimes.

4.2 Efeitos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade

Como já discorrido ao longo de todo o trabalho, a multiparentalidade ainda não encontra parâmetro legal expresso no ordenamento jurídico brasileiro, e obviamente, seus efeitos e consequências no caso concreto também carecem de regulamentação. A vista disso, a doutrina e a jurisprudência vem buscando levantar soluções às dúvidas que surgem quanto a esse aspecto, que serão aqui analisadas.

Após reconhecida a multiparentalidade, o nome do filho, sem qualquer impedimento legal, pode ser composto pelo prenome e o apelido de família de todos os genitores. Pelo art. 54 da Lei de Registros Públicos, são estabelecidas motivos de recusa em relação ao assento de nascimento, e inexiste impedimento quanto ao tema em questão. Diante disso, a doutrina majoritária defende a alteração do nome em decorrência da multiparentalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Indiscutivelmente, assim que o instituto da paternidade socioafetiva é reconhecida, seja judicial ou extrajudicialmente, dando surgimento a multiparentalidade, estabelece-se o vínculo entre o genitor ou genitora e filho, estendendo seus efeitos por todas as linhas de parentesco. Outrossim, desenvolve-se a vinculação do filho afetivo com toda a família do genitor ou genitora afetiva, tanto em relação ao parentesco colateral, quanto em relação ao parentesco em linha reta. Como resultado, são estendidos todos os direitos e deveres e impedimentos existentes entre os familiares. A título do exemplo, será aplicado ao filho socioafetivo em relação ao seu pai ou mãe afetiva o impedimento constante do art. 1.521, Código Civil, em que estipula em seu inciso I a vedação do casamento entre os ascendentes com os decendentes, seja o parentesco natural ou civil.

Pelo artigo 1.694 do Código Civil, foi assentada a regra de que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Percebe-se que este preceito também será aplicável no caso de multiparentalidade, sendo permitido exigir alimentos de toda a família socioafetiva, como avós, irmãos, tios, etc. Da mesma forma que a família afetiva também pode pleitear alimentos para o filho afetivo.

Frisa-se um trecho do julgado do Tribunal de Justiça da Bahia, a respeito do tema:

> "(...) Resta evidente, portanto, que o arcabouço normativo pátrio, de índole constitucional, não admite qualquer discriminação entre as espécies de parentesco e filiação, tampouco veda a coexistência de relações de idêntica natureza, a exemplo da paternidade, por não estabelecer qualquer tipo de hierarquia entre elas. É dizer, diante de determinada situação concreta, na qual exista um vínculo de natureza afetiva, em que os indivíduos se reconheçam como pai e filha, fato comprovado pela longa, profícua e pública convivência entre eles (fls. 33/59), não há impedimento legal à concretização desse estado de filiação. Tampouco se impõe, nesse caso, a substituição da paternidade biológica pela afetiva, ou vice-versa, notadamente quando, como na espécie, a vontade dos requerentes é uniforme, e direciona-se ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> reconhecimento da multiparentalidade. (...) A situação descrita nestes autos amolda-se, com perfeição, à hipótese de pluriparentalidade reconhecida pela doutrina e jurisprudência mais abalizadas, sendo certo que a primeira recorrente, registrada como filha de seu pai biológico, sempre o reconheceu como tal, mas, após o novo casamento de sua genitora, com o segundo autor, passou a vê-lo, também, com pai, situação compartilhada por todos aqueles com os quais conviveram, ao longo de vários anos. (...) Diante do exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso, para reformar a decisão recorrida, preservando a relação de parentesco havida entre a primeira recorrente, seu pai biológico e avós paternos, bem como para manter a averbação no registro civil determinada na origem, com relação ao parentesco socioafetivo, com o acréscimo do respectivo patronímico (Bastos), sem qualquer exclusão de sobrenomes."

Ora, indubitavelmente, com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, além de ser também reconhecido o direito ao afeto, mister se faz assegurar à criança todos os direitos que a permitam desenvolver-se de forma plena e adequada, como o direito à educação, saúde, segurança, alimentação, lazer entre tantos outros

Neste sentido, com fundamento na assistência e solidariedade econômica existente entre os membros da família, os parentes possuem o dever de prestar alimentos. Sobre essa obrigação, sempre deverá ser verificado o binômio necessidade-possibilidade, em que se analisa as necessidades de quem pleiteia e as possibilidades daquele que deve prover.

No que diz respeito à guarda, a fixação deve sempre resguardar o seu melhor interesse, ou seja, deve-se buscar quem possui uma maior afinidade com o menor e boas condições para criá-lo. Pode ser compartilhada ou unilateral. Nos casos em que a guarda compartilhada é concedida, deve haver harmonia no relacionamento dos pais para garantir o crescimento saudável da criança, caso contrário, deve-se determinar a guarda unilateral para aquele que apresentar maior aptidão em desempenhá-la, nos moldes supracitados de afetividade, confiança e condições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Em relação ao direito de visitas, este deve ser aplicado da mesma forma que ocorre nos casos de biparentalidade,101 respeitando sempre o melhor interesse da criança, uma vez que todos os pais têm direito à visita, sem distinção entre biológicos e afetivos, como preceitua o artigo 1.589 do Código Civil quando diz que "o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação"

Considerando-se a tese fixada pelo STF a respeito da filiação socioafetiva, já citada neste trabalho, constata-se que tal entendimento sobre a multiparentalidade gera efeitos e garante direito à sucessão, porquanto declara, expressamente, que a filiação socioafetiva concomitante com a filiação biológica, produz consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

Com base nisso, quando morre um indivíduo, surge aos seus herdeiros o direito de suceder o falecido em relação aos seus direitos e obrigações.

Está previsto no art. 1.829, Código Civil, a ordem de preferência e vocação gereditária, sendo estipulados as linhas sucessórias entre os genitores, filhos e demais parentes. Neste cenário, caso ocorra a morte de um genitor ou genitora socioafetiva na família multiparental, o filho, seja ele socioafetivo ou biológico, herdará seu quinhão em concorrência com os demais herdeiros, visto que não existe distinção nem hierarquia entre os "tipos" de filho. Entretanto caso ocorra a morte do filho e este filho não possuir descendentes e nem cônjuge, os pais/genitores serão os herdeiros e, neste caso, teremos um impasse, pois não há previsão legal de como será dividido os bens deste filho entre os ascendentes multiparentais. Na hipótese, teríamos como herdeiros, três pessoas e nossa legislação previu apenas a sucessão dos ascendentes entre um vínculo paterno e um vínculo materno, como se observa do artigo 1.836, § 2º, do Código Civil.

Sobre esse impasse, Luiz Paulo Vieira Carvalho esclarece:

> Sob outra perspectiva, ainda a nível doutrinário, se extrai a seguinte interpretação teleológica: se por ocasião da edição do CC/16 e do CC/2002, ainda não era crível a admissão da hipótese da multiparentalidade biológica e socioafetiva, justifica-se a não regulamentação legal do novo horizonte sucessório em termos quantitativos mais equânimes;[29] assim, como o legislador infraconstitucional se refere que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> divisão hereditária na linha ascendente será feita por linhas (metade da herança destinada a favor da linha paterna e a outra metade a favor da linha materna), ao apresentar-se em concreto a hipótese em tela, impõe-se que a igualdade pretendida da mens legislatoris quanto aos quinhões dos sucessíveis seja calculada e atribuída de acordo com o número de efetivos beneficiados.

Finalmente, Maria Berenice Dias entende que reconhecida a multiparentalidade, com o consequente registro em nome de mais de dois pais, o filho integra a ordem de vocação hereditária de todos os seus genitores. Não há impedimento para que o filho obtenha a herança de mais de dois genitores, sendo necessário a justiça reconhecer que existe a posse do estado de filho nos dois casos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família não mais se prende ao modelo patriarcal, tendo em vista que diante da dinâmica social, há inúmeras entidades familiares não expressas na Constituição Federal, e, embora não positivadas expressamente, não podem ser desconsideradas, merecendo o devido amparo e tutela estatal.

O Princípio da afetividade atualmente é a base do relacionamento familiar, porque o elemento da consanguinidade deixou de ser fundamentação para a constituição da família. Os laços desenvolvido pelo afeto devem ser valorizados assim como os laços consanguíneos, ocasionando consequentemente direitos e deveres jurídicos análogos. Assim como a filiação biológica, a filiação socioafetiva também encontra guarida na Constituição Federal de 1988.

Resta claro que ainda é grande a divergência de entendimentos sobre o terma paternidade biológica e afetiva, dando margem para amplos debates quanto ao assunto, tendo em vista que as lacunas existentes na legislação sucessória são barreiras a serem superadas, para que a segurança de todo o ordenamento jurídica seja preservada, porém, trata-se a multiparentalidade como alternativa de tutela jurídica para um fenômeno já existente em nossa sociedade, que é fruto, precipuamente, da liberdade de (des)constituição familiar e da consequente formação de famílias reconstituídas.

6. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

ABREU, Karina Azevedo Simões de, "**Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento".** Disponível em: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceitoeconsequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento >.

BERNARDES**,** Marcelo Di Rezende. **Pai biológico ou afetivo? Eis a questão**. Disponível em < http://www.tex.pro.br/home/artigos/100-artigos-jul-2005/5282-pai-biologico-ou-pai-afetivo-eisaques>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Carvalho, Luiz Paulo Vieira**. Multiparentalidade e herança: alguns apontamentos. 2017**. Disponível em: http://ggsa.com.br/wordpress/2017/04/26/multiparentalidade-e-heranca-alguns-apontamentos/

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª edição, ver., atual e ampl. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, p.15, 2004.

LIMA, Márcia Fidelis. **O registro civil da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade**. Revista IBDFAM, Belo Horizonte, v. 25, p. 41-42, jan./fev. 2018

PIOLI, Roberta Raphaelli. **É possível ter dois pais ou duas mães no registro civil**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jan-18/roberta-pioli-possivel-dois-pais-ou-duas-maes-registro-civil

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Multiparentalidade e a nova decisão do STF sobre a prevalência da verdade socioafetiva sobre a verdade biológica na filiação**. Disponível em: https://www.ibijus.com/blog/12-multiparentalidade-e-a-nova-

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decisao-do-stf-sobrea-prevalencia-da-verdade-socioafetiva-sobre-a-verdade-biologica-na-filiacao

TARTUCE, Flávio, "**Breves e iniciais reflexões sobre o julgamento do STF sobre a parentalidade socioafetiva".** Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/387075289/breveseiniciais-reflexoes-sobreojulgamento-do-stf-sobre-parentalidade-socioafetiva

TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade.** Migalhas, 29 mar. 2017.

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **Apelação n° 0513463-46.2014.8.05.0001**, Rel. Des. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, Salvador, 01 set. 2015

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** 3. ed. v.7. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ALIENAÇÃO PARENTAL

GABRIEL CARLOS SILVA:
bacharelando Direito Universidade Brasil - Campus Fernandópolis

PEDRO MANOEL CALADO DE MORAES

(Orientador)

RESUMO: Com base em estudos percebe-se que o tema alienação parental, é um tema pouco falado, mas de grande relevância, por se tratar de um assunto que vai além de um assunto polemico e atual é algo que refle um problema sócio, psíquico, que nos piores casos podem-se causar até a morte da vítima alienada. Constitui decorrentes da separação, na maioria das vezes restam um valor emocional para ambas as partes, mágoa, rancor, desilusão com o casamento e uma vontade consciente ou não, de se vingar um do outro pelo sofrimento causado, assim usam de seus filhos uma forma de atingir o genitor. Para detectar a Síndrome da Alienação Parental, o Poder Judiciário procura informações, e também envolve exames psicológicos perícias entre outros. As punições para o alienador estão previstas na Lei nº 12.318/2010. Prevê muitas medidas de proteção a quaisquer condutas que dificultem a convivência da criança ou adolescente com o genitor.

Palavra-chave: Síndrome da Alienação Parental, Alienado, Alienador.

ABSTRACT: Based on studies it is clear that the theme of parental alienation is a subject little spoken, but of great importance, because it is an issue that goes beyond a controversial subject and present is something that refle a partner problem, psychic, that in the worst cases can be cause to the death of alienated victim. It is resulting from the separation, most often remain an emotional value for both parties, hurt, bitterness, disillusionment with marriage and a conscious or not will to take revenge from each other for the suffering caused, so use your children a way reaching the parent. To detect the Parental Alienation Syndrome, the Judiciary demand information, and also involves psychological skills tests among others. Punishments for alienating are provided by Law No. 12,318 / 2010. It provides many protective measures to any conduct that obstructs the coexistence of the child or adolescent with the parent.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Keyword: Parental Alienation Syndrome, Alienated, Alienating.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.1 Origem. 1.2 Definição. 2.Síndrome da alienação parental na disputa da guarda. 2.1 Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10). 2.2 A identificação da Síndrome da Alienação Parental e suas comparações. 3. O alienador e o alienado. 3.1 O comportamento da vítima. 3.2 Meios de provas da alienação parental. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. ANEXO A.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem como objeto a Síndrome da Alienação Parental aos olhos da sociedade. É um tema pouco estudado, mas muito comum hoje em dia.

Está muito frequente nas separações judiciais, regulamentação de visitas, guarda da criança ou adolescente, pensão alimentícia, entre outros.

A alienação consiste em que um genitor (alienador), manipule a criança (alienado), a se afastar do outro genitor (vítima da alienação), fazendo com que se crie um vínculo maior entre o alienador e o alienado. O filho é utilizado como instrumento para de agressão para o genitor alienador, que tem seu objetivo de sigo impor falsas verdades na mente de seu filho para que este sinta rancor, raiva, desprezo do outro genitor alienado.

Este problema surge com mais facilidade na disputa de guarda. O alienador, na maioria das vezes, é aquele que detém a guarda da criança, e quase sempre são as mães. Ela monitora os sentimentos e o tempo da criança, e desencadeia uma maneira de destruir e desmoralizar o ex-cônjuge.

Serão expostos os efeitos que a síndrome provoca na criança e como identifica-los, o quão é um tema comum entre nós, muitas das vezes acontecem diante aos nossos olhos e mesmo assim não percebemos as maneiras e fases da alienação parental, características e comportamento do alienado, alienador e da criança envolvida, punições para quem comete a infração, soluções para este

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

problema para ambas as partes, a atuação de profissionais nessa conta com assistentes sociais, médicos, psicólogos.

A lei 12.318 de 2010 vem proteger a criança juntamente com a Constituição Federal, Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente ECA, está lei assegura a criança contra a alienação parental na qual considera a interferência abusiva do genitor ou de um terceiro que venha causar prejuízo a criança com sua manutenção de vínculo entre eles.

1. A síndrome da alienação parental aos olhos da sociedade

1.1 Origem

De acordo com pesquisas e estudos do psiquiatra infantil norte-americano Richard A. Gardner, que observando em seus pacientes filhos de pais que se encontravam em fase de separação, divórcio, algumas atitudes, fez com que ele começasse um estudo o qual chamou de síndrome de alienação parental e outros chamam de implantação de falsas memórias.

1.2 Definição

Decorrentes da separação, na maioria das vezes resta no casal um valor emocional para ambas as partes, representado por, mágoa, rancor, desilusão com o casamento e uma vontade consciente ou não, de se vingar um do outro pelo sofrimento causado, assim usam de seus filhos uma forma de atingir o outro genitor.

O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro, a mãe ou pai monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele, afetando de uma forma abusiva a vida do filho, podendo trazer consequências e malefícios tanto em relação ao cônjuge alienado como para o próprio alienador, mas seus efeitos mais dramáticos recaem sobre os filhos.

Os efeitos que a síndrome trás sobre a criança alienada pode se dizer que varia de acordo a idade, com suas características e personalidade e podem aparecer na criança sob forma de ansiedade, medo e insegurança, isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, falta de organização, dificuldades escolares,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

baixa tolerância á frustração, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e as drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas.

2. Síndrome da Alienação Parental na Disputa de Guarda

A Alienação Parental surge com mais facilidade na disputa de guarda. O alienador, na maioria das vezes, é aquele que detém a guarda da criança, e quase sempre são as mães. Ela monitora os sentimentos e o tempo da criança, e desencadeia uma maneira de destruir e desmoralizar o ex-cônjuge.

Basicamente, é uma "lavagem cerebral" na criança, implantando falsas memórias na cabeça dela contra o outro genitor, na tentativa de afastá-lo do filho, cujo objetivo é poder ter controle total sob ela. Com isso, gera um vínculo indestrutível, fazendo com que o alienado passe a ser visto como invasor e que seja afastado a qualquer custo do convívio com filho.

Tudo isso acontece, porque o alienador quer se vingar do ex-cônjuge, ou seja, destruir a vida do mesmo. Todas as falsas memórias colocadas na cabeça da criança faz com que ela as repita para outros, como se fosse realmente verdade. E, muitas vezes, a criança não tem capacidade de perceber que está sendo manipulada, e acredita naquilo que ouve. Com isso, até mesmo o alienador passa a confundir a verdade com a mentira, passando a acreditar naquilo que ela diz à criança.

O acontecimento é levado ao Poder Judiciário com a intenção de suspender as visitas. Até que os exames psicossociais descubram o que está havendo, o juiz não tendo outra opção, suspende qualquer contato entre a criança e o alienado, fazendo com que a convivência entre eles desapareça. Sem mencionar, que os danos causados à criança, muitas vezes são irreversíveis.

Todo esse procedimento é para a preservação da criança, e até que os exames estejam prontos, o alienador sai como vencedor, pois conseguiu o que mais queria, afastar o outro genitor da criança. O alienador não percebe o mal que faz à criança, causando problemas psicológicos e emocionais.

"O mais doloroso é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem às vezes durante anos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou *não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo." (Maria Berenice Dias)*

2.1 Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/10)

A lei 12.318 de 2010 vem proteger a criança juntamente com a Constituição Federal, Código Civil e o ECA estão lei assegura a criança contra a alienação parental considerando a interferência abusiva do genitor ou de um terceiro que venha causar prejuízo a criança com sua manutenção de vínculo entre eles.

O artigo 2° da lei 12.318/10 expressa os requisitos que conferem a alienação parental:

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos 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;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

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.

Existem certas punições para conduta de Alienação Parental, praticada pelo alienante. Assim, foi preciso criar medidas que pudessem coibi-la, Dentre as medidas, esta prevista como a advertência ao alienador. Outras medidas: ampliar a convivência em favor do genitor alienado, estipular multa ao alienador, a determinação de acompanhamento psicológico, a alteração da guarda para a modalidade compartilhada, ou sua inversão a fixação cautelar do domicílio do menor.

O juiz é autorizado de acordo com a lei 12.318/2010 em seu artigo 6º a adotar medidas para que a proteção aos bens jurídicos tutelados seja assegurada. Os avós e outros sujeitos de autoridade parental também podem ser vítimas de alienação, e são legitimados para propor a ação cabível quanto à Alienação Parental, ou seja, o poder de autoridade familiar se amplia não somente aos genitores, mas sim aos parentes mais próximos e responsáveis pela criança alienada.

2.2 A identificação da Síndrome da Alienação Parental e suas comparações

Para detectar a Síndrome da Alienação Parental, o Poder Judiciário procura informações, inclusive realizando exames psicológicos.

Esse problema irá afetar cada pessoa de uma maneira específica, e será analisado individualmente segundo Jorge Trindade:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> *"De fato, a Síndrome de Alienação Parental exige uma abordagem terapêutica especifica para cada uma das pessoas* envolvidas*, havendo a necessidade de atendimento da criança, do alienador e do alienado."*

A criança, por medo de ameaças ou de ser abandonada, desenvolve uma submissão para com o alienador. Ela se sente constrangida. E acaba criando uma certa dificuldade de diferenciar o real do irreal, colaborando para uma formação dificultosa de seu caráter.François Podevyn diz o seguinte:

> *"Para identificar uma criança alienada, é mostrada como o genitor alienador confidencia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a* uma *"folie a deux". Forma-se a dupla contra o alienado, uma aliança baseada não em aspectos saudáveis da personalidade, mas na necessidade de dar corpo ao vazio."*

Há 3 estágios de alienação parental: Segundo Jorge Trindade, o primeiro, de natureza leve as características mais comuns que ilustram a Síndrome de Alienação Parental, se revelam como a constatação de campanhas de desmoralização do alienador contra o alienado, são pequenas, assim como são pouco intensas, a ausência de sentimento de ambivalência e culpa.

No segundo estágio, que é o médio, Jorge Trindade explica que o genitor alienador utiliza uma variedade de táticas para a exclusão do outro genitor. No momento em que as crianças trocam de genitor, o alienador faz questão de escutar e acaba intensificando cada vez mais a campanha para desmoralizar. Alguns argumentos usados são absurdos, pois o alienador é completamente mau e o outro completamente bom. Num estágio médio dessa síndrome, além da intensificação das características próprias do estagio inicial, surgem problemas com as visitas, o comportamento das crianças passa a ser inadequado ou hostil, aparecem situações fingidas e motivações fúteis.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No terceiro estágio, o grave, o mesmo autor cita que os filhos estão muito perturbados, e acabam ficando paranoicos, compartilhando as mesmas situações inexistentes que o genitor alienador tem em relação ao outro. Acabam ficando em pânico somente com a ideia de ter que ver o outro alienado, tendentes a explosões de violências. Ocorrem fortes campanhas de desmoralização do alienado. O vinculo fica seriamente prejudicado. Desaparece a ambivalência e a culpa, pois sentimentos francamente odiosos se estabelecem contra o alienado, os quais são estendidos à sua família e aqueles que o rodeiam.

O quanto antes for descoberta a Síndrome da Alienação Parental, permitira mais cedo as intervenções psicológicas e jurídicas, e os envolvidos serão menos prejudicados, com possibilidades de se reverter o problemas causados pelo alienador.

3. O alienador e o alienado

O alienador geralmente é o pai ou a mãe da criança, porém pode ser praticada por avós, tios, irmãos, primos, ou qualquer pessoa que tenha autoridade sobre a criança. Mas na maioria das vezes são os genitores.

Maria Berenice Dias fala sobre o perfil de um alienador:

> "(...) a dependência; a baixa autoestima; conduta de desrespeito às regras; hábito contumaz de atacar as decisões judiciais; sedução e manipulação; dominância e imposição; queixumes; resistência a ser avaliado; histórias de desamparo ou, ao contrário, de vitórias afetivas; falsas denúncias de abuso físico; superproteção dos filhos."

Andréia Calçada também diz sobre o perfil do alienador:

> " O genitor alienador não é capaz de individualizar, de reconhecer em seus filhos seres humanos separados de si. Muitas vezes, é um sociopata, sem consciência moral. É incapaz de ver a situação de outro ângulo que não o seu, especialmente sob o ângulo dos filhos. Não distingue a diferença entre dizer a verdade e mentir."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O alienado, que é a criança, passa a ser manipulada pelo alienador, fazendo com que a criança passe a criar "falsas memórias" em sua cabeça, tornando o que é mentira, verdade.

É um abuso moral para com o alienado, causando problemas e, prejudicando-a.

Priscila Fonseca fala o que o alienado passa a ter após ser manipulado:

> "Como decorrência, a criança passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva. (...) a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome."

Na Lei da Alienação Parental, nº 12.318/2010, art. 3º, a prática dela é considerada como descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, constituindo abuso moral contra a criança e/ou adolescente:

> "A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda."

3.1 O comportamento da vítima

A criança vitima da alienação parental, sentem-se abandonada e traída pelos seus genitores, incutindo um sentimento negativo, passando a pensar quo genitor alienado é o vilão de tudo.

Assim, podemos identificar na criança vitima da alienação comportamentos como emoções falsas, mentir frequentemente, manipular as pessoas e o principal a mudança do seu sentimento contra o alienado demonstrando rancor, ódio, raiva entre outros,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com dados confirmados em pesquisas as crianças mais afetadas são as entre 8 e 11 anos divide. Ou seja, crianças mais velhas tem mais resistência a pressão do genitor alienante, além de ter mais maturidade obtendo pouco mais que as outras de independência própria.

3.2 Meios de provas da alienação parental

Na disputa judicial é verificada a identificação de provas da alienação parental, provas como um depoimento sem dano e prova pericial. Comprova-se que quando os genitores não se conformam com a separação, pode haver na maioria das vezes consequências aos filhos.

O Poder Judiciário, ao tomar conhecimento desse problema, precisa agir de uma maneira para que não se prejudique a convivência entre os genitores o filho deles, geralmente o juiz determina que as visita sejam suspensas e determina uma realização de estudos sociais e psicológicos para examinar os fatos, submetendo as parte, alienador, alienado e a criança à realização de testes e entrevistas, cessando o convívio com o genitor até que a verdade seja identificada.

O artigo 227 da Constituição Federal, proclama que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Todas as formas de violação a este direito devem ser punidas de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A perícia é essencial como meio para obtenção de provas, cujo laudo deve consistir em entrevista pessoal com as partes, exames de documentos dos autos, uma avaliação da personalidade dos envolvidos, um histórico do relacionamento do casal e consequentemente da sua separação, incidentes dos genitores e um exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta contra seus genitores, comportamento do genitor em relação aos cuidados e educação dos filhos.

A atuação de profissionais nessa área são assistentes sociais, médicos, psicólogos. O perfil do profissional deve contar com experiência em avaliação e tratamento com crianças de no mínimo dois anos. É importante que tenha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

treinamento na área de abuso sexual, ter familiaridade com a literatura sobre o tema e estar ciente da dinâmica emocional e as consequências comportamentais das experiências de abuso, experiência em conduzir perícias judiciais e dar testemunho nesses casos e fazer avaliação somente se esta for solicitada juridicamente.

Segundo o artigo 4° da lei 12.318/2010 o diagnostico será feito por meio da realização de perícia psicológica ou biopsicossocial como subsídio à decisão judicial

As punições para o alienador estão previstas na Lei nº 12.318/2010, que prevê muitas medidas de proteção a quaisquer condutas que dificultem a convivência da criança ou adolescente com o genitor.

Possui funções tanto para punir o alienador quanto para educa-lo, e também para preservar o menor.

No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), artigo 70, diz: "*É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente*"

CONCLUSÃO

Conclui-se que a alienação parental é um assunto atual em nosso direito de família, Um tema complexo e de grande relevância para a sociedade. Um assunto que está diante aos olhos de todos, mas muitos não conseguem enxerga-lo, comum na sociedade, onde muitos casais quando têm seus filhos durante o relacionamento e logo após se separam, ficam, diante disso propícios a sofrerem com o problema.

O alienador envolve a criança em processo de lavagem cerebral na qual busca mudar totalmente os conceitos dela e consolidando na mesma a imagem de que é o melhor genitor, colocando-se como o genitor perfeito e desmoralizando assim a imagem do genitor alienado, a mente da criança totalmente fragilizada.

A prática do ato da alienação constitui certo abuso moral ferindo direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana. Um problema no qual podem trazer consequências a ambas as partes. Ao alienado, alienante e o mais grave, para a criança.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por ser um assunto atual e de grande repercussão, a alienação vem sendo discutida por profissionais quais buscam solucionar a síndrome tais nesse contesto localizado como advogados, juízes e profissionais da saúde mental.

Podemos constatar isso como uma legitima covardia porque que o alienante da qual usa seu próprio filho como uma arma para atingir o outro genitor, deste modo a parte mais prejudicada na separação é a própria criança, não podemos ficar inertes a este problema devemos levara diante denunciando fazendo com oque poder judiciário conheça este problema familiar para que assim possa apresentar soluções aos litigantes, preservando não somente a família mas garantindo a segurança e o bem-estar de todos, principalmente para a criança alienada na qual são as principais vítimas na maioria dos casos de alienação parental.

A lei 12.318 de 2010 vem com o intuito de proteger a criança deste grave abuso moral, pois podemos ver neste o quanto a síndrome afronta no direito de família, afetando a dignidade de todos envolvidos.

Podemos perceber quanto este é um problema grave confirmado neste presente trabalho através das jurisprudências e casos reais no qual a criança chega até cometer suicídio.

O intuito e a solução para o caso seria a preservação dos direitos das crianças e adolescentes, e em seguida que sejam reestruturados os laços familiares, o Judiciário é operador do direito tende a compreender este caso aos olhos de psicólogo, assistente social, juiz, criança, para dar o melhor parecer possível. Mas mesmo com a melhor sentença não mudará sentimentos dos envolvidos na alienação, mas sim fatos isolados. Precisa-se de certa reeducação dos filhos, para que aprendam novamente a amar uns e outros e este é um desafio ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

CALÇADA, Andreia. **Faldas acusações de abuso sexual e a implantação de falsas memórias.** 1 ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

CORREIA, Eveline de Castro. **Análise dos meios punitivos da nova Lei de Alienação Parental.** 04 de março de 2011. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5 Direito de Família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Diponível em:http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9467/A-alienacao-parental-e-suas-consequencias-juridicas - **A alienação Parental e suas consequências jurídicas.**

http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm **- Síndrome da Alienação Parental.**

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: direito de família.** Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

: http://www.planalto.gov.r/ccivil_03/_Ato2007-2010/Lei/L12318.htm

Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a Alienação Parental. Disponível em

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil Brasileiro. **Direito de Família**. 28 ed. Ver. E atual. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**. V.5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Cortez, 2010.

Anexo A

Jurisprudências:

Dados Gerais

Processo:	AI 70067827527 RS
Relator(a):	Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves
Julgamento:	16/03/2016
Órgão Julgador:	Sétima Câmara Cível

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Publicação: Diário da Justiça do dia 21/03/2016

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO. CABIMENTO.

1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado.

2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie.

3. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda.

4. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70067827527, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/03/2016).

A respeito da jurisprudência acima, a guarda da criança foi alterada, por conta da sua genitora que detinha a guarda estar praticando a alienação parental contra o outro genitor. A alienadora acabou perdendo a guarda, por tentar colocar falsas memórias na cabeça da criança.

Dados Gerais

Processo:	AI 70065839755 RS
Relator(a):	Alzir Felippe Schmitz
Julgamento:	10/09/2015
Órgão Julgador:	Oitava Câmara Cível
Publicação:	Diário da Justiça do dia 14/09/2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. INVERSÃO DA GUARDA.

Evidenciada a prática da alienação parental, correta a decisão que determinou a inversão da guarda do infante, cujas necessidades são melhores atendidas pelo genitor. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70065839755, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 10/09/2015).

Essa jurisprudência é parecida com a anterior, por ter ocorrido a alteração de guarda, por descobrirem que o genitor que detinha a guarda, também praticava a alienação parental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

www.conteudojuridico.com.br

O PROGRAMA HABITACIONAL DO MUNICÍPIO DE PALMAS TOCANTINS COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA

KÁTIA CILENE ALVES DA SILVA: Graduanda em Direito na Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

WELLINGTON GOMES MIRANDA [1]

RESUMO: Este estudo tem por objetivo compreender a implementação do programa habitacional do município de Palmas Tocantins como instrumento garantidor do direito constitucional à moradia, conforme estabelece o artigo 6º da Constituição Federal de 1988. A pesquisa é de dimensão qualitativa, classificada em etapas, e divide-se em fins e meios. Quanto aos fins, foi desenvolvida uma abordagem de natureza exploratória e descritiva. Quanto aos meios de investigação os tipos de pesquisa adotados foram: bibliográfica, documental, e pesquisa de campo por meio de visita à Secretaria Municipal de Habitação de Palmas Tocantins. A fundamentação do trabalho consiste no estudo sistematizado com base em materiais publicados relacionados ao tema, tendo-as como fontes de dados secundários, bem como Leis Federais e Municipais, Decretos e Portarias no que tange à fundamentação legal dos programas habitacionais como instrumento de uma política pública.

Palavras-Chave: Programa habitacional. Direito à moradia. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This study aims to understand the implementation of the housing program of the county of Palmas-Tocantins as an guaranteeing instrument of the constitutional right to housing, as established in the 6th Article of the Federal Constitution of 1988. The reseach has an qualitative dimension, classified in stages and is divided into ends and means. Regarding the ends, an exploratory and descriptive approach has been developed. Regarding the means of investigation the types adopted for the research were: bibliographic, documentary, and field research through a visit to the Housing Municipal Department of Palmas Tocantins. The research fundamental's consists on a systematic study based on published materials related to the topic, using them as secondary data sources, as well as Federal and Municipal Laws, Decree-laws and ordinances in terms of legal basis of housing programs as a tool for a public policy.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Keywords: Housing Program; Housing Right; Public Policies.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito à moradia como garantia fundamental. 2.1. Programas habitacionais como meio estratégico de atuação pelo ente público. 2.2. A política pública habitacional do município de Palmas e suas disposições legais. 3. Do reconhecimento das pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade social e financeira. 4. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 6º[2] reconhece o direito à moradia como um direito social do cidadão.

Enquanto direito constitucional de segunda geração, exige do Estado uma atuação positiva, o que significa que, para sua realização necessita de ações práticas de políticas públicas estatais, que possam garantir o cumprimento de certas prestações sociais por parte do Estado (MASSON, 2017, p. 205).

Uma breve análise acerca da situação habitacional no Brasil permite identificar um número alarmante de pessoas consideradas pobres ou até mesmo miseráveis, nos termos da lei, que acabam se valendo das políticas sociais implantadas para que possam ter o mínimo necessário à sua sobrevivência.

A grande maioria dessa população vive às margens da sociedade, geralmente em periferias, invasões ou lotes não edificados, onde ali constroem seus barracos de forma simplória e bastante precária. Em outros casos, invadem edificações inabitadas e vão vivendo, ou melhor, sobrevivendo da forma que é possível, restando-lhes apenas a esperança de ter sobre elas o olhar daqueles que, em tese, tem por obrigação garantir o mínimo existencial digno a qualquer cidadão, o Estado, moradia, saúde, educação e segurança.

Nesse contexto, por meio da implementação de políticas públicas, cabe ao ente público responsável viabilizar a seleção, bem como a concessão de moradias aos hipossuficientes em situação de vulnerabilidade.

Uma pesquisa acerca da aplicabilidade das políticas públicas habitacionais faz-se essencial, focando o estudo na aplicação delas no município de Palmas, Estado do Tocantins.

Ademais, o Direito à moradia é uma das traduções dos direitos de segunda geração que surgiram na virada do século XIX pra o século XX, época da Revolução Industrial Europeia. O alto crescimento demográfico e as tamanhas diferenças sociais exigiram do Estado um posicionamento por meio de ações que objetivavam minimizar os impactos desse crescimento, atuando nas necessidades básicas no tocante à saúde, educação e moradia, principalmente àqueles cuja miséria social se torna mais cruel.

Essas ações se caracterizam por estratégias e instrumentos que possibilitem alcançar a justiça social. Para tanto, o ente público se vale dos programas sociais nas mais diversas áreas de sua responsabilidade, que atendam aos interesses e necessidades de uma coletividade carente.

Assim, discutir os instrumentos legais utilizados pelo município de Palmas - TO no sentido de possibilitar o acesso à moradia aos hipossuficientes demonstra a relevância da pesquisa, principalmente com relação à sua consonância perante os direitos fundamentais normatizados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O estudo sobre o direito à moradia associada à dinâmica social e financeira dos cidadãos tem sua relevância no âmbito do direito constitucional, principalmente, no que tange os Direitos sociais, com enfoque no Direito à moradia.

Desta forma, uma abordagem mais detalhada acerca da política social habitacional adotada como mecanismo pela Secretaria de Habitação do Município de Palmas TO se caracteriza relevante no sentido de conhecer o *modus operandi* do processo de captação dos futuros beneficiários, bem como um estudo desta metodologia no que tange ao Cadastro e Sorteio Eletrônico Geral para contemplação do benefício, concluindo, portanto, se tal modelo exprime a eficácia com relação ao acesso de maneira justa àqueles com maior vulnerabilidade, haja vista à dinâmica social e financeira dos cidadãos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim sendo, o presente artigo busca compreender como o programa habitacional implantado no município de Palmas TO garante o direito constitucional à moradia?

Para tanto, por meio de uma pesquisa exploratória com levantamento de informações de campo, buscou-se atingir o objetivo de conhecer o sistema de cadastro de habitação social do município de Palmas TO, e consequentemente a efetividade desse instrumento como meio garantidor de um direito fundamental, qual seja, acessibilidade à moradia. A proposta metodológica que subsidia as informações no sentido de conhecer a classificar os grupos, os perfis a este relacionado, bem como a sua forma de inclusão, tem como base análise de informações liberadas por meio dos canais de comunicação disponíveis em sítios públicos, bem como na Secretaria Municipal de habitação de Palmas.

Outra situação abordada é com relação aos modos de atualização do cadastro no tocante às condições sociais e econômicas das famílias no ato em que são contempladas pelo sorteio, tendo em vista a dinâmica social e financeira, no da sociedade de modo que o programa venha beneficiar aquele que esteja em maior miserabilidade, bem como a periodicidade e a forma como é feito o sorteio que se caracteriza por ser uma pesquisa de campo em conversa com servidores da Secretaria de Habitação de Palmas TO.

Para atingir o objetivo proposto, a primeira seção desse artigo vem fundamentar a pesquisa com embasamentos de autores renomados buscando interpretar os dados levantados a luz de teorias existentes. Já na segunda seção apresenta-se a problemática levantada, bem como todo o caminho percorrido na metodologia de pesquisa para atingir o objetivo proposto. Assim depois da coleta das informações, fez-se a análise de resultados em sua plenitude a fim de elucidar a verdade constante na pesquisa, com embasamento na literatura da área. Por fim as considerações finais, destacando a relação entre os fatos levantados e a teoria estudada visando deixar contribuições ao meio acadêmico e social.

2. DIREITO À MORADIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil no seu art. 6º elenca, no rol de direitos sociais, o direito à moradia. O Pacto Internacional dos Direitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, também o define como direito fundamental, fazendo com que seja apontado como um direito fundamental social.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu art. XXII declara a proteção dos direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais).

Assim preconiza o referido dispositivo:

> XXII – Toda pessoa, membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (UNICEF, 1948, s/p).

Trata-se de "um direito social dotado de inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, mas, em decorrência de inúmeras razões, ainda encontra-se distante da plena efetivação" (LEÃO JÚNIOR; LUCA, 2016, p. 81). Tal direito brota da natureza moral da pessoa humana, exprimindo-se em um direito de igualdade, que, por ter importância para a vida, deve ser dotado de plena efetividade.

Menezes (2017, p. 48) trata do Direito à moradia como uma necessidade a ser definida como Direito social. A habitação, como outras necessidades básicas de subsistência humana, passa a ser assegurada como norma jurídica estatal, passa a ser uma obrigação do Estado, obrigação de proteção, de promoção e de regulação.

Essa efetivação de direitos, em outros termos, significa que tal direito precisa produzir efeitos concretos, atendendo à sua função constitucional. Para tanto, necessária se faz a cooperação entre os entes públicos para a adoção de políticas capazes de assegurar a sua efetivação.

Nesse sentido, aponta Dias que

> No que tange à necessidade de concretização do direito à moradia digna e dos direitos fundamentais sociais, as disposições constitucionais e legais revelam determinações impositivas para que os poderes públicos assumam suas responsabilidades no sentido de implementar condições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> materiais, por meio de políticas públicas, para que a população possa ter uma vida digna. Dotar de efetividade os direitos sociais, com destaque para a moradia digna e todos os valores subjacentes à expressão, pressupõe o necessário controle judicial, dadas as omissões da Administração Pública para implementar políticas públicas que possibilitem condições de vida sadia, com segurança e infraestrutura básica, como suprimento de água e saneamento básico (DIAS, 2011, p. 13)

Noutro momento, Dias (2011, p. 4) ressalta ainda que para que haja efetividade das normas constitucionais, a produção normativa infraconstitucional por si só não é suficiente. Necessário se faz também que o Estado busque intervir de forma incessante nos processos e modelos econômicos, a fim de criar mecanismos com o fito de diminuir diferenças e desigualdades.

Romanelli reforça ainda que a partir do Governo de Getúlio Vargas que a política habitacional sofreu transformações significantes, devido ao "avanço da industrialização e o deslocamento do centro dinâmico da economia para a área urbana", sendo necessário, portanto, que o Estado pudesse refletir e "intervir acerca do descompasso entre a declinante disponibilidade de espaço habitável e sua elevada demanda" (ROMANELLI, 2008, p. 40).

Desse modo, além dos dispositivos legais, necessária se faz que a administração pública trabalhe no sentido de empregar esforços a fim de criar, disponibilizar e gerir recursos que propiciem as condições indispensáveis para assegurar a proteção da dignidade humana com a efetivação do direito à moradia digna para aqueles que vivem à margem da sociedade, atendendo assim os ditames da justiça social assim concretizada na mesma Carta Magna.

2.1. PROGRAMAS HABITACIONAIS COMO MEIO ESTRATÉGICO DE ATUAÇÃO PELO ENTE PÚBLICO

Para garantir a efetivação dos direitos sociais impostos na Constituição da República Federativa do Brasil, vale-se o ente público de meios estratégicos. No que tange ao direito à moradia, os programas sociais são os instrumentos adotados pelo poder público, que tem por propósito a superação de obstáculos, minimizando as

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dificuldades relativas à moradia segura e amparo digno ao cidadão, em especial para aqueles que vivem em situação de vulnerabilidade.

Noutro giro, Menezes (2017, p. 81) aborda em sua obra características antagônicas do acesso ao Direito à moradia, quando apresenta de maneira crítica que o sistema jurídico parece ser mais eficaz na proteção da propriedade imobiliária para acúmulo e rentabilidade, do que ao Direito fundamental de moradia.

Leão Júnior e Luca (2016) ressaltam que mesmo que haja a previsão Constitucional assegurando o direito à moradia, as políticas públicas que são aplicadas ainda mostram-se ineficazes, visto que, segundo as estatísticas por eles trazidas, o advento do Programa Minha Casa Minha Vida, programa implantado pelo Governo Federal, não satisfaz o reconhecimento da moradia plena, visto que, o déficit habitacional do ano utilizado como base foi abaixo do esperado.

Os autores supramencionados definem Políticas Públicas como "campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas" (LEÃO JÚNIOR; LUCA, 2016, p. 6).

Nesse sentido, o município de Palmas - TO possui um plano local de habitação de interesse social, sendo este um cadastro com critérios estabelecidos pelo Programa do Governo Federal Minha Casa Minha Vida - PMCMV, bem como por outras leis correlatas municipais e federais, quais sejam: a) Lei Federal n.º 11.977, de 7 de julho de 2009; b) Portaria n.º 163, de 6 de maio de 2016, do Ministério das Cidades; e c) Lei Municipal n.º 2.239, de 17 de março de 2016.

A Lei Federal n.º 10.257/01 (Estatuto da Cidade) que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, assim dispõe:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.
>
> § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

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

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

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

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

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
>
> § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, 2001, s/p).

O dispositivo transcrito estabelece diretrizes gerais da política urbana e apresenta conjunto de normas que regulamentam os instrumentos que devem ser utilizados para melhor atendimento às normas constitucionais que visam o acesso à moradia.

Nesse sentido, Romanelli defende que o Estatuto da Cidade apresenta

> Os instrumentos de política urbana que devem ser aplicadas pela União, Estados e Municípios, veio atender o antigo reclamo social por uma gestão democrática do espaço urbano, como expressão da organização social, trazendo ainda instrumentos que operacionalizam a implementação de moradias (...), buscando a efetividade dos princípios constitucionais e, como isso a constitucionalidade de uma sociedade mais justa e equilibrada (ROMANELLI, 2008, p. 77).

Assim sendo, é congruente concluir que, as ações adotadas pelo ente público visam o acesso à moradia, em suma deve atender primordialmente dispositivo constitucional e para tal estabelece medidas a serem implantadas caracterizadas pelos programas e planos habitacionais que efetivarão a satisfação desse direito.

2.2 A POLÍTICA PÚBLICA HABITACIONAL DO MUNICÍPIO DE PALMAS E SUAS DISPOSIÇÕES LEGAIS

Com vistas a assegurar a concretização do direito social fundamental à moradia, previsto constitucionalmente, o município de Palmas TO implementou o plano local de habitação de interesse social, em forma de um cadastro habitacional.

O objetivo do cadastro, como parte de um programa habitacional municipal é reduzir o déficit habitacional. Esse déficit relaciona-se ao número de moradias que não foram ainda construídas, para que o direito constitucional à moradia seja inserido socialmente de forma efetiva (LUCA e LEÃO JÚNIOR, 2016, p. 85).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

O referido cadastro é regido pelas disposições do programa do Governo Federal Minha Casa Minha Vida – PMCMV, bem como pelas leis correlatas municipais e federais: Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009, Portaria nº 163, de 6 de maio de 2016, do Ministério das Cidades, Lei Municipal nº 2.239, de 17 de março de 2016, Lei Municipal nº 2.299 de 30 de março de 2017, e Ata do dia 16 de novembro de 2016, do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Habitação de Palmas, que aprovou os requisitos de seleção para os empreendimentos habitacionais.

A Lei Municipal nº 2.299, de 30 de março de 2017, atribuiu à Secretaria Municipal de Habitação, as seguintes competências:

> Art. 33. Compete à Secretaria Municipal da Habitação:
>
> I – elaborar, de forma participativa, a política municipal de habitação em parceria com a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, Regularização Fundiária e Serviços Regionais, articulando-se com as demais políticas setoriais do Município;
>
> II – manter de banco de dados urbanísticos e habitacionais atualizados, definindo índices e indicadores de avaliação da implementação da política da área;
>
> III – manter banco de dados dos assentamentos irregulares e habitacionais atualizados, definindo índices e indicadores de avaliação da implementação da política da área;
>
> IV - criar, de acordo com as diretrizes e princípios da Política Municipal de Habitação, programas e projetos habitacionais, fomentando parcerias com o mercado da construção civil, imobiliário, associações, cooperativas e demais entidades da sociedade civil organizada;
>
> V - promover o trabalho técnico e social de geração de emprego e renda correlacionado aos programas de infraestrutura, habitação e regularização fundiária;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Da análise do dispositivo legal supracitado, é a Secretaria Municipal de Habitação competente para gerir e organizar toda a politica habitacional, realizando cadastro dos candidatos à aquisição da moradia, categorizando-os, atualizando informações, e desenvolvendo atividades correlatas.

3. DO RECONHECIMENTO DAS PESSOAS QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL E FINANCEIRA

Convém abordar acerca dos conceitos da pessoa pobre para fins desse artigo, quais sejam: pessoa hipossuficiente, como aquela pessoa que não possui nenhum tipo de renda ou pouca renda que lhe permita ter acesso ao suficiente ao mínimo existencial, ou seja, o mínimo para alimentação, saúde, educação e moradia. De maneira mais sucinta, consiste nas pessoas que vivem em situação de extrema vulnerabilidade social e financeira.

É indiscutível que vivemos hodiernamente o fenômeno da globalização, tal qual se caracteriza em sua essência pela espontaneidade advinda da evolução do mercado capitalista, um fenômeno integrador de mundo, de informações, cultura e mercados.

Uma evolução constante que reflete diretamente na vida das pessoas, nas mais diversas áreas, seja educacional, cultural, política, direitos humanos, saúde, mas em sua essência, na área econômica.

A dinâmica que surge a cada dia com novas propostas e modelos de trabalho e reorganização social, causando assim, as exclusões daqueles que não conseguem acompanhar toda essa velocidade que culmina nas desigualdades entre países, entre classes e pessoas, assim o aumento da massa da pobreza se torna uma realidade cada vez mais crescente, alastrando-se cada vez o número de pessoas que ficam à mercê de sua própria sorte.

É indiscutível que a globalização provocou grandes reflexos positivos à sociedade e ao mundo, a citar, a evolução tecnológica da informação, de processos, corroborando assim com o progresso e também com a estagnação de um país, quando estes não consegue acompanhar a velocidade dessa transformação a qual lhe é imposta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Ocorre que, essa dinâmica econômica provocada pela oscilação no setor econômico-financeiro e na oferta de empregos desencadeia fortes impactos negativos que afetam de maneira direta a vida das pessoas, em grande parte aquelas que gozam de uma educação precária, não acompanhando assim toda essa evolução que é exigida para se adaptar ao mercado cada vez mais exigente e concorrido. Percebe-se que faltam políticas públicas que possibilitem reciclagem ao cidadão de modo que este possa atender aos critérios de competição cada vez mais frequente para sua colocação ou recolocação na força produtiva e trabalhadora.

Nesse diapasão, Gomes e Pereira expõem que a gravidade do quadro de pobreza e miséria no Brasil é determinado por uma forte desigualdade da distribuição de renda, uma situação cada vez mais vinculada ao desempenho da economia. Para isso, discorrem que

> os elevados níveis de pobreza que afligem a sociedade encontram seu principal determinante na estrutura da desigualdade brasileira – uma perversa desigualdade na distribuição da renda e das oportunidades de inclusão econômica social (GOMES; PEREIRA, 2005, p. 359).

Em outra ponta, Rei aborda a questão da pobreza por uma visão mais ampla, abordando-a sob o prisma das capacidades e da realização em determinada sociedade.

> Normalmente, a pobreza é identificada com o enfoque econômico do indivíduo, ou seja, a baixa renda. Desse modo, é comum a fixação de uma "linha da pobreza", com base em rendas mínimas que são consideradas básicas para a sobrevivência e aqueles que não conseguem se situar acima dessa linha são consideradas pobres (REI, 2011, p.2).

Noutro momento, caracteriza pobreza como a "incapacidade de buscar bem-estar, por conta de carências de meios econômicos" (REI, 2011, p. 3). Assim sendo, a baixa renda ou a falta dela não seria o nível mais adequado para se medir a pobreza, sendo esta, portanto, aferida por situações que possam dar ensejo a essa incompatibilidade de privação de renda e de capacidades que podem ser distintas entre sociedade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A partir de situações que possam demandar a não compatibilidade imediata e da mesma proporção entre privação de rendas e privação de capacidades, de acordo com realidades distintas entre sociedades, grupos e indivíduos, o critério das privações de capacidade apresenta-se como mais adequado para aferir a pobreza, até mesmo por se encontrar mais próximo das demandas informacionais da justiça social (REIS, 2011, p .4).

Fato é que, a definição de vulnerabilidade é bastante ampla e depende da construção de vários outros conceitos, todavia, aquela que nos demonstra uma visão mais ampla se resume o conceito no que tange a "[...] exposição a riscos, significando uma sujeição dos indivíduos, ecossistemas e lugares a algum tipo de dano" (CUOGHI; LEONETI, 2017, p. 5).

Buscando compreender melhor a dinâmica do programa habitacional e, consequentemente, o cumprimento da normativa constitucional do direito à moradia, foi realizado um estudo nos sítios públicos que tratam acerca do tema, caso onde utilizou-se da pesquisa de campo, bem como a documental através das leis que subsidiam a diretriz do programa.

A portaria 163, de 6 de Maio de 2016, que institui Sistema Nacional de Cadastro Habitacional (SNCH) e aprova o Manual de Instruções para Seleção e Beneficiários do Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a disposição da portaria nº 412 de 6 de abril de 2015, dispõe acerca da hierarquização e categorização das condições a serem atendidas e por fim subdivididas.

Assim dispõe em seu anexo:

> 2. Critérios de Priorização dos Candidatos
>
> 2.1. Para fins de seleção dos candidatos a beneficiários, os municípios, estados e Distrito Federal deverão observar, obrigatoriamente, condições de enquadramento e critérios nacionais de priorização, podendo adotar, ainda, até 3 (três) critérios adicionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.1.1. As condições de enquadramento dos candidatos a beneficiários são:

a) renda familiar compatível com a modalidade; e

b) não ser proprietário, cessionário ou promitente comprador de imóvel residencial.

2.1.2. Os critérios nacionais são:

a) famílias residentes em áreas de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas, comprovado por declaração do Ente Público;

b) famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar, comprovado por autodeclaração; e

c) famílias de que façam parte pessoa(s) com deficiência, comprovado com a apresentação de laudo médico.

2.1.3. Os critérios adicionais, caso sejam adotados, deverão ser selecionados dentre os a seguir listados:

a) famílias que habitam ou trabalham a, no máximo, "x" km de distância do centro do empreendimento, comprovado com a apresentação de comprovante de residência;

b) famílias residentes no município há no mínimo "x" anos, comprovado com a apresentação de comprovante de residência;

c) famílias que habitam ou trabalham a, no máximo, "x" km de distância do centro do empreendimento, comprovado com a apresentação de comprovante de residência;

d) famílias beneficiadas por Bolsa Família ou Benefício de Prestação Continuada (BPC) no âmbito da Política de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Assistência Social, comprovado por declaração do ente público;

e) famílias que se encontrem em situação de rua e que recebam acompanhamento socioassistencial do Distrito Federal, estados e municípios, ou de instituições privadas sem fins lucrativos, com Certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social (Cebas) e que trabalhem em parceria com o poder público, comprovado por declaração do ente público ou da instituição;

f) famílias com filho(s) em idade inferior a 18 (dezoito) anos, comprovado por documento de filiação;

g) famílias monoparentais (constituída somente pela mãe, somente pelo pai ou somente por um responsável legal por crianças e adolescentes), comprovado por documento de filiação e documento oficial que comprove a guarda;

h) famílias de que façam parte pessoa(s) idosa(s) comprovado por documento de oficial que comprove a data de nascimento;

i) famílias de que façam parte pessoa(s) com doença crônica incapacitante para o trabalho, comprovado por laudo médico;

j) famílias em situação de coabitação involuntária, comprovado por autodeclaração do candidato;

k) famílias com ônus excessivo de aluguel, comprovado por recibo ou contrato de aluguel e declaração de renda;

l) famílias inscritas no cadastro habitacional há mais de "x" anos, desde que posterior a julho de 2009, independente das datas de atualização cadastral, comprovado por protocolo ou similar;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

m) famílias em atendimento de "aluguel social", comprovado pelo ente público;

n) famílias de que faça parte mulher atendida por medida protetiva prevista na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), comprovado por cópia da determinação judicial que definiu a medida;

o) outros, a serem submetidos previamente à aprovação da Secretaria Nacional de Habitação.

Assim os candidatos são agrupados, ou seja, grupo I os candidatos que atendam de 4 a 6 critérios e para esses são destinados 60% das unidades, grupo II, candidatos que atendam de 2 a 3 critérios e para esses obedece a proporção de 25% das unidades e grupo III candidatos que atendam até 1 critérios, sendo que para esses é destinado 15% das unidades habitacionais.

Não obstante, caso o ente público adote apenas os critérios nacionais para seleção, aqueles listados no ítem 2.1.2 referenciado supra, a proporção se difere como grupo II, candidatos que atendam de 2 a 3 critérios será destinado 85% das unidades e para o grupo III, candidatos que atendam até 1 critério, a proporção será de 255 das unidades habitacionais.

Após o cadastro do candidato e a coleta de documentação, uma triagem é realizada via sistema e este habilita o candidato nas suas categorias e grupos conforme atendimento dos critérios.

O Município de Palmas TO através do Programa Minha Casa Minha Vida já liberou quatro empreendimentos, quais sejam, Ipê amarelo com 266 apartamentos, Residencial I e II com 512 apartamentos, e o próximo em vias de liberação, Araras com 500 apartamentos, sendo então 1.278 famílias contempladas pelo programa, sendo o primeiro no ano de 2016.

Foi verificado também o município também possui outros programas habitacionais, quais sejam, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) assim destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de baixa renda

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

subsidiados pela Caixa Econômica Federal, porém para esses programas os critérios são sempre discutidos e determinados pelo conselho de habitação, contemplando aqueles candidatos que atendam ao que foi estabelecido. Conquanto, não oferecem a mesma agilidade em relação ao Programa Minha Casa, Minha Vida.

O cadastro fica sob a responsabilidade do candidato, que deve sempre deixá-lo atualizado. Assim à medida que a situação muda deve o candidato se atendido mais critérios, mudar de grupo, aumentando assim suas chances de contemplação.

O simples sorteio por si só não garante a contemplação ao benefício do programa, pois que, o ente público deverá encaminhar o candidato sorteado à instituição financeira para verificação de dados, documentos e certidões ou laudos no caso de doença ou deficiência ou todos os necessários a fim de se atestar que o candidato atende aos critérios informados no ato do cadastro, comprovando assim sua vulnerabilidade ou hipossuficiência conforme estabelecida naquele grupo. Se não preenchidos abre a oportunidade para o suplente também sorteado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de critérios objetivos e o agrupamento dos candidatos que implementam as mesmas condições demonstra a tentativa de seleção imparcial dos participantes a fim de que se assegure de forma igualitária a participação de todas as pessoas, possibilitando que concorram entre si em igualdade de condições. Entretanto, há uma preocupação quando não se considera a subjetividade de cada caso, e às vezes, de que haja a preterição daquele que se encontra em gritante situação de vulnerabilidade. Este é o risco que se assume nesse processo, haja vista que, se o candidato foi sorteado, atendeu os critérios é direito deste que seja beneficiado assim como os outros em condição adversa.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 aduz que a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios devem obedecer aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, dito isto, à primeira vista, todo o processo de seleção, agrupamento, habitação e contemplação dos participantes em conformidade aos princípios descritos, o sorteio dos candidatos demonstra a imparcialidade no processo, exprimida pela publicidade do processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De modo tais critérios buscam exprimir que as pessoas com maior número de características coincidentes possam concorrer em igualdade de condições, a fim de ver assegurado o seu direito à moradia.

Entretanto, não há como desconsiderar o risco que o modelo em questão possa ocasionar, quando se tem pessoas em iguais condições de competição, haja vista que, o ente público não dispõe de meios que possam ir contra ao que se está documentado. Segundo o ente em questão, visitas são realizadas, mas não se consegue uma totalidade, de modo que Sistema Nacional de Cadastro Habitacional (SNCH) implantado se mostra como uma ferramenta mais justa e imparcial no sentido de garantir a isonomia do direito.

Com o término do trabalho foi possível verificar uma deficiência no que diz respeito a liberação em maior volume e celeridade de empreendimento a fim de dar mais oportunidades ao maior número de pessoas ou famílias que padecem no cadastro habitacional, uma vez que é reconhecido que o número de contemplados até hoje, ainda é muito aquém da realidade do cadastro existente que gira em torno de 14.000 famílias em situação de espera.

Portanto é importante ressaltar que se faz necessário nesse processo não somente a metodologia de partilha, mas principalmente ter o que partilhar. Assim, foi possível perceber que o cadastro implantado visa atender preceitos constitucionais quanto ao *modus operandi* da escolha que venha atender o benefício da moradia, quando esta se encontra disponível para tal. Muitos projetos parados, enquanto que no outro lado muitas famílias em condições de vulnerabilidade sob a expectativa do auxílio e atenção daquele que tem por dever garantir um direito constitucional, que é o acesso à moradia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. **Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. **Lei Federal n.º 11.977, de 7 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. **Portaria n.º 163, de 6 de maio de 2016**. Institui o Sistema Nacional de Cadastro Habitacional (SNCH) e aprova o Manual de Instruções para Seleção de Beneficiários de Habitação Urbana (PHNU), no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV). Disponível em: <http://portal.imprensanacional.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22798407/do1-2016-05-09-portaria-n-163-de-6-de-maio-de-2016-22798385>. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. **Portaria n.º 412, de 6 de agosto de 2015**. Aprova o manual de Instruções para Seleção de Beneficiários do Programa Minha Casa, Minha vida – PMCMV. Disponível em:<http://www.lex.com.br/legis_27013057_PORTARIA_N_412_DE_6_DE_AGOSTO_DE_2015.aspx>. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. **Lei Municipal n.º 2.299, de 30 de março de 2017**. Dispõe sobre a reorganização administrativa do Poder Executivo do município de Palmas, na forma especificada, e adota outras providências.. Disponível em: <https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-ordinaria-2.299-2017-03-30-31-3-2017-11-27-47.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2019.

CUOGHI, Kaio Guilherme; LEONETI, Alexandre Bevilacqua. Critérios de vulnerabilidade social: uma comparação entre o índice paulista de vulnerabilidade social e os critérios propostos pela aplicação do value-focusedthinking. **Revista de Administração, Contabilidade e Economia da FUNDACE**. Ribeirão Preto, v. 8, n. 2, p. 18-30, jul. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DIAS, Daniella S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica do CEAF**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, out. 2011 - jan. 2012.

GOMES, Mônica Araújo; PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas. **Ciência & Saúde coletiva**. Fortaleza, p. 357-363, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; LUCA, Guilherme Domingos de. Minha Casa, Minha Vida: extensão do direito à moradia e proteção constitucional. **Scientia Juris**. Londrina, v. 20, n. 1, p. 79-101, abr. 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. **Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PALMAS. **Lei Municipal n.º 2.243, de 23 de março de 2016**. Altera no Anexo Único à Lei nº 2.238, de 19 de janeiro de 2016, na Meta 5, as redações das estratégias 5.24 e 5.26. Disponível em: <https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-ordinaria-2.243-2016-03-23-3-6-2016-15-41-30.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

_____. **Secretaria Municipal de Habitação**. Disponível em: <http://www.palmas.to.gov.br/secretaria/habitacao/>. Acesso em: 24 nov. 2018.

REIS, José Anijar Fragoso. **Atuação da defensoria pública para efetivar os direitos sociais, promover a justiça distributiva e combater a pobreza**. Disponível em: <https://www.anadep.org/wtksite/cms/conteudo/13144/JOSE__ANIJAR_FRAGOSO_REI.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste, Pós- Graduação em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus – DF, mestre em prestação jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantis (UFT) em parceria com escola tocantinense da magistratura (ESMAT), Professor de Direito Civil, Administrativo e Consumidor da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

[2] Art. 6º São deveres sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma desta constituição. (EC n.26/2000, EC n. 53/2006 e EC n. 72/2013)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS CONCEITUAIS E JURÍDICO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

SYNARA LÍLIAN MARTINS MOREIRA: Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo elucidar sobre o tema alienação parental e tratá-lo sob alguns aspectos, bem como explanar a distinção entre os atos de alienação parental e a síndrome de alienação parental, da mesma maneira destacar as formas de alienação e suas consequências. O fenômeno de Alienação Parental consiste em atitudes ou atos do qual se programa a criança para passar a odiar o genitor alvo da Alienação, lançando mão de artifícios baixos para dificultar o relacionamento da criança e do genitor não detentor da guarda, assim afastando a criança do convívio do genitor alvo dessa violência. O citado trabalho ainda discorre sobre os benefícios advindos da lei nº12.318/2010 que trata da alienação parental e trata das formas punitivas que poderá ocorrer caso comprovados os atos de alienação.

Palavras-chave: Criança; Genitor; Afastamento; Família

ABSTRAT: The present work aims to elucidate on the subject of parental alienation and to treat it in some aspects, as well as to explain the distinction between the acts of parental alienation and the syndrome of parental alienation, in the same way to highlight the forms of alienation and its consequences. The phenomenon of Parental Alienation consists of attitudes or acts from which the child is programmed to hate the target parent of the Alienation, using low artifices to hinder the relationship of the child and the non custodial parent, thus distancing the child from of the target parent of this violence. The aforementioned paper also discusses the benefits arising from Law No. 12.318 / 2010, which deals with parental alienation and deals with the punitive forms that may occur if the acts of alienation are proven.

Keywords: Child; Genitor; Clearance; Family.

INTRODUÇÃO

Para o entendimento do que é alienação parental, faz se necessário uma breve abordagem do que é uma entidade familiar e a separação. A entidade familiar é uma sociedade naturalmente formada por pessoas, sendo elas unidas por um vínculo sanguíneo, civil ou apenas de afinidade.

Com o passar do tempo a sociedade familiar foi crescendo e obtendo algumas regulamentações. O artigo 1.630 do Código Civil preceitua que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, quando menores e o art. 1.634 é direcionado aos pais, os incumbindo de direitos e obrigações. Isto é, a entidade familiar está regulada e protegida. São leis que as regularizam e impõe alguns deveres e obrigações ao pais, como dever de prestar alimentos, dever de proporcionar educação, lazer e até mesmo na esfera da responsabilidade civil por atos do menor ainda sob a guarda dos pais, como dispõe o art. 930 do Código civil "São também responsáveis pela reparação civil: I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (...)" (BRASIL, 2002).

Apesar de a entidade familiar ter crescido tanto, ao longo do tempo foram surgindo, novos modelos de famílias. No entanto algumas sociedades conjugais não deram certo e se dividiram, formando novas famílias, mas com o mesmo objetivo e deveres e obrigações: zelar, educar e proporcionar lazer aos filhos.

Essas novas formações familiares, tem favorecido o aumento de brigas judicias, ocasionadas por disputas de guardas, e neste contexto advêm a alienação parental (AP). Outorga-se o nome do genitor que aliena de genitor alienante e o outro não detentor da guarda, de genitor alvo. Esse fenômeno de AP consiste em atitudes ou atos do qual se programa a criança para passar a odiar o genitor alvo da AP, lançando mão de artifícios baixos para dificultar o relacionamento da criança e do genitor não detentor da guarda, assim afastando a criança do convívio do genitor alvo dessa violência.

Esses atos de alienações têm grandes consequências e podem deixar sequelas que em muitos casos podem se tornar irreversíveis. Uma delas é síndrome de alienação parental, onde a criança desenvolve comportamentos que repelem a presença do genitor alvo de seu convívio, esse comportamento, é motivado pela conduta alienadora do genitor que detém sua guarda. O fim desejado pelo genitor alienante é a quebra de vínculo entre genitor algo e a criança ou adolescente.

Esses atos são considerados atentados contra o essencial direito da criança ao convivo saudável e também abuso moral contra a criança ou adolescente. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

determinadas situações o poder familiar poderá ser destituído. A lei 12.318/2010 traz um rol exemplificativo sobre atitudes que o genitor alienante poderá ter e que essa poderá sofrer sansões em casos constatados alienação parental. A mediação e a aplicação da lei nesses casos surgem como um instrumento eficaz para amenizar os atos de alienação e preservar todos os direitos da criança, assegurando um bom desenvolvimento psicológico.

Há a grande necessidade de trazer questões relacionadas a alienação parental e as suas consequências emocionais e psicológicas, que podem perdurar até a vida adulta, bem como demonstrar as medidas legais cabíveis para tal ato. Na Lei nº 12.318/2010 em seu 2º art., traz o seu conceito legal sobre alienação parental.

Para podermos obter um maior entendimento sobre esta lei, precisamos de um breve estudo sobre todos os temas que envolva atos de alienação parental. Essa problemática não é incomum nos dias de hoje e nem de antigamente, sempre houve esse fenômeno, onde alguns cônjuges sempre usaram os seus filhos como forma de atingir o ex-consorte como uma forma de vingança, pelo término do relacionamento. Vendo então esses recorrentes atos, fez-se necessário criar uma lei onde descrevesse formas e caraterísticas de alienação, tal como atos do alienador e exemplificando as possíveis condutas alienantes, o que traz mais efetividade para a resolução o litigio.

É certo que existem consequências quanto à alienação parental, visto que vai muito além do que um conflito entre casais trata-se de uma vingança na tentativa de atingir o ex-parceiro. A partir de então a criança ou adolescente, passa a ser um canal para a concretização dessa vingança. Os filhos passam a sentir inconscientemente, desprezo, repulsa, ódio pelo genitor que não detêm sua guarda. Toda essa violência acaba gerando efeitos que muitas vezes perduram até a vida adulta, visto que ainda se encontram na fase de formação. Umas das grandes consequências seria a chamada SAP (Síndrome de alienação Parental).

Parte das separações e divórcios são litigiosos, através desse litigio cria-se uma relação desgastante e de desafetos entre os ex-cônjuges, e em razão desse desgaste, há uma sensação de rejeição e vingança da qual os filhos são penalizados cruelmente pelo fim da relação, então surge a alienação parental onde um dos ex-cônjuges em um trabalho de vingança, começa a usar os filhos como uma ferramenta para atingir o genitor que não detém a guarda da criança ou adolescente, tais atos e palavras disferidas contra o genitor alvo passam afetar severamente a relação entre pai e filho, que por muitas vezes podem deixar graves e irreversíveis sequelas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesses casos há uma necessidade de intervenção jurídica como meio de solucionar o problema da alienação parental, entretanto em determinadas situações a intervenção judicial é buscada tardiamente, dificultando o reestabelecimento das relações. Com base nesse exposto, de que forma lei 12.318/2010 pode ser aplicada como instrumento jurídico para sanar o problema da alienação parental?

Neste viés, o presente trabalho tem como objetivo, compreender as possíveis medidas jurídicas que possam ser tomadas aplicando a lei 12.318/2010 quando necessário nas situações em que forem constatados atos alienação parental, identificando algumas formas de alienação parental, conhecendo sobre as consequências da alienação, apontando as características do genitor alienante, verificando os benefícios advindos da lei (12.318/2010) para o alienado, apontando as diferenças entre alienação parental e a síndrome de alienação parental.

1. ALIENAÇÃO DOS FILHOS

Historicamente sabe-se que a família sempre foi uma célula essencial para cada indivíduo. Segundo afirma Patrícia Pimentel:

> "A família responde a necessidades humanas e sociais relevantes, uma vez que o ser humano não existe sozinho, mas em relação com outro, num complexo simbólico e simbiótico. Simbólico porque a ideia de família e? importante mesmo quando se está? distante, pois esta? presente como realidade que determina o sentido existencial das pessoas, confortando o ser humano pela simples constatação de que ele não esta? só?, afetivamente, no universo, mas que alguém se preocupa com a sua existência. E simbiótico porque aglomera relações de reciprocidade afetiva" (RAMOS, 2016, p. 29).

A importância de estar no seio familiar, não acontece apenas por uma necessidade de suprimento material, como alimentos, vestimentas, lazer. Ao longo do tempo tem se observado a importância da instituição familiar na formação do caráter do indivíduo, portanto através da influência comportamental do próprio poder familiar, é desenvolvido determinadas condutas e isso ocorre através de exemplos, regras e valores.

Com a evolução da instituição familiar e a consagração dos princípios estabelecidos na Constituição federal, à família tornou-se um ideal de felicidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Entretanto, a célula familiar foi esse lugar idealizado de afeição e equilíbrio. É justamente no seio familiar que as mulheres e crianças estão expostas ao perigo de serem "agredidas, abusadas e ameaçadas e mortas" e essa condição acontece em todas as classes sociais (RAMOS, 2016).

Sob a ótica do princípio da dignidade da humana, onde existe uma valorização do indivíduo, sobrepondo a suas escolhas, direitos e sua liberdade, a entidade familiar é construída e dissolvida por plena vontade dos cônjuges, que podem separar-se e casar-se novamente.

Nem sempre essa dissolução é amigável, tornando um divórcio litigioso e desgastante aos envolvidos. Esse litigio diversas vezes tem conduzido á consequências no seio da família. O cônjuge que não aceita a separação e culpa o ex-parceiro pelo divórcio e então o ex-cônjuge ferido começa um trabalho de alienação dos filhos que estão sob sua guarda, contra o ex-cônjuge, como uma forma de vingança pelo insucesso da relação conjugal e pelo sentimento de perda, rejeição e traição etc.

2. FORMAS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Existem várias formas de alienação parental e algumas podem ser encontradas na lei 12.318/2010 (BRASIL, 2010) em um rol exemplificativo. Tais atos podem ser constatados através de palavras, como de desmoralização desferidas contra a pessoa do genitor alvo da alienação, diminuição da pessoa do genitor não detentor da guarda ou atos que dificultam sua visita ao local de moradia da criança ou do adolescente. Muitas vezes não autorizando que a criança leve brinquedos, pertences e roupas de sua preferência para casa do genitor alvo ou se desfaz de presentes dados pelo mesmo.

Outro tipo de alienação que está exemplificado na lei de alienação parental é a falsa imputação ao genitor alvo, como por exemplo, de que este não é capaz de cuidar e zelar dos filhos. "Em seu artigo "A ira dos anjos" Figueiredo Expos que:

> "A mensagem central dirigida aos filhos é que o outro genitor não é mais um membro da família e que "o melhor é esquecê-lo". Esta manipulação psicológica e profunda distorção dos fatos corroem completamente a relação de afeto entre os filhos e o genitor alvo. O genitor alienante coloca-se equivocamente como protetor do filho, violando o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> princípio de que cada genitor deve favorecer e contribuir para uma relação harmoniosa entre a prole e o outro genitor, sendo tal consonância fundamental para o salutar desenvolvimento psicológico e o equilíbrio emocional dos filhos" (FIGUEIREDO, 2017, p. 123).

Nem sempre os atos de violência ocorrem após a separação do casal. Ainda no seio familiar podem ocorrer atos de alienação, no entanto quando há desgaste pós-separação, os atos de alienação parental são mais evidentes e com reincidência.

É necessário destacar, que embora o âmbito familiar seja um local de que se espera proteção e afeto, a família também pode ser palco de conflitos psicológicos e desgastes emocionais, a alienação parental é de fácil percepção após a ruptura do relacionamento, de modo que os sentimentos estão aflorados e há possibilidade de um genitor, iniciar uma campanha de desqualificação do outro, causando assim afastamento (RAMOS, 2016).

Embora os atos de alienação parental sejam mais recorrentes entre ex-cônjuges, pai e mãe da criança ou adolescente, esse tipo de violência também ocorre com os avós e outros parentes. O elemento subjetivo do tipo da alienação parental não é o dolo, pois o genitor alienante pode estar tendo atitudes de alienação inconscientemente e esse deverá ser alertado de seus atos.

3 CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO E CARACTERISTICAS DO GENITOR ALIENANTE

A alienação parental tem como objetivo causar desgaste entre as relações de pai (a) e filho (a) e até mesmo quebrar o vínculo das relações, chegando em situações que a vítima de alienação repudia totalmente a figura do genitor, de forma a se tornar quase irreversível o reestabelecimento do vínculo entre pai (a) e filho (a).

O ato de alienação parental é uma interferência no psicológico da criança ou adolescente, visto que ainda está em condição de formação, tornando a situação mais grave e os filhos mais suscetíveis a manipulações. A alienação parental não ocorre de forma repentina, atitudes ardis e palavras lançadas contra o genitor vão tomando mais espaço e causando afastamento nas relações. Ressalta Ramos que:

> "A prática do ato de alienação parental fere direito fundamental da criança de convivência familiar saudável,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

> prejudica a realização de afeto nas relações como genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou adolescente e descumprimento dos deveres inerentes á autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda" (RAMOS, 2016, p 148).

Pela definição legal é considerado o sujeito passivo da alienação, apenas o genitor, mas deve-se entender com maior amplitude, que não somente os pais de registros e os biológicos serão sujeito passivo, mas qualquer pessoa que esteja figurando como detentor da guarda ou responsável da criança como também os pais socioafetivos. O sujeito que figurara no polo ativo será o genitor alienador, os avós ou quais quer que detenham a guarda e vigilância da criança.

Observa-se que a alienação parental geralmente ocorre em conflitos gerados pela separação conjugal, no entanto pode ocorrer ainda no seio familiar. Embora se espere que a instituição familiar seja lugar ideal para afeto, respeito e proteção.

Quando se está em meio á um litigio conjugal de separação é certo que os ânimos ficam acirrados e um dos parceiros sinta a sensação de rejeição, dor ou até mesmo impotência. Nesse momento de frustração do parceiro ferido vem à tona e o mesmo ver na criança ou adolescente um canal para vingar-se do ex-parceiro, causando-lhe dor e rejeição, pois uma das características do genitor alienante é frustração relacionada ao ex-parceiro.

Como exposto antes, os atos de alienação parental podem ocorrer após uma separação litigiosa, no entanto durante o matrimonio um dos genitores podem ter atitudes que configurem atos de alienação parental e iniciando assim uma desqualificação do parceiro.

A criança começa a acreditar que o pai ou a mãe não possui capacidade para exercer a maternidade ou paternidade. Em um momento inicial esse discurso pode vir de forma inconsciente. A cultura do machismo está tão estabelecida no seio da sociedade que contribui para um negativo desenvolvimento dos filhos. Em contrapartida muitas mães e familiares tem o entendimento que o pai não consegue cuidar dos filhos e apenas mães tem o papel principal no labor e educação dos filhos, dificultando o exercício da plena paternidade e essas situações se intensificam após a ruptura da relação. Ainda por conta de uma cultura machista, a mãe ao ser uma mulher independente, que trabalha fora e tem opinião própria é considerada como uma esposa desobediente e mãe ruim (RAMOS, 2016).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esse absoluto desgaste e abuso por parte genitor alienador tem trago grandes consequências ao psicológico da criança ou adolescente, em um grau elevado de alienação parental, os traumas sofridos podem se tornar irreversíveis, se não houver uma intervenção judicial e apoio psicológico. As enfermidades causadas pela SAP revelam-se em termos de conflitos emocionais e doenças psicossomáticas, tais como, medo, ansiedade, insegurança, agressividade, baixa autoestima, frustração, irritabilidade, angústia, baixo desempenho escolar, dificuldade de socialização, timidez, culpa, dupla personalidade, depressão, baixo limiar de frustração, inclinação ao álcool e drogas, tendências suicidas, dentre outros.

> "Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca alerta que "instigar a alienação" parental em criança é considerado, pelos estudiosos do tema, como comportamento abusivo, tal como aqueles de natureza sexual ou física" (FONSECA, 2006, p. 166).

Além de um afastamento entre pai e filho, em situações que os abusos já criaram raízes, o vínculo é quebrado. Desse modo a alienação é um abuso do poder familiar e fere o direito da criança ou do adolescente de ter um convívio familiar propicio, e esse relacionamento sadio entre genitor e filhos, contribui para um positivo desenvolvimento emocional e psíquico. Um bom convívio são fontes fundamentais para formação de princípios e caráter, essencialmente em uma fase de formação.

Como dito anteriormente, tipicamente o genitor alienador vem de um divórcio ou uma separação litigiosa, onde ele usa os filhos com fim de atingir seu ex-parceiro, ou em casos onde o pai figura como um alienador, esse vem de uma cultura arraigada no machismo, onde a mulher necessita ser domada, sendo assim, inicia-se palavras que diminuem a figura materna, condutas que inferiorizam e a coloca como pessoa irresponsável. Tratando-se da mãe, essa pressupõe que o pai não consegue cuidar dos filhos, atribui ao ex-parceiro culpa pelo termino e se vale de meios ardis para causar uma desestabilização nessa relação alvo dos abusos. Todas essas características e situações contribuem para identificar a figura de um genitor alienante.

O principal objetivo da pessoa alienante é o total afastamento entre pai e filhoe esse alcança seu objetivo quando consegue quebrar o vínculo entre a criança ou adolescente e genitor que não possui sua guarda.

4. BENEFICIOS ADVINDOS DA LEI 12.318/ 2010

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

A alienação parental não se trata de um problema recente na sociedade. Todavia para o judiciário brasileiro, esse tema se tornou uma inovação pelo meio da lei 12.318/ 2010. A mencionada lei tem como objetivo trazer mais força ao problema que norteia esse assunto. A lei traz um rol exaustivo de condutas que poderão configurar alienação parental, dessa forma a identificação de comportamentos que são considerados atos de abuso moral contra a criança, ficam mais evidentes e podem facilitar ao ex-parceiro vítima dos atos de alienação, a detectar atitudes e então buscar suprimento judicial. Em seu artigo 2° a lei dispõe sobre o conceito de alienação parental. O conceito indica que alienação parental se trata de uma interferência no psicológico da criança ou adolescente, onde um dos genitores ou alguém que se encontra responsável pela criança, induza a criança a repudiar o genitor alvo.

No art. 3º da referida Lei, há disposição assentando quê quem pratica atos de alienação parental vem a ferir os direitos mais básicos da criança ou do adolescente. Há ainda a elucidação de quais medidas a serem tomadas que poderão se valer o magistrado. Desta forma o Judiciário conduz-se como um guardião dos direitos da criança ou adolescente, da mesma maneira passa a portar-se como um estimulador para que a criança vítima dessa violência volte a ter um vínculo e convivência com o genitor alienado. Deste modo começa a incentivar a criança, a entender que não há problemas ou perigo em conviver com seu genitor não detentor da guarda, ainda mesmo que o genitor alienante já tendo lhe dito o contrário e impedido seu convívio.

No que diz respeito ao art. 4º, em seu parágrafo único, ele proporciona o direito de visitas, o que tem sido de extrema urgência, para casos de alienação parental, visto que a postura do genitor alienador é valer-se de meios ardis para vetar a presença do genitor alvo da alienação, o que causa um maior afastamento nessa relação. O artigo 5° traz uma grande efetividade na aplicação da referida lei, dado que é necessária urgência e eficácia na constatação desses atos, para fim de que a provisão judicial chegue a tempo de intervir. É interessante destacar que o artigo 6° da referida lei é classificado como um dos mais importantes, uma vez que esse artigo especifica as sanções que serão aplicadas para cada atitude do alienante.

I.Declarar quando ocorrer atos de alienação e aplicar advertência alienante;

II. Amplificar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III. Estabelecer multa ao alienador;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

IV. Designar acompanhamento psicológico ou biopsicossocial;

V. Instituir a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI. Impor a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII. Declarar a suspensão da autoridade parental (BRASIL, 2010).

O rol da lei é apenas exemplificativo, podendo o juiz agir de acordo com a necessidade do caso concreto, esse também poderá aplicar as sansões previstas de forma cumulativa, em determinadas situações o juiz deverá apenas advertir e em outras mais complexas, poderá valer-se de medidas mais severas (VENOSA, 2013).

Em seu artigo art. 7º a lei trata da partilha da guarda e da possibilidade de essa ser modificada, a fim de gerar maior benefício ao menor. No que se refere o art. 8º, ele disserta a respeito da mudança do menor par outro domicilio e discorre que a mudança e irrelevante quando se trata da competência fundada em direito da boa relação familiar, salvo se houver consenso entre os genitores e ou decisão judicial.

O maior proposito da citada lei é minorar e até cessar casos de alienação parental que ocorrem com muita reincidência. A lei procura operar de forma coercitiva e repreensiva para que tais atos possam ser evitados. Muitos casais ao se deparar com os problemas da separação envolvem seus filhos nos seus litígios e muito tomados pela raiva, emoção chegam a atingi-los, mesmo que inconscientemente. Por essa perspectiva, a lei busca proteção ao menor resguardando dessa forma seu desenvolvimento psíquico, físico e emocional.

É de ser relevado que perante hábitos constantes do alienador e, de acordo com a conveniência, o juiz poderá decretar a destituição deste do poder familiar, dando assim o distanciamento do alienador da criança. Essas imposições podem ser tomadas no objetivo de proteger princípios básicos constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e de conviver harmonicamente com a família. É interessante destacar que casos de alienação parental podem dar ensejo a ações de reparação por danos morais para aqueles que se sentirem prejudicados, nos casos dos alienados, tudo isso com o intento de restaurar o mal que padeceu (DIAS, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5. DISTINÇÃO ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SIINDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A prática da alienação parental insulta os princípios éticos morais na relação entre pais e filhos além do que confronta juridicidade, *ex* do art. 227 da constituição federal, art. 3º do Estatuto da Criança e Adolescente e, notadamente, a Lei nº 12.318, de 26.08.2010, que aborda sobre o tema. O estudo a respeito do assunto foi abordado 1985 por Richard Gardner, professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia (NADER, 2016).

Os atos de alienação parental não se confundem com a síndrome da alienação parental (SAP). A violência praticada contra a criança ou adolescente vem na forma de alienação parental, onde a criança é manipulada reiteradas vezes com objetivo de causar um total afastamento, trata-se dos atos do genitor alienante propriamente dito, onde ele pode se valer de palavras e atitudes com o intento de alcançar sua finalidade. No que se refere a SAP, é classificada como uma síndrome adquirida como resultado da alienação parental.

Quando a criança ou adolescente é cometida desse mal, essa passa de forma incessante negar-se a manter qualquer tipo de vinculo com o um dos progenitores independentemente de qualquer razão ou motivo crível. Trata-se, na verdade, de um sentimento de desprezo a um dos genitores, sempre convicto pelo outro genitor, realidade que, em um preexistente estagio, leva a criança a manifestar sem quaisquer argumentos verossímeis apenas juízos negativos sobre a figura do progenitor alvo. Esses sentimentos evoluem com o tempo, para um completo de irreversível afastamento, não apenas do genitor alienado, como também de seus familiares e amigos (FONSECA, 2006).

Os resultados maléficos que a SAP ocasiona diversificam em consonância com algumas características da criança, de acordo com a idade, personalidade, e grau de maturidade psicológica da criança, e também no maior ou menor grau de ingerência emocional que o genitor executa sobre ela.

Segundo Figueiredo apud "Hironaka; Monaco (2013) ensinam que a "SAP é caracterizada por um conjunto de sintomas (daí a denominação síndrome) que aparecem na criança geralmente em número razoável, especialmente nos tipos moderado e severo"". Os sintomas, compilados, são em número de seis:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

I. O fenômeno do pensador independente – uma campanha denegritória contra o genitor alvo;

II. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação do genitor;

III. Falta de ambivalência nos sentimentos para com o genitor. Apoio automático e reflexivo ao genitor alienante no conflito parental;

IV. Ausência de culpa sobre a crueldade e/ou a exploração contra o genitor alvo;

V. A presença dos "cenários emprestados";

VI. Propagação ou extensão da animosidade aos amigos e/ou à família do genitor alvo.

Segundo Figueiredo a este respeito, são pertinentes algumas razões sobre os citados sintomas:

O fenômeno do pensador independente:

Funda-se na prova de que a investida de difamar a figura do genitor alvo é um sintoma que pode manifestar-se a que tudo indica dissociado de alguma interferência externa, ou seja, a criança passa a impressão de ser um pensador independente, alguém que tem suas próprias opiniões e necessita expor sua má impressão a respeito do genitor alvo.

A falta de ambivalência:

Em regra, as pessoas variam seus afetos pelo seu semelhante, na criança que carrega esse sintoma, os sentimentos não oscilam, são continuo e negativos a respeito do genitor.

A ausência de culpa:

Além da falta de ambivalência, nesse sintoma a criança não se mostra com sentimento de culpa ou remorsos. O sentimento de culpa se torna difícil, visto que existem um personagem não verdadeiro em sua mente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

Os cenários emprestados:

Outro sintoma de fácil percepção é a presença de situações falsas, O desprezo da realidade afigura-se de tal maneira que a criança tem reações a presença do genitor alvo, como choro exagerado, demonstração de medo. Contudo, a reação não é real e não tem sentimento.

Propagação ou extensão da animosidade aos amigos e/ou à família do genitor alvo:

A manipulação sofrida pelo alienante, a respeito da figura do genitor alvo, de forma negativa e cruel, atravessa as relações de entre pai e filho ou mãe e filho, esse sentimento negativo e cruel passa a ser transferido também aos familiares e amigos do genitor alvo da alienação. Também causando afastamento irreversível.

Deste modo, em contrapartida a síndrome refere-se ao comportamento da criança ou do adolescente que rejeita incontestavelmente e obstinadamente a ter convívio com um dos progenitores, e que já sofre os distúrbios provenientes daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho (FONSECA, 2006).

Ainda a respeito das sequelas da SAP, s ainda podemos observar, a síndrome de alienação parental uma vez estabelecida no menor gera que este, quando adulto, sofra de uma dramática perturbação de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. De outra forma, o genitor alienante passa a ter papel de relevante e basilar como modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento. Os efeitos da síndrome podem se manifestar às perdas importantes como morte de pais, familiares próximos, amigos.

Como resultante, a criança passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva. Os relatos acerca das consequências da síndrome da alienação parental abrangem ainda depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e, às vezes, suicídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

É dispensável dizer que, como todo comportamento desajustado, poderá ter tendências ao alcoolismo e ao uso de drogas, como apontado nas consequências da síndrome (FONSECA, 2006).

O estudo da síndrome de alienação parental deve ser relevante no âmbito social, deve ser aceita através dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, tipificado no art. 1º, inciso III da CF/88; da proteção ao menor e o do melhor interesse da criança, que estão dispostos no artigo 226 e 227 da CF/88, do mesmo modo o princípio da igualdade de tratamento assegurados no art. 5º caput da nossa constituição federal, que irá colaborar para a melhor formação, essencialmente, no psicológico da criança e do adolescente (PEREIRA, 2012).

6. MEDIAÇÃO FAMILIAR PARA MINIMIZAR OS ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A mediação familiar trata-se de um método em que uma pessoa estranha ao litigio familiar encarrega-se de amenizar a situação e facilitar a comunicação entre os genitores, para que eles alcancem um consenso. O mediador ideal para participar desse processo litigioso, é que seja um profissional capacitado para conduzir essa situação, de forma mais agradável possível, como um psicólogo, assistente social, conduzindo de maneira interdisciplinar e com olhares diferentes que se unem durante o processo da mediação (PODEVYN, 2010).

Para que se faça possível acontecer à mediação de desacordo, a terceira pessoa deve colaborar com a comunicação das partes, com o proposito de solucionar o acordado embaraço exposto e a atenuação da resistência. O essencial compromisso e papel do mediador é o recompor o dialogo e por meio deste instituto, se procura resolver conflitos entre os genitores (VELLY, 2010).

O impedimento à mediação em situações onde ocorre alienação parental, no Brasil quando foi decretada a Lei nº 12.318, também reconhecida como "lei de Parental", havia uma proposta para estabelecer a mediação para sanar conflitos em casos de que fossem constatados alienação parental. Foi demonstrado que esse seria um método eficaz para remediar conflitos provenientes da SAP, considerando-as referido tratamento ocorre no tempo adequado, evitando que as suas mágoas fiquem intensas. Contribuindo na direção da comunicação na socialização do conflito em questão, não como uma mediação negativa, mas tentando mostrar as partes que as presenças de ambas as figuras são de suma importância para o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente (MAZZONI, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que no Brasil que as questões judicias relativas a Síndrome da Alienação Parental apareceu por volta 2002 e que, nos Tribunais Pátrios, o conteúdo vem se destacando desde 2006 (FIGUEIREDO, 2017).

Pesquisas estatísticas mostram que 80% dos filhos de pais divorciados ou em processo de separação já vivenciaram de alguma forma algum tipo de alienação parental; mais de 25 milhões de crianças ou adolescente padecem deste tipo de violência; no Brasil, a quantidade de crianças que são órfãs de pais que ainda estão vivos, é proporcionalmente a maior do mundo, são crianças que aos poucos vão tendo o pai tirado do seu imaginário pela mãe (PEREIRA, 2012).

Um dos métodos de minorar o sofrimento dos filhos o fim do relacionamento é executar principalmente de forma qualitativa, o direito de convivência, uma vez que a convivência com ambos os genitores mesmo após o divorcio ou separação, é de extrema necessidade para o desenvolvimento saudável dos filhos (MAZZONI, 2013).

É necessário ressaltar que a prática de quaisquer atos, palavras, comportamentos que importem em alienação parental fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, resulta em abuso moral e desrespeito aos deveres que são inerentes ao poder familiar. Nos conflitos que cercam a SAP, é necessário que seja considerado o estatuto da Criança e do Adolescente, (ECA) no que diz respeito ao seu artigo 3º, expressa que a criança e o adolescente desfrutem de seus direitos fundamentais, garantindo-lhes possiblidades e chances, para um total e bom desenvolvimento mental, moral, e social desfrutando dos princípios que lhe são de direito, como liberdade e dignidade (BRASIL, 1990).

CONCLUSÃO

Através desse trabalho que tem por objetivo entender o fenômeno da alienação parental e suas consequências, e ainda expor a distinção entre síndrome da alienação parental, conclui-se que a alienação parental é uma forma de abuso contra a criança ou adolescente e que essa poderá deixar cicatrizes por toda vida, além do que pode causar a perda do vínculo entre o genitor alvo e a criança vítima, e em algumas situações até mesmo irreparáveis.

Com base nesse estudo, existe uma relevância de abordá-lo, trazendo esclarecimento sobre o tema, o alastrando para que todos possam entender e identificar precocemente os primeiros sinais desse abuso, e então inibir o genitor

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

alienador e qualquer ato de violência na forma de alienação parental, para que a criança ou adolescente possa ser poupadas de tais agressões e viver de forma socialmente saudável garantindo a ela seus direitos de uma boa convivência familiar

A Lei 12.318 de 2010 veio para prevenir e punir atos de alienação parental contra os filhos. Atentando-se para os danos e sequelas que são causadas através desses abusos, a lei age de forma coercitiva contra o alienador, de forma que em alguns casos, o poder familiar poderá ser destituído.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro.

_____. **Lei 12.318/2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. 2010. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 30 de Nov. 2018.

_____. **Lei 12.318/2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. 2010. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 20 de Out. de 2018.

_____. **CODIGO CIVIL 2002, Lei n°. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>Acesso em: 2 de Dez 2018

DIAS, Maria Berenice (coord). **Incesto e Alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Claudia Roberta vieira. A Ira dos Anjos: Uma Análise Psicológica e Jurídica da Alienação Parental. **JURIS**, Rio Grande, v. 27, n. 2, p. 119-138, 2017.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa, SINDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL. **PEDIATRIA,** São Paulo, p. 164 p. 166, 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6° edição, Editora Atlas, São Paulo, 2008.

MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia cientifica**. 5° Edição, São Paulo, Atlas, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 908 de 01/06/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592044

MINAYIO, Maria Cecilia de Souza. **Teoria Método e Criatividade**. 21° edição, Petropolis – RJ, Vozes, 2002.

NADER, Paulo, curso de direito civil: **DIREITO DE FAMILIA**- v.5 Rio de janeiro, 2016, 273 p.

PEREIRA, Geni Paulina. **Síndrome da Alienação Parental: uma Análise Constitucional**. Disponível em:<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sindrome-da-alienacao-parental-uma-analise-constitucional,36031.html >. Acesso em: 1 de DEZ,2018.

PODEVYN, F. **Síndrome de alienação Parental**. Tradução: APASE – Associação e Pais e Mães Separados. 2010.Disponível em:<http://www.apase.org.br/ >. Acesso em: 20 de Nov, 2018.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2° Edição, São

Paulo, Saraiva, p. 190, p. 29. 2016.

SILVA, Marta Rosa da.; SANTOS, Elquissana Quirino dos. A ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO SOCIAL DA FAMÍLIA: Considerações e caracterização no ambiente jurídico. **Revista Científica do Centro de Ensino Superior Almeida Rodrigues** - ANO I - p. 56- 62, Edição I - Janeiro 2013.

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito civil, direito da família.** EDIÇÃO 13° São Paulo, Atlas, 333p., 2013.

VELLY , Ana Maria Frota, **A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA VISÃO JURÍDICA E PSICLÓGICA.** Porto alegre, 2010.

---

[1] Professor Mestre. da graduação e pós- graduação do curso de Direito do Centro Universitário Católica do TO- UBEC, Defensor Público Federal-TO,